

UNIVERSIDADE FEDERAL FLUMINENSE
MESTRADO EM DIREITO CONSTITUCIONAL

DESAPARECIMENTO FORÇADO DE PESSOAS:
ANÁLISE COMPARATIVA DA SUA ABORDAGEM NO DIREITO
INTERNO E INTERNACIONAL

NITERÓI

2014

PAULO ROBERTO BÉRENGER ALVES CARNEIRO

DESAPARECIMENTO FORÇADO DE PESSOAS:
ANÁLISE COMPARATIVA DA SUA ABORDAGEM NO DIREITO
INTERNO E INTERNACIONAL

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-graduação
“*Stricto Sensu*” em Direito Constitucional da Universidade
Federal Fluminense – UFF, como requisito parcial para a
obtenção do título de mestre em Direito.

Orientador Prof. Dr. Daniel Andrés Raizman

NITERÓI

2014

PAULO ROBERTO BÉRENGER ALVES CARNEIRO

**DESAPARECIMENTO FORÇADO DE PESSOAS:
ANÁLISE COMPARATIVA DA SUA ABORDAGEM NO DIREITO
INTERNO E INTERNACIONAL**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-graduação “*Stricto Sensu*” em Direito Constitucional da Universidade Federal Fluminense – UFF, como requisito parcial para a obtenção do título de mestre em Direito.

Aprovada em, ____ de _____ de 2014.

COMPOSIÇÃO DA BANCA

Prof. Dr. DANIEL ANDRÉS RAIZMAN
Universidade Federal Fluminense – UFF
Orientador

Prof. Dr. RODRIGO DE SOUZA COSTA
Universidade Federal Fluminense

Prof. Dr^a PATRÍCIA M. GLIOCHE BÉZE
Universidade Estadual do Rio de Janeiro – UERJ

DEDICATÓRIA

Dedico esta obra a minha esposa, Fátima, aos meus filhos, Helena e Rodrigo, e a todos aqueles de quem roubei horas de dedicação, amor e compreensão em prol dos estudos acadêmicos.

AGRADECIMENTOS

Após me dedicar, por quase 15 anos, ao ofício de função de procurador da República, no Estado do Espírito Santo, fui promovido a procurador regional da República, quando tive que me transferir para a cidade do Rio de Janeiro, em junho de 2011, pouco antes do concurso de ingresso no mestrado.

Em razão do ofício da minha esposa, que exerce a função de juíza do Trabalho, em Vitória-ES, ela não pôde vir comigo. Tive que deixá-la, assim como os meus dois filhos, Helena e Rodrigo, e os meus enteados.

Já com tempo insuficiente para dedicar à família, que havia deixado no Espírito Santo, tive que dividir o pouco tempo que me restava entre as minhas funções normais de procurador regional da República, as funções eleitorais, pois, à época, era vice-procurador regional Eleitoral no estado do Rio de Janeiro, sendo atualmente procurador regional Eleitoral, as atividades do mestrado, que eram muitas, e as constantes viagens entre Rio de Janeiro e Vitória. Por isso tenho muito a agradecer a toda a minha família pelo tempo furtado de sua convivência em prol dos trabalhos do mestrado.

À Fátima – minha mulher –, pela compreensão e pela dedicação, pois, apesar de ter consciência da enormidade da tarefa a que eu me propunha, nunca deixou de me apoiar.

Aos meus filhos, alegrias da minha vida, pois era uma bênção para mim encontrá-los em casa, após a semana estafante no Rio de Janeiro.

Aos meus enteados, que muito ajudaram a minha mulher nos longos períodos de ausência de casa aos quais fui obrigado a me submeter.

Aos bibliotecários da Procuradoria Regional da República – 2ª Região, especialmente ao tão dedicado Walter Vieira Gonzalez, que muito me ajudaram na busca incessante de textos e livros para o mestrado.

Ao meu funcionário, Flávio Borges do Nascimento, que muito me ajudou na solicitação de livros, organizando minha agenda.

Às demais pessoas que, de uma forma ou de outra, ajudaram-me nesta tarefa, que, apesar de não serem citados nominalmente, agradeço de coração.

“A constituição fundada, primeiro, segundo os princípios da *liberdade* dos membros de uma sociedade (enquanto homens); em segundo lugar, em conformidade com os princípios da *dependência* de todos em relação a uma única legislação comum (enquanto súditos); e, em terceiro lugar, segundo a lei da *igualdade* dos mesmos (enquanto cidadãos), é a única que deriva da ideia do contrato originário, em que se deve fundar toda a legislação jurídica de um povo – e a constituição republicana”¹

¹KANT, Immanuel. A paz perpétua. Um projeto filosófico. Trad. Artur Mourão. Covilhã: LusoSofia, Press Universidade da Beira Interior, 2008. Disponível em: <www.lusosofia.net/textos/kant_immanuel_paz_perpetua.pdf>. Acesso em: 17 nov. 2013.

RESUMO

O crime de Desaparecimento Forçado de Pessoas, atualmente previsto no Estatuto de Roma, caracteriza-se como um delito contra a Humanidade. Por ser um delito especial, deve se revestir de certas características como, por exemplo, a previsão de sua imprescritibilidade e o julgamento por um Tribunal Internacional que, na falta ou na omissão das cortes nacionais, deve responsabilizar quem, de uma maneira ou de outra, atente contra a Humanidade. Necessário se faz conhecer o delito do ponto de vista histórico, pois conhecer a origem de um instituto faz parte do estudo crítico do tema. Do ponto de vista analítico, faz-se mister conhecer a conduta de quem o pratica para que se possa julgá-la. A *opinio juris* daqueles que se dedicam ao estudo do tema assume grande relevância na medida em que a legislação, além de recente, ainda se mostra incompleta. A jurisprudência das Cortes nacionais e internacionais, encarregadas de julgar aqueles responsáveis por condutas criminosas, deve ser detidamente analisada, pois são elas que são responsáveis pela renovação das teses jurídicas que lhes são apresentadas, seja pelos órgãos acusadores, seja pelos advogados e patronos dos réus. Saber se posicionar perante um Tribunal é conhecer sua jurisprudência, por isso interessa tanto a uma como à outra parte. Por último, apesar de já terem transcorrido um tempo bastante razoável das ditaduras no continente americano, os casos são ainda muito atuais e repercutem na sociedade. Ter uma legislação nacional que preveja esse tipo de delito é absolutamente necessária para um Estado que quer se orgulhar da defesa dos direitos do homem e dos seus cidadãos e deseja se inserir, cada vez mais, na comunidade dos países que respeitam o bem e a justiça.

PALAVRAS-CHAVE: desaparecimento, forçado, pessoas, interamericana, ditadura.

ABSTRACT

The crime of Enforced Disappearance of Persons, currently provided for in the Rome Statute is characterized as a crime against Humanity. Being a special offense must be of certain characteristics, for example, their expected imprescriptibility and trial by an international court in the absence or failure of national courts, who is to blame in one way or another people that commit crimes against Humanity. Necessary to know the offense in a historical way, because knowing the origin of an institute is a part of the critical study of the subject.

From the analytical point of view, it makes necessary to know the conduct of those who practice so you can judge it. The *opinio juris* of those engaged in the study of the subject, is of great importance in that legislation is recent and still shows incomplete. The jurisprudence of national and international courts, charged with judging those responsible for criminal conduct, should be carefully analyzed because it is they who are responsible for the renewal of the legal arguments presented to it, either by accusing body, or by lawyers and patrons of the defendants. Learn to stand before a Court, is to know its cases. Finally, in spite of having passed a very reasonable time of dictatorships in the South and Central Americas, the cases are still very current and reverberate in society. Have a national legislation that allows this type of crime is absolutely necessary for a state that wants to be proud of the defense of human rights and its citizens and wish to enter increasingly into the community of countries that respect the good and justice.

KEY-WORDS: enforced, disappearance, people, Inter-american, dictatorship

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

- ADPF** – Arguição de Preceito Fundamental.
- ALN** – Aliança Libertadora Nacional.
- CIDH** – Corte Interamericana de Direitos Humanos.
- CC** – Conflito de Competência.
- Cf.** – Conforme
- CP** – Código Penal
- Ext.** – Extradução.
- HC** – *Habeas corpus*.
- OIT** – Organização Internacional do Trabalho.
- ONU** – Organização das Nações Unidas.
- OTAN** – Organização do Tratado do Atlântico Norte.
- RE** – Recurso Extraordinário.
- RHC** – Recurso em *Habeas corpus*.
- RMS** – Recurso em Mandado de Segurança.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO -----	11
IMPORTÂNCIA DO PROBLEMA -----	11
SINTENTIZAÇÃO DA OBRA -----	14
1. O DESENVOLVIMENTO DOS CRIMES CONTRA OS DIREITOS HUMANOS ----	16
1.2 O ESTATUTO DE ROMA -----	19
1.2.1 DA COMPETÊNCIA DO TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL -----	28
2. O CRIME DE DESAPARECIMENTO FORÇADO NO DIREITO INTERNACIONAL	34
2.1 O DESAPARECIMENTO FORÇADO DE PESSOAS NA JURISPRUDÊNCIA DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITO HUMANOS -----	39
2.2 A CONDENAÇÃO DO BRASIL NA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS -----	46
3. O DESAPARECIMENTO FORÇADO NO DIREITO INTERNO -----	51
3.1 A QUESTÃO DA ANISTIA -----	53
3.2.A JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL -----	69
3.3.A APLICAÇÃO DO ESTATUTO DE ROMA NO DIREITO INTERNO -----	71
3.4. O ANTEPROJETO DO CÓDIGO PENAL -----	76
4. DA PROPOSTA -----	80
4.1DOS ELEMENTOS DO CRIME DE DESAPARECIMENTO FORÇADO -----	80
4.2DO TIPO LEGAL -----	91
CONCLUSÃO -----	94
BIBLIOGRAFIA -----	98
ANEXOS -----	108

1. INTRODUÇÃO

Caminhando e cantando e seguindo a canção,
Somos todos iguais braços dados ou não,
Nas escolas, nas ruas, campos, construções,
Caminhando e cantado e seguindo a canção,

Vem, vamos embora que esperar não é saber,
Quem sabe faz a hora, não espera acontecer (...)²

A IMPORTÂNCIA DO PROBLEMA

Passados quase cinquenta anos do Movimento Militar no Brasil, ainda não conseguimos, de maneira sistemática, encontrar uma solução para o desaparecimento de várias pessoas que se opuseram a este movimento, instaurado no Brasil entre os anos de 1964 e 1985.

Existe atualmente uma gama imensa de literatura acerca da matéria, baseada nos livros produzidos por meio dos depoimentos de pessoas torturadas na época, bem como dos próprios militares, algozes de tanta dor e sofrimento. Com as Comissões instaladas pelo Governo Federal, tais como a Comissão da Verdade³, depoimentos de pessoas ligadas às vítimas, como parentes e

²VANDRÉ, Geraldo. **Pra não dizer que não falei das flores**. Composição: o mesmo, 1968. Disponível em: <<http://www.eternasmusicas.com/2013/02/pr-a-nao-dizer-que-nao-falei-das-flores.html>>. Acesso em: 21 mai. 2013.

³ A lei nº 9.140/95, que reconheceu como desaparecidas em razão de atividades políticas entre o período de 2 de setembro de 1961 e 15 de agosto de 1979, permitiu, em seu art. 4º, a criação de uma Comissão Especial, que tinha como principal função proceder o reconhecimento de pessoas que tenham se envolvido em atividades políticas no período apontado pela lei. Posteriormente, foi criada uma Comissão da Verdade, por meio da lei nº da lei n. 12.528/11, sendo a referida Comissão instituída em 16 de maio de 2012. Esta Comissão tinha como principal objetivo o esclarecimento de fatos que ensejaram violações aos direitos humanos. Conforme o art. 3º, são objetivos da lei: Art. 3º São objetivos da Comissão Nacional da Verdade: I - esclarecer os fatos e as circunstâncias dos casos de graves violações de direitos humanos mencionados no 'caput' do art. 1º; II - promover o esclarecimento circunstanciado dos casos de torturas, mortes, desaparecimentos forçados, ocultação de cadáveres e sua autoria, ainda que ocorridos no exterior; III - identificar e tornar públicos as estruturas, os locais, as instituições e as circunstâncias relacionados à prática de violações de direitos humanos mencionadas no 'caput' do art. 1º e suas eventuais ramificações nos diversos aparelhos estatais e na sociedade; IV - encaminhar aos órgãos públicos competentes toda e qualquer informação obtida que possa auxiliar na localização e identificação de corpos e restos mortais de desaparecidos políticos, nos termos do art.1º da Lei nº 9.140, de 4 de dezembro de 1995; V - colaborar com todas as instâncias do poder público para apuração de violação de direitos humanos; VI - recomendar a adoção de medidas e políticas públicas para prevenir violação de

amigos, vêm à tona e novas descobertas são feitas.

Não só no Brasil este tema é atual, mas em toda a América Latina que sofreu com os anos de chumbo de ditaduras militares. Ao lado do Brasil, países com Argentina, Uruguai, Peru e Chile começam a desvendar o passado. Cada país encontrou uma forma diferente de conduzir o doloroso processo de encontro ao passado. Dependendo da maneira como se deu a transição da ditadura para a democracia e de suas peculiaridades históricas e políticas, os países optaram por uma forma mais ou menos traumática de ruptura com o passado ditatorial como, por exemplo, a Argentina, que reabriu antigos processos e julgou inválidas leis que protegiam os militares (GOMES; MAZZUOLI, 2011), e, no extremo oposto, o Brasil, que optou por um processo mais conciliador⁴.

O crime de Desaparecimento Forçado de Pessoas, objeto do presente trabalho, foi cometido de maneira sistemática em toda a América Latina, pois as pessoas, da noite para o dia, desapareciam sem deixar vestígios, deixando seus familiares e amigos sem notícias, pois os órgãos oficiais, responsáveis pelo desaparecimento, estavam comprometidos com os regimes instaurados.

Passados os períodos autoritários, os países afetados começam a investigar e a processar os responsáveis pelos desaparecimentos forçados, sejam perante suas justiças nacionais, quando isto for possível e viável, seja pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, que não tem negado proteção às milhares de vítimas da prepotência e do abuso dos regimes autoritários em um movimento que faz parte da denominada Justiça de Transição⁵.

Por outro lado, atuando paralelamente às diversas justiças de transição, temos também as Comissões da Verdade instauradas por todo o continente⁶ e que muito contribuem para o esclarecimento das verdades históricas.

A ausência de um tipo legal de Desaparecimento Forçado de Pessoas tem prejudicado o regular processo de investigação e processamento dos crimes perpetrados na época da ditadura, pois obriga os órgãos de acusação a se valerem de institutos semelhantes, como, por exemplo, o sequestro qualificado (art. 148 §2º do Código Penal).

direitos humanos, assegurar sua não repetição e promover a efetiva reconciliação nacional; e VII - promover, com base nos informes obtidos, a reconstrução da história dos casos de graves violações de direitos humanos, bem como colaborar para que seja prestada assistência às vítimas de tais violações.

4Veja-se a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 153 da Ordem dos Advogados do Brasil sobre a declaração de inconstitucionalidade da Lei de Anistia (lei nº 6.683/79) que será bastante comentada ao longo do presente trabalho.

5 “*Transitional justice can be defined as the conception of justice with periods of political change, characterized by legal responses to confront the wrongdoings of respective predecessor regimes.*” (TEITEL, 2002, p. 69). Para AMBOS (2010, p. 27): “*comprende el entero ámbito de los procesos y mecanismos asociados com los intentos de una sociedad pra afrontar un legado de abusos a gran escala del pasado, para asegurar responsabilidad, rendir justicia y lograr reconciliación*”.

6Veja-se, por exemplo, o caso chileno, cuja primeira Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación foi criada por meio do decreto supremo nº 55, de 25 de abril de 1990 (DALBORA In: KAI; MALARINO, 2010); na Argentina, por meio da Comisión Nacional sobre la Desaparición de Personas (CONADEP), criada pelo decreto 187, de 15 de dezembro de 1983, (PELLEGRINI; PARENTI, In: KAI; MALARINO, 2010); no Uruguai, por meio da Comisión para la Paz, criada pela resolução presidencial n. 858, de 9 de agosto de 2000 (PALERMO, In: AMBOS; MALARINO, 2010).

É verdade que muitos fatores têm prejudicado o prosseguimento das investigações, como, por exemplo, a falta de vontade política dos órgãos governamentais em verdadeiramente se empenharem no esclarecimento dos fatos, bem como diversos outros problemas, que vão desde a rejeição das denúncias propostas pelo Ministério Público Federal⁷ até a posição do Supremo Tribunal Federal, a favor da validade da Lei. 6.683/79 (Lei de Anistia), passando por questões referentes à prescrição e o momento consumativo dos crimes. Entretanto, nada tem sido tão pernicioso quanto à leniência e à omissão dos órgãos governamentais nos processos de investigação⁸.

O termo “justiça” não é absoluto, pois é um valor e, como tal, é relativo. O que é justo para alguns, pode não ser para outros. Aristóteles, no Livro V de sua *Ética a Nicômaco*, diz que existem vários significados para a palavra e identifica alguns e, entre eles, o que o autor chama de “justiça política”, que pode ser composta em parte de uma regra natural e outra convencional. A parte convencional, diz ele “(...) pode ser estabelecida de uma forma ou de outra indiferentemente, ainda que, uma vez estabelecida, deixa de ser indiferente (...)” (ARISTÓTELES, 2009, p. 176).

Destarte, mesmo reconhecendo que a justiça, como todo e qualquer valor, é relativa, alguma resposta à sociedade deve ser dada, pois foi ela que sofreu os maus-tratos e abusos daqueles que deveriam protegê-la. Não se trata aqui de simplesmente vingar os desaparecidos políticos, mas de dar uma resposta aos sobreviventes e à sociedade acerca dos acontecimentos que marcaram um dos períodos mais obscuros da nossa história recente, punindo efetivamente os responsáveis por crimes cometidos no passado, pois sem isto estaremos muito aquém de garantir ao cidadão seus direitos fundamentais à vida, à liberdade, à privacidade, à intimidade e à informação.

⁷Veja-se, por exemplo, a denúncia originada do Procedimento de Informações Criminais nº 86/2012; das peças de Informação nº (s) 1.30.001.001134/2012; 1.30.001.004827/2012-30 e 1.00.000.017587/2001-00. Após esta denúncia ter sido rejeita em sede de 1º Grau, o Ministério Público Federal recorreu em sentido estrito para o Tribunal Regional Federal da 2ª Região, sendo o recurso julgado improcedente uma vez que os desembargadores entenderam que era “impossível a adequação da conduta ao tipo penal previsto no art. 148§2º do Código Penal” (Proc. nº 201351018014347, Rel. Des. Paulo Espírito Santo). Disponível em: <jurisprudencia.trf2.jus.br/v1/search?q=cache:JHFdaeCk-VoJ:www.trf2.com.br/idx/trf2/ementas/%3Fprocesso%3D201351018014347%26CodDoc%3D285064+crime+ditado>. Acesso em: 12 fev. 2014.

⁸(...) 37. De forma subsidiária, os representantes salientaram a ineficácia dos recursos internos aludidos pelo Estado. Quanto à Ação Ordinária, alegaram que, passados 27 anos de seu início e em que pese a decisão final, “ela não produziu os efeitos esperados, não constituindo, portanto[, um] recurso eficaz para o esclarecimento dos fatos denunciados”. Indicaram que o recurso adequado para remediar as violações alegadas era o recurso penal. No entanto, e apesar de tratar-se de um caso de desaparecimentos forçados, em virtude da Lei de Anistia, o Estado não iniciou uma investigação destinada a esclarecer os fatos, identificar os responsáveis e garantir a justiça, o que não foi negado pelo Estado. A interpretação vigente sobre a Lei de Anistia teve um efeito direto na omissão do Ministério Público em relação aos fatos do presente caso e inibiu os familiares de apresentar queixa a fim de iniciar o procedimento destinado a instaurar a ação penal correspondente. Finalmente, os representantes salientaram que, ao contrário do que determina a jurisprudência do Tribunal, o Brasil indicou outros recursos, mas não demonstrou disponibilidade ou eficácia para remediar as violações alegadas no presente caso, como, por exemplo, a Arguição de Descumprimento ou a Ação Civil Pública, que foram iniciadas posteriormente à emissão do Relatório de Admissibilidade. Trecho extraído da decisão da Corte Interamericana de Direitos Humanos que condenou o Brasil, no caso Gomes Lund vs. Brasil. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_219_por.pdf>. Acesso em: 03 nov. 201.

SISTEMATIZAÇÃO DA OBRA

O principal do problema que se apresenta no que se refere ao crime em questão é a inexistência no âmbito do direito interno de um tipo legal intitulado Desaparecimento Forçado de Pessoas, o que nos obriga a recorrer ao Estatuto de Roma. No entanto, a própria aplicação deste Estatuto no Direito interno brasileiro encontra obstáculos na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, como veremos ao longo desta obra. Destarte, pretende-se com o presente trabalho apresentar uma proposta efetiva de criação de um tipo legal denominado de Desaparecimento Forçado de Pessoas.

Ao longo da exposição, pretende-se responder a algumas indagações que, desde já, coloca-se aqui para servir como norte do trabalho. São elas: O que se pretende com a apresentação daquela proposta? É importante para o Direito interno dotá-lo de um tipo legal de Desaparecimento Forçado de Pessoas? Não é suficiente a existência do Estatuto de Roma? Na ausência de um tipo específico para a conduta de “desaparecer com determinada pessoa”, existem outros tipos legais que poderiam substituir o tipo em questão? Estamos punindo adequadamente aquelas pessoas que, agindo em nome do Estado, praticaram condutas criminosas? Como puni-las sem um tipo legal específico para as condutas que praticavam?

Para alcançarmos o nosso objetivo, faz-se mister demonstrarmos a evolução dos crimes contra os direitos humanos, a análise das convenções internacionais que regem a matéria e a jurisprudência das Cortes Internacionais como, por exemplo, o Tribunal Penal Internacional e, principalmente, a da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Em seguida, passaremos a analisar acerca da existência – ou da falta – de alguma norma interna que preveja o tipo em questão e a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sobre a matéria. Aqui, deve-se analisar a questão da lei de anistia e a decisão da Corte Suprema, posto que esta decisão influenciou diretamente na questão da punibilidade das condutas praticadas na época da ditadura. Após estes trabalhos, elaboraremos uma análise dos elementos formadores do delito, com base nas convenções internacionais e jurisprudências anteriormente analisadas. Em seguida, passaremos para a fase de elaboração da proposta do tipo legal.

Para tanto, divide-se a obra em quatro capítulos, além da introdução, conclusão e bibliografia.

No primeiro capítulo pretende-se demonstrar a evolução dos Crimes Contra a Humanidade, fazendo-se menção aos primeiros passos dados pela comunidade internacional para a elaboração de um diploma internacional que tipificasse as condutas, elevadas à categoria de crimes contra os

direitos humanos.

Em seguida, analisaremos algumas decisões dos Tribunais internacionais *ad hoc* para a antiga Iugoslávia e Ruanda e procuraremos neles a justificativa necessária para elaboração do Estatuto de Roma e para o Crime de Desaparecimento Forçado de Pessoas.

Ainda no capítulo segundo, vamos analisar as decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos, inclusive o caso *Gomes Lund*, cuja sentença condenou o Brasil e veremos mais de perto o padrão sistemático da prática do Crime de Desaparecimento Forçado de Pessoas nos países da região.

No capítulo três vamos analisar as questões referentes ao direito interno, como, por exemplo, a posição do Supremo Tribunal Federal em relação à anistia que, por meio da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 153, julgou válida a Lei de Anistia (Lei nº 6.683/79), o que ocasionou e ocasiona uma séria desvantagem do país, em relação aos vizinhos latino americanos, na repressão aos crimes praticados por agentes estatais na época da ditadura, fazendo com que inclusive sejam omissas as autoridades responsáveis pela repressão dos crimes cometidos na época autoritária. Veremos as decisões do Supremo Tribunal Federal que, apesar da ausência do tipo no direito interno, autorizam extradição de pessoas com base no delito semelhante, mas insuficiente, de sequestro qualificado. Veremos, em seguida, uma tentativa de dotar o direito interno deste tipo legal por meio do Anteprojeto do Código Penal brasileiro que, em seu art. 466, cria esta nova figura penal.

Finalmente, no capítulo quatro analisaremos os elementos do crime de Desaparecimento Forçado de Pessoas à luz do que foi pesquisado e também da doutrina nacional, dividindo-o em seus vários aspectos, tais como sujeitos ativo e passivo, prescrição, momento consumativo, aspectos especiais do crime, como tempo e lugar, objeto jurídico, elementos subjetivos, consumação e tentativa. Por fim, elaboraremos a nossa proposta por meio da qual esperamos contribuir para a criação definitiva de um tipo penal de Desaparecimento Forçado de Pessoas.

1. DESENVOLVIMENTO DOS CRIMES CONTRA OS DIREITOS HUMANOS

Pode-se dizer que o sujeito por excelência do Direito Internacional era, no período antes da II Grande Guerra, com raras exceções⁹, o Estado, pois era ele que tinha responsabilidade por atos internacionais através de seus agentes que, em seu nome, se comprometiam através de tratados firmados com outros Estados.

A noção de soberania¹⁰, em seus três aspectos formadores – povo, território e governo, não permitia que cidadãos nacionais fossem punidos por outros órgãos que não os nacionais ou aqueles designados na legislação específica de cada Estado. A jurisdição de cada Estado era exercida dentro dos limites de seu território sem interferência de outrem, fosse este terceiro um outro Estado estrangeiro, fosse um órgão internacional. A existência de Cortes Internacionais de Justiça ou de Tribunais Penais Internacionais que condenassem o indivíduo não era concebida, pois suas decisões iriam fatalmente se chocar contra as decisões dos tribunais nacionais.

Com o desenvolvimento das relações internacionais, a ideia antes predominante de soberania foi cedendo para uma noção de relativização do conceito no qual não mais os Estados individualmente seriam sujeitos do Direito Internacional, com obrigações e direitos específicos, mas também o homem, enquanto indivíduo, também teria direitos – e deveres – no campo internacional e até mesmo contra o seu próprio Estado de origem. É a isto que se refere Mazzuoli (2012) quando comenta a respeito do surgimento da ideia de afastamento da soberania absoluta em prol do desenvolvimento da noção de garantias dos direitos do homem e do cidadão¹¹.

Pode-se estabelecer como marco mais concreto para o início desta ideia de plasticidade ou relativização da soberania a Liga das Nações, fundada em 1919 sob os escombros da I Guerra Mundial, no qual os Estados vencedores do litígio, juntamente com outros, entre eles o Brasil, passaram a estabelecer um pacto voltado para paz, a fim de não permitir a conflagração de outro conflito de proporções iguais ou maiores. Este pacto, segundo Flávia Piovesan (2011), “continha

9ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO (OIT): Promovendo o Trabalho Decente. Disponível em: <<http://www.oitbrasil.org.br/>>. Acesso em: 16 nov. 2013.

10 “O Estado nasceria, então, com a característica fundamental de possuir, como elemento essencial de sua existência, uma base territorial sobre a qual se assenta uma massa demográfica de indivíduos. Posteriormente, passaria a ter por elementos caracterizadores uma *unidade política* estabelecida no tempo e no espaço, a existência *de instituições permanentes impessoais*, a condução de seus negócios por uma *autoridade* e a aceitação da ideia de que esta autoridade conta com a *lealdade substancial* de seus súditos. Esse tipo de Estado, desenvolvido a partir da reforma protestante e dos tratados de Westfália, deu origem à chamada *doutrina da soberania* (que já contava com a sua formulação teórica desde 1576, no *De Republica*, de Jean Bodin), segundo a qual a força capaz de agregar seres humanos em um dado território é a unidade do poder (*summa potestas*), sem a qual o Estado seria – na expressão de Bodin – como um barco sem quilha” (MAZZUOLI, 2012, p.58, grifos do autor).

11Idem.

previsões genéricas relativas aos direitos humanos destacando-se as voltadas para os *mandate system of the League*, ao sistema de minorias e aos parâmetros internacionais do direito do trabalho para homens, mulheres e crianças” (PIOVESAN, 2011, p.170-171).

No campo do Direito do Trabalho, promoveu-se, em 1919, e como parte do Tratado de Versalhes, a instituição da Organização Internacional do Trabalho – OIT, que tinha como objetivo assegurar condições mínimas aos trabalhadores do mundo e “promover a paz universal e permanente baseada na justiça sócia”¹². Com esta Organização também se tinha como objetivo relativizar o conceito de soberania, pois a ideia era formular normas internacionais que se aplicassem no âmbito do direito laboral a todos os países signatários de suas Convenções, inclusive o Brasil, um dos membros fundadores da Organização.

Em 1939, com a invasão da Polônia por Hitler, tem início a II Guerra Mundial, e o mundo estava novamente em meio a um grande conflito, desta vez de proporções muito maiores que o anterior, pois a tecnologia, que proporcionou o desenvolvimento de novas armas de guerra, provocou destruição e sofrimento em massa.

Findo este conflito, após a devastação da Europa, com as cidades em ruínas, mortos milhares de civis, todas as cidades devastadas e o genocídio de milhões de judeus, era necessária a criação de um tribunal no qual os criminosos de guerra nazistas pudessem ser julgados.

Institui-se, assim, um Tribunal Militar Internacional, instalado na cidade alemã de Nuremberg, entre 20 de novembro de 1945 e 1º de outubro de 1946, para o julgamento dos criminosos de guerra.

Previa-se, em seu Estatuto, mais precisamente no art. 6º, c, a definição de crimes de guerra e crimes contra a humanidade, neste sentido¹³:

II. JURISDIÇÃO E PRINCÍPIOS GERAIS

Artigo 6.

O Tribunal estabelecido pelo Acordo referido no artigo 1º para o julgamento e punição dos principais criminosos de guerra dos países do Eixo Europeu tem o poder de julgar e punir pessoas que, agindo no interesse dos países do Eixo Europeu, seja como indivíduos ou como membros de organizações, cometido qualquer dos seguintes crimes.

Os seguintes atos, ou qualquer um deles, são crimes que sejam da competência do Tribunal para o qual não serão de responsabilidade individual:

(...)

(C) Crimes contra a humanidade: ou seja, assassinato, extermínio, escravidão, deportação e outros atos desumanos cometidos contra qualquer população civil, antes ou durante a guerra, ou perseguições por motivos políticos, raciais ou religiosos em execução ou em conexão com qualquer crime da competência do Tribunal, ou não, em violação da legislação nacional do país onde perpetrados.

¹²ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO – OIT. Disponível em: <<http://www.oitbrasil.org.br/content/hist%C3%B3ria>>. Acesso em: 16 nov. 2013.

¹³YALE LAW SCHOOL. **The Avalon Project**. Estatuto do Tribunal Militar de Nuremberg, Disponível em: <<http://www.avalon.law.yale.edu/imt/count.asp>>. Acesso em: 09 abr. 2013.

Estava definido, portanto, o conceito de crimes contra a humanidade. Neste momento, porém, o conceito ainda se relacionava muito estreitamente com os crimes de guerra.

Posteriormente, foi editada a Resolução da ONU nº 95, de 11 de dezembro de 1946, que confirma os princípios inculpidos no Estatuto do Tribunal.

Na reunião realizada em 21 de novembro de 1947, a Assembleia Geral da ONU edita a Resolução nº 177 que confirma os princípios estabelecidos no Estatuto do Tribunal de Nuremberg e elege uma Comissão para formular princípios de Direito Internacional estabelecidos naquele documento, bem como para preparar elementos para a criação de um Código Internacional que estabelecesse princípios que garantissem a paz e a segurança para a humanidade.

O trabalho desta Comissão foi elaborado em 1950 e resultou efetivamente no estabelecimento de alguns princípios¹⁴, entre os quais podemos destacar aquele que efetivamente reproduz o conceito de crimes contra a humanidade, já mencionados no Estatuto do Tribunal Militar. Em seguida, foi editada uma série de atos, concretizados em diversas Resoluções da Assembleia Geral da ONU¹⁵. Com a edição destas Resoluções podemos seguramente concluir que estavam definitivamente separados os crimes de guerra e os crimes contra a humanidade.

14⁴(...) *Text adopted by the International Law Commission at its second session, in 1950 and submitted to the General Assembly as a part of the Commission's report covering the work of that session. The report, which also contains commentaries on the principles, appears in Yearbook of the International Law Commission, 1950, vol. II, para. 97. 2Principles of International Law Recognized in the Charter of the Nuremberg Tribunal and in the Judgment of the Tribunal Principle I Any person who commits an act which constitutes a crime under international law is responsible therefor and liable to punishment. Principle II The fact that internal law does not impose a penalty for an act which constitutes a crime under international law does not relieve the person who committed the act from responsibility under international law. Principle III The fact that a person who committed an act which constitutes a crime under international law acted as Head of State or responsible Government official does not relieve him from responsibility under international law. Principle IV The fact that a person acted pursuant to order of his Government or of a superior does not relieve him from responsibility under international law, provided a moral choice was in fact possible to him. Principle V Any person charged with a crime under international law has the right to a fair trial on the facts and law. Principle VI The crimes hereinafter set out are punishable as crimes under international law: (a) Crimes against peace: (i) Planning, preparation, initiation or waging of a war of aggression or a war in violation of international treaties, agreements or assurances; (ii) Participation in a common plan or conspiracy for the accomplishment of any of the acts mentioned under (i). (b) War crimes: Violations of the laws or customs of war which include, but are not limited to, murder, ill-treatment or deportation to slave-labour or for any other purpose of civilian population of or in occupied territory, murder or ill-treatment of prisoners of war, of persons on the seas, killing of hostages, plunder of public or private property, wanton destruction of cities, towns, or villages, or devastation not justified by military necessity. (c) Crimes against humanity: Murder, extermination, enslavement, deportation and other inhuman acts done against any civilian population, or persecutions on political, racial or religious grounds, when such acts are done or such persecutions are carried on in execution of or in connection with any crime against peace or any war crime. (grifo meu) Principle VII Complicity in the commission of a crime against peace, a war crime, or a crime against humanity as set forth in Principle VI is a crime under international law.* ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Disponível em: <http://untreaty.un.org/ilc/texts/instruments/english/draft%20articles/7_1_1950.pdf>. Acesso em: 9 abr. 2013.

15 ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. 1. Resolução nº 2.338 (XXII) – 18 de dezembro de 1967 – atribuiu prioridade para o término da Convenção sobre a Imprescritibilidade dos Crimes de Guerra e Contra a Humanidade; 2. Resolução nº 2.391 (XXIII) - 26 de novembro de 1968 – promulga a Convenção sobre a Imprescritibilidade dos Crimes de Guerra e Contra a Humanidade; 3. Resolução nº 2.583 (XXIV) – 15 de dezembro de 1969; Resolução nº 2.712 (XXV) – de 15 de dezembro de 1970; 4. Resolução nº 2.840 (XXVI) – de 18 de dezembro de 1971. Todas as resoluções indicadas foram editadas pela Assembleia Geral da ONU e se referem às obrigações dos Estados-membros em punir os crimes de guerra e contra a humanidade. Disponível em: <www.un.org/Depts/dhl/resquite/r28.htm>. Acesso em: 09 abr. 2013.

1.1 O ESTATUTO DE ROMA

A partir do Tribunal de Nüremberg e do Tribunal para o Extremo Oriente e, principalmente, desde o Tribunal Internacional para a ex-Iugoslávia, a Humanidade ingressa em uma nova fase em sua evolução em direção à paz mundial, pois o reconhecimento da personalidade jurídica ao indivíduo, enquanto pessoa física, e a ideia de relativização da soberania dos Estados dão novas dimensões ao Direito Internacional.

A partir do momento em que se reconheceu o homem como sujeito de direitos no âmbito internacional, alargou-se a proteção aos direitos humanos, pois ao indivíduo é reconhecido o direito de, *sponte propria*, comparecer perante uma Corte Internacional e reclamar proteção contra o seu próprio Estado nacional¹⁶ e, também, responder pessoalmente por crimes punidos pela justiça internacional¹⁷.

Destarte, a evolução do Direito Internacional demonstra que, além do Estado, está o indivíduo, responsável por seus atos, inclusive perante a comunidade internacional. Não mais se admite que o indivíduo, responsável por atos infracionais, possa se esconder por detrás da capa protetora do Estado nacional, apropriando-se do Poder para patrocinar ou estimular condutas antijurídicas, transformando o próprio Estado em instrumento de ódio genocida contra populações mais vulneráveis, por serem minorias étnicas ou raciais, como se deu, por exemplo, com a Iugoslávia e com Ruanda.

Não mais se entende a soberania dos Estados como absoluta, pelo menos no plano externo, pois esta atualmente se encontra severamente limitada pelos direitos humanos que, internacionalizados, exigem proteção da comunidade internacional. Não se concebe mais que um Estado cometa as maiores atrocidades contra determinados grupos populacionais e fique impune, sob a alegação de sua soberania, pois além desta se encontra um Tribunal Internacional que, julgando os indivíduos responsáveis pelas atrocidades, poderá declará-lo culpado, mesmo que para isto tenha que agir contrariamente ao próprio Estado nacional do acusado (AFANADOR, 2010)¹⁸. Por isso, com razão Antônio Augusto Cançado Trindade (2006), quando disse que conferir

16 CONVENÇÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, arts. 44 ao 51. Veja-se: sobre a possibilidade de qualquer pessoa representar junto à Comissão Interamericana de Direitos Humanos, relatando fatos atentatórios aos direitos protegidos por aquela Convenção.

17 TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL, Estatuto do art. 25: permite a responsabilidade criminal individual da pessoa física.

18 Para o autor: “*Los derechos humanos y, en especial, los delitos de lesa-humanidad y crímenes internacionales, han collevado a plantear el surgimiento de una juriscicción universal (...) En materia de derechos penal internacional, se establece que la responsabilidad es individual y exclusiva de personas naturales, aunque el Estado puede tener responsabilidades de carácter repartorio*” (AFANADOR, 2010, p. 235-249).

personalidade jurídica ao homem é ser fiel às origens do Direito Internacional¹⁹.

Na verdade, o homem, desde há muito tempo, tenta tornar realidade a existência de um Tribunal Internacional (JAPIASSÚ, 2004)²⁰, cuja concretização foi tentada tanto no Tratado de Sèvres como no Tratado de Versalhes (MAZZUOLI, 2011)²¹.

A par destes precedentes citados pelos autores, deve-se ter o Tribunal Militar Internacional de Nüremberg e o Tribunal para o Extremo Oriente como os antecedentes mais próximos de um Tribunal Penal Internacional, ainda que passíveis de várias críticas.

Ambos os Tribunais foram impostos pelas principais potências vencedoras da II Grande Guerra (Estados Unidos, Grã-Bretanha, França e União Soviética).

Finda a guerra, com o saldo terrível de milhões de mortos, com as suas cidades em ruínas, a Europa se preparava para o julgamento dos criminosos de guerra nazistas.

Para tanto, foi elaborada em 8 de agosto de 1945 a Carta de Londres, na qual as principais potências vencedoras já mencionadas resolveram criar um Tribunal especificamente para julgar os chefes militares nazistas. Após a confecção do seu estatuto, composto por 30 (trinta) artigos, iniciou-se o julgamento de 22 (vinte e dois) acusados por crimes de guerra e contra a humanidade, na cidade alemã de Nüremberg.

Este Tribunal era composto por quatro julgadores e seus suplentes, escolhidos pelas quatro principais potências vencedoras²². Os promotores, também em número de quatro, eram escolhidos pelos Estados-partes²³; não era possível alegar-se como atenuante o fato dos acusados estarem

19 “La contraposition des individus qui s'en plaignent comme victimes de violations des droits de l'homme avec les États mis en cause est de l'essence même de la protection internationale des droits de l'homme. Affirmé la personnalité juridique des êtres humains et leur pleine capacité juridique au niveau internationale pour leurs violations qu'ils allèguent de leurs droits, c'est être fidèle aux origines historiques du Droit International lui-même (le droit des gens). C'est assurément l'un des plus grands acquis de la protection internationale des droits de l'homme, qui en indique la jurisdictionalization” (TRINDADE, 2006, p. 143, grifo do autor).

20 Além de outros antecedentes citados pelo autor, o que parece mais concreto e se aproxima mais de uma tentativa de julgamento internacional é o Tratado de Sèvres, de 10 de agosto de 1920, na qual as potências vencedoras da I Grande Guerra tentaram impor ao turcos um tribunal para julgamento dos crimes de guerra. Tal julgamento jamais chegou a acontecer, pois pelo Tratado de Lausanne, de 24 de agosto de 1924, os criminosos foram anistiados.

21 Neste tratado, as potências vencedoras da I Grande Guerra tentaram chamar a julgamento o Kaiser Guilherme II de Hohenzollern, até então Imperador da Alemanha, pelos crimes de guerra praticados. Assim como o Tratado de Sèvres, também não se conseguiu concretizar o julgamento.

22 YALE LAW SCHOOL. The Avalon Project. Estatuto do Tribunal Militar de Nuremberg. “Article 2. The Tribunal shall consist of four members, each with an alternate. One member and one alternate shall be appointed by each of the Signatories. The alternates shall, so far as they are able, be present at all sessions of the Tribunal. In case of illness of any member of the Tribunal or his incapacity for some other reason to fulfill his functions, his alternate shall take his place.” Disponível em: <<http://avalon.law.yale.edu/imt/count1.asp>>. Acesso em: 18 out. 2013.

23 YALE LAW SCHOOL. The Avalon Project. Estatuto do Tribunal Militar de Nuremberg, Charter. III. COMMITTEE FOR THE INVESTIGATION AND PROSECUTION OF MAJOR WAR CRIMINALS. “Article 14. Each Signatory shall appoint a Chief Prosecutor for the investigation of the charges against and the prosecution of major war criminals. The Chief Prosecutors shall act as a committee for the following purposes: (a) to agree upon a plan of the individual work of each of the Chief Prosecutors and his staff, (b) to settle the final designation of major war criminals to be tried by the Tribunal, (c) to approve the Indictment and the documents to be submitted therewith, (d) to lodge the Indictment and the accompany documents with the Tribunal, (e) to draw up and recommend to the Tribunal for its approval draft rules of procedure, contemplated by Article 13 of this Charter. The Tribunal shall have the power to accept, with or without amendments, or to reject, the rules so recommended. The Committee shall act in all the above

cumprindo ordens superiores²⁴; o Tribunal também podia declarar qualquer organização a qual pertencessem os acusados como criminosa, e a consequência era que qualquer membro da organização declarada criminosa poderia ser levada às barras do Tribunal²⁵; não havia penas previamente estabelecidas, podendo o Tribunal estabelecê-las de acordo com o seu entendimento²⁶; a execução das sentenças ficava por conta do Conselho de Controle da Alemanha, que poderia alterar as penas, mas não aumentar as penas²⁷.

A principal crítica ao Tribunal de Nüremberg²⁸ é a desobediência quanto ao princípio da reserva legal. A consequência da inexistência deste importante princípio do Direito Penal era que não havia no âmbito internacional a previsão das condutas típicas pelas quais os acusados estavam sendo julgados (princípio do *nullo crimen, sine lege*). Como também não havia a individualização das penas (e nem sequer sua previsão!), também o princípio do *nulla poena, sine lege praevia* restou prejudicado. Há, no entanto, sérias restrições ao princípio da legalidade, no âmbito do direito internacional, de modo a justificar a sua ausência em diversas convenções e tratados, pois este não deve ser entendido do mesmo modo que no direito interno (AMBOS, 2009)²⁹.

matters by a majority vote and shall appoint a Chairman as may be convenient and in accordance with the principle of rotation: provided that if there is an equal division of vote concerning the designation of a Defendant to be tried by the Tribunal, or the crimes with which he shall be charged, that proposal will be adopted which was made by the party which proposed that the particular Defendant be tried, or the particular charges be preferred against him.” Disponível em: <<http://avalon.law.yale.edu/imt/count1.asp>>. Acesso em: 18 out. 2013.

24YALE LAW SCHOOL. The Avalon Project. Estatuto do Tribunal Militar de Nuremberg. “Article 8. The fact that the Defendant acted pursuant to order of his Government or of a superior shall not free him from responsibility, but may be considered in mitigation of punishment if the Tribunal determines that justice so requires.” Disponível em: <<http://avalon.law.yale.edu/imt/count1.asp>>. Acesso em: 18 out. 2013.

25YALE LAW SCHOOL. The Avalon Project. Estatuto do Tribunal Militar de Nuremberg, Article 9. “At the trial of any individual member of any group or organization the Tribunal may declare (in connection with any act of which the individual may be convicted) that the group or organization of which the individual was a member was a criminal organization. After the receipt of the Indictment the Tribunal shall give such notice as it thinks fit that the prosecution intends to ask the Tribunal to make such declaration and any member of the organization will be entitled to apply to the Tribunal for leave to be heard by the Tribunal upon the question of the criminal character of the organization. The Tribunal shall have power to allow or reject the application. If the application is allowed, the Tribunal may direct in what manner the applicants shall be represented and heard.” Disponível em: <<http://avalon.law.yale.edu/imt/count1.asp>>. Acesso em: 18 out. 2013.

26YALE LAW SCHOOL. The Avalon Project. Estatuto do Tribunal Militar de Nuremberg, Article 27. “The Tribunal shall have the right to impose upon a Defendant, on conviction, death or such other punishment as shall be determined by it to be just.” Disponível em: <<http://avalon.law.yale.edu/imt/count1.asp>>. Acesso em: 18 out. 2013.

27YALE LAW SCHOOL. The Avalon Project. Estatuto do Tribunal Militar de Nuremberg, Article 29. “In case of guilt, sentences shall be carried out in accordance with the orders of the Control Council for Germany, which may at any time reduce or otherwise alter the sentences, but may not increase the severity thereof. If the Control Council for Germany, after any Defendant has been convicted and sentenced, discovers fresh evidence which, in its opinion, would found a fresh charge against him, the Council shall report accordingly to the Committee established under Article 14 hereof, for such action as they may consider proper, having regard to the interests of justice.” Disponível em: <<http://avalon.law.yale.edu/imt/count1.asp>>. Acesso em: 18 out. 2013.

28“ A questão da irretroatividade da lei penal, no entanto, foi violada em Nuremberg. O direito penal internacional, embora seja uma disciplina autônoma, não pode abrir mão das garantias fundamentais asseguradas pelo direito penal” (JAPIASSÚ, 2004, p. 57).

29 “A violação da proibição de retroatividade é negada unanimemente, pois não é entendida de modo estritamente formal, isto é, como um princípio que exige um tipo penal escrito no momento da comissão do fato (...). A proibição da retroatividade, no direito penal internacional, orienta-se conforme a característica de ‘ordenamento jurídico dinâmico’ do direito internacional. Por isso, é suficiente que a ação em questão seja punível segundo os princípios não escritos do direito consuetudinário. Pelo geral, isto é afirmado com o argumento de que os fatos em questão – guerra de agressão,

Na verdade, o Tribunal foi uma resposta que deveria ser dada ao mundo aos horrores nazistas, pois era realmente um Tribunal de exceção para julgar vencidos por vencedores. O julgamento se justificava em nome de um sentimento universal de justiça que repudiava que os criminosos nazistas ficassem impunes ou fossem sumariamente executados.

Estes óbices opostos pela crítica mais contemporânea levou Ruti Teitel a repudiar inclusive o seu caráter universal como base para uma justiça de transição, cabendo este mérito somente ao Tribunal Penal Internacional para ex-Iugoslávia³⁰.

Nos mesmos moldes do Tribunal de Nuremberg, foi criado um Tribunal para o Extremo Oriente, com sede em Tóquio, para punir os criminosos de guerra do Império Japonês. Suas bases já foram lançadas em plena guerra mundial, na Conferência do Cairo, em 1943³¹, na qual os aliados ali reunidos já manifestaram a sua intenção de exigir a “rendição total” das forças japonesas, bem como o julgamento e a punição dos “bárbaros líderes japoneses”.

Segundo o Estatuto do Tribunal Militar para o Extremo Oriente (Tóquio, 1946³²), o Tribunal era composto por no mínimo 6 (seis) e no máximo 11 (onze) membros escolhidos pelo comandante – chefe para as potências aliadas por meio de uma lista fornecida pelos países Signatários do Instrumento de Capitulação, a Índia e a União das Filipinas (art. 2º); as decisões dos julgamentos eram tomadas pela maioria dos membros presentes em sessão (art. 4º, letra b); a jurisdição do Tribunal compreendia os crimes contra a paz, os crimes contra as Convenções de Guerra, violações de lei e costumes de guerra, cometidos no extremo oriente (art 5º); os acusados não poderiam alegar em sua defesa o fato de estarem cumprindo ordens superiores nem agirem em nome do Estado, mas estas circunstâncias podiam ser considerados como atenuantes na decisão final (art. 6º); o procedimento a ser seguido durante o julgamento estava previsto no capítulo III, artigos 9º e 10, e capítulo IV, artigos 11 ao 15; como no Tribunal de Nuremberg, não havia individualização das penas, pois o Tribunal poderia condenar um acusado à pena de morte ou qualquer outra que considerasse justa (art. 16), e as decisões eram executadas por ordem do comandante-chefe, que a qualquer moento poderia atenuar ou modificar a decisão, exceto agravá-la (art. 17).

O primeiro Tribunal Internacional para o julgamento e a punição de criminosos de guerra crimes contra a humanidade e crimes de guerra – eram puníveis no momento do fato segundo o costume internacional” (KAI, 2008, p. 102, grifos do autor).

30TEITEL, Ruti. Cornell International Law Journal, The Law Politics of Comtemporary Transitional Justice, vol 38, p. 837/858, 2005. “*Nuremberg while reflecting an agreement of the four Allies, was ultimately not all that international. Moreover, without a final judgement and confrontation against Hitler, Nuremberg lacked the ultimate symbol of a top political leader in the dock. Seen in the historical light, there is some overstatemente in the extente to which the post war trials lay the basis for comtemporary transitiona justice*”.

31YALE LAW SCHOOL. The Avalon Project. Conferência do Cairo. Disponível em: <avalon.law.yale.edu>. Acesso em: 20 out. 2013.

32BARBERO, Natalia. Tribunal Militar para o Extremo Oriente. Disponível em: <http://nataliabarbero.blogspot.com.br/p/estatuto-del-tribunal-militar_26.html>. Acesso em: 15 fev. 2014.

patrocinado pela Organização das Nações Unidas foi, na verdade, o Tribunal Penal Internacional para a antiga Iugoslávia, destinado a punir os crimes de guerra, genocídio e contra a humanidade praticados por integrantes do Governo da antiga Iugoslávia.

Para entender a instalação deste Tribunal e suas razões é necessário compreender um pouco as causas do conflito que assolou o território das Repúblicas que compunham a República Federalista Socialista da Iugoslávia (Eslovênia, Croácia, Sérvia, Macedônia, Bósnia-Herzegóvina e Kosovo, além da região autônoma de Montenegro).

O conflito teve o seu início com a assunção ao poder da Sérvia, principal e mais populosa República que formava o território da antiga Iugoslávia, de Slobadan Milosevic, em 1990, Presidente do Comitê Central da Liga dos Comunistas da Sérvia. Centralizador, com a ambição de criar uma Grande Sérvia, na qual esta República teria o papel de líder em uma futura união dos territórios, começou a restringir a autonomia das antigas Repúblicas, autonomia esta que gozavam desde a época do General Josip Broz Tito.

Os movimentos separatistas tiveram início na Eslovênia que, após uma rápida guerra contra a Sérvia, obteve sua independência 10 (dez) dias depois, em 1991.

Os problemas maiores começaram quando a Croácia também resolveu aderir aos movimentos separatistas da antiga República. Boa parte do território croata era habitada por sérvios que não concordaram com a separação, o que faz com que a situação de guerra perdure até o final da ofensiva bósnia, em 1995.

Não satisfeitas com a independência da Croácia, os sérvios declaram independente uma região da Croácia, a República Sérvia de Krejina, que não logrou obter o reconhecimento internacional. Para garantir a independência da jovem república, exércitos sérvios são enviados para aquela região e várias pessoas são mortas, deixando também um incrível saldo de desabrigados. A Organização das Nações Unidas resolve intervir no conflito, impondo sanções econômicas aos sérvios. Ao final do conflito, seiscentos mil croatas sérvios se refugiam na Sérvia, aumentando os problemas econômico-financeiros daquele país.

A Macedônia declara-se independente em 1992, porém desta vez não há reação contrária da Sérvia.

Em seguida, foi a vez de a Bósnia-Herzegovina declarar a sua independência, porém este processo foi mais complicado porque a maioria da população da região era composta de muçulmanos, mas havia também grande número de contingentes sérvios e croatas. Os sérvios-bósnios não aceitaram a formação de um Estado de maioria muçulmana em pleno coração da Europa, havendo o início de uma “limpeza étnica” promovida pela Sérvia.

Horrorizados com a situação, que lembrava muito os dias de terror da Segunda Grande

Guerra, a OTAN – Organização do Atlântico Norte, bombardeia a Iugoslávia, dando início a um conflito de extensas proporções.

Em 1998, há o início da guerra do Kosovo, que também pretende sua independência. Esta região, de maioria albanesa, também é vítima de uma intensa “limpeza étnica” promovida por forças sérvias. Em seguida, houve o bombardeio da OTAN, sem autorização da ONU. Milhares de kosovares-albaneses fogem para os países vizinhos, inclusive para própria Albânia. Após muita luta, o país obtém sua independência em 2008.

A última região da antiga Iugoslávia a obter a independência foi Montenegro, que a consegue em 2006, após um referendo popular.

Em 2000, ocorre a queda de Milosevic, e em 2001, é preso e logo depois transferido para julgamento pelo Tribunal Internacional (JAPIASSÚ, 2004)³³.

O Estatuto do Tribunal era composto por 34 (trinta e quatro artigos) e sua competência limitava-se aos casos ali mencionados. Era uma corte temporária e sua jurisdição, posto que limitada no tempo e no espaço, abarcando fatos acontecidos somente após 1991, ano no qual começaram acontecer os movimentos separatistas (art. 1º), cometidos no território da antiga Iugoslávia.

Os artigos 2º, 3º, 4º e 5º previam as seguintes infrações, que deviam ser punidas pelo Tribunal, a saber: sérias violações das Convenções de Genebra de 1949 e seus Protocolos Adicionais (*Grave breaches of the Geneva Conventions of 1949*); Crimes de Guerra (*Violations of the laws or customs of war*); Genocídio (*Genocide*) e Crimes contra a Humanidade (*Crimes against Humanity*).

É certo que alguns dos problemas podemos encontrar na listagem taxativa dos crimes enumerados pelo Estatuto.

Além destes crimes apontados nos dispositivos acima mencionados, o estatuto previa em seu art. 5º, (i), um tipo penal totalmente aberto, qual seja, a punição a “outros ato desumanos” (*other inhumane acts*). Com base neste dispositivo, foram julgadas muitas condutas que não estavam previstas expressamente nos artigos referidos.

Valendo-se dos termos genéricos do dispositivo, o Tribunal tem punido alguns acusados por crimes não expressamente previstos no Estatuto³⁴.

33 Trata-se aqui de um resumo confeccionado a partir das descrições dos fatos históricas feitos pelo autor. Ver também ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Tribunal Penal Internacional para a ex-Iugoslávia. Disponível em: <http://www.icty.org/x/cases/slobodan_milosevic/cis/en/cis_milosevic-slobodan.en.pdf>. Acesso em: 31 out. 2013.

34CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso *Miroslav Deronjic vs. Prosecutor*, parágrafos 120/124. No original, em inglês: “120. The term ‘forcible displacement’ is not enumerated in the list of crimes in Article 5 of the Statute; however, as was held by the Appeals Chamber in *Krnojelac*, forcible displacement, if committed with the requisite discriminatory intent, constitutes the crime of Persecutions. 121. An attack on a village is not listed under Article 5 of the Statute. The Trial Chamber in *attack on cities, towns and villages*, “is akin to an ‘attack, or bombardment, by whatever means, of undefended towns, villages, dwellings, or buildings’, a violation of the laws or

Foi isto que julgou a Corte no caso referido de *Miroslav Deronjic vs Prosecutor*, valendo verificar o trecho referido para espancar quaisquer dúvidas a respeito:

120. O termo "deslocamento forçado" não está enumerado na lista dos crimes previstos no artigo 5º do Estatuto, no entanto, como foi decidido pelo Juízo de Recursos em Krnojelac, deslocamento forçado, se cometido com a intenção discriminatória, constitui o crime de perseguições .

121. Um ataque a uma aldeia não está listado nos termos do artigo 5º do Estatuto. A Câmara de Julgamento em Kordi e Êrkez, ao avaliar o nível de gravidade do crime, afirmou que o ataque ilegal em cidades, vilas e aldeias, é semelhante a um "ataque ou bombardeio, por qualquer meio, de cidades indefesas, vilarejos, habitações ou edifícios", uma violação das leis ou costumes de guerra enumerados no artigo 3 (c) do Estatuto "e, portanto, quando cometidos por motivos discriminatórios constitui o ato de Persecução."

122. A destruição de uma instituição dedicada a religião não está listada nos termos do artigo 5º do Estatuto, mas foi decidida em Staki que "a apreensão de, destruição ou dano intencional feito contra instituições dedicadas à religião, à caridade e à educação, às artes e às ciências, monumentos históricos e obras de arte e ciência, é um crime punível nos termos do artigo 3 (d), do Estatuto, quando perpetrados com a intenção discriminatória."

Por outro lado, o Tribunal para a antiga Iugoslávia, ao contrário do Estatuto do Tribunal de Nüremberg, aboliu a pena de morte (art. 24).

Já o Tribunal Penal Internacional para Ruanda, teve a sua sede na Tanzânia, África, e cujo Estatuto foi inspirado no Tribunal Penal Internacional para a antiga Iugoslávia, foi instituído por meio da Resolução nº 955, do Conselho de Segurança das Nações Unidas, datada de 8 de novembro de 1994 para punir os crimes praticados por ruandenses no território de Ruanda no período de 1º de janeiro de 1994 até 31 de dezembro de 1994, consistentes basicamente em crimes de genocídio, tendo em vista o enfrentamento entre duas etnias locais (*tutsis* e *hutus*). Até a presente data, este Tribunal havia julgado 75 (setenta e cinco) casos, dos quais 47 (quarenta e sete) resultaram em condenação, 16 (dezesesseis) estão pendentes de apelação e 12 (doze) foram absolvidos³⁵.

customs of war enumerated under Article 3 (c) of the Statute" and therefore when committed on discriminatory grounds constitutes the act of Persecutions. 122. The destruction of an institution dedicated to religion is not listed under Article 5 of the Statute, but it was held in Staki} that "the seizure of, destruction or wilful damage done to institutions dedicated to religion, charity and education, the arts and sciences, historic monuments and works of art and science", a crime punishable under Article 3 (d) of the Statute, when perpetrated with the requisite discriminatory intent, amounts to Persecutions Kordi and Êrkez, when assessing the level of gravity of this crime, held that the unlawful." Disponível em: < <http://www.icty.org/x/cases/deronjic/tjug/en/sj-040330e.pdf>>. Acesso em 31 out. 2013. Ver também o caso *Milomir Stakic vs Prosecutor*, item 4, parágrafos 662/724. Neste último caso o crime aqui considerado como "outros atos desumanos" é a transferência forçada de pessoas que, não está previsto no Estatuto e não é a mesma conduta que a "deportação", esta sim prevista no Estatuto. Neste caso, o próprio Tribunal conceitua ambas as condutas, nestes termos: "672. *The Trial Chamber in the Krnojelac case noted that deportation is clearly and specifically prohibited under the law as a crime against humanity and has long been so and that deportation was defined as 'the forced displacement of persons by expulsion or other coercive acts from the area in which they are lawfully present, without grounds permitted under international law. It added the requirement that the persons deported be displaced across a national border in order "to be distinguished from forcible transfer which may take place within national boundaries. In this respect, the Krnojelac Trial Chamber made reference to World War II cases"*. Disponível em: <<http://www.icty.org/x/cases/stakic/tjug/en/stak-tj030731e.pdf>>. Acesso em: 31 out. 2013.

35TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA RUANDA. Disponível em: <<http://www.unict.org/AboutICTR/GeneralInformation/tabid/101/Default.aspx>>. Acesso em: 31 out. 2013.

Estes, no entanto, não foram os únicos Tribunais Internacionais *ad hoc*. Outros existiram e ainda existem, embora menos referenciados. Podemos mencionar o Tribunal Especial para Serra Leoa, criado por meio da Resolução nº 1315 do Conselho de Segurança da Nações Unidas, de 14 de agosto de 2000, e que tinha como objetivo o julgamento dos criminosos que ameaçavam a estabilidade e a implementação da paz naquele país³⁶. Temos ainda o Tribunal Especial para o Líbano, criado por meio da Resolução do Conselho de Segurança nº 1757, de 23 de janeiro de 2007, e cuja sede se localiza em Leidchendem, próxima a Haia, Holanda. Este Tribunal tinha como objetivo julgar os responsáveis pelos fatos que culminaram no assassinato do Primeiro Ministro Rafiq Hariri e outras 14 (catorze) pessoas ocorridos próximo ao Hotel St. George, em Beirute, Líbano, em 14 de fevereiro de 2005³⁷.

No entanto, o primeiro instrumento internacional a tratar expressamente sobre o crime de Desaparecimento Forçado de Pessoas foi a Convenção Interamericana sobre o Desaparecimento Forçado de Pessoas, celebrada em Belém (estado do Pará, Brasil), em 9 de junho de 1994. Esta Convenção foi ratificada por 14 estados, não sendo ratificada, até o momento, pelo Brasil³⁸. Podemos citar, ainda, a Convenção Internacional para a Proteção de Todas as Pessoas contra o Desaparecimento Forçado, celebrada em Nova York, em 20 de dezembro de 2006, e ratificada pelo Brasil em 29 de novembro de 2010³⁹.

Na América Latina, no entanto, o início da prática de desaparecimento forçado de pessoas se deu muito antes. Segundo Ambos, Böhm e Alflen (2013) – que afirmam, sem, no entanto, citar fontes – esta prática se iniciou em 1962, na Guatemala, difundindo-se, em seguida, por todo o continente à medida que as Américas do Sul e Central eram assoladas por regimes ditatoriais.

Com a celebração do Estatuto de Roma, que criou o Tribunal Penal Internacional, órgão permanente, sediado em Haia, finalmente esta gravíssima conduta contra os mais elementares direitos humanos à vida e à liberdade, foi tipificada como Crime contra a Humanidade.

O tratado que criou o Estatuto foi celebrado em Roma, Itália, em 17 de julho de 1998, sendo assinado pelo Brasil em 7 de fevereiro de 2000 e ratificado em 20 de junho de 2002.

O Estatuto de Roma expressamente prevê e distingue os crimes cometidos contra humanidade e os crimes de guerra, ao lado dos crimes de genocídio e de agressão, nestes termos:

36TRIBUNAL ESPECIAL PARA SERRA LEOA. Disponível em: <<http://www.sc-sl.org/ABOUT/tabid/70/Default.aspx>>. Acesso em: 15 fev. 2014.

37TRIBUNAL ESPECIAL PARA O LÍBANO. Disponível em: <<http://www.stl-tsl.org/en/the-cases>>. Acesso em: 15 fev. 2014.

38CONVENÇÃO SOBRE O DESAPARECIMENTO FORÇADO DE PESSOAS. Disponível em: <<http://www.oas.org/juridico/spanish/firmas/a-60.html>>. Acesso em 1 nov. 2013.

39CONVENÇÃO INTERNACIONAL PARA A PROTEÇÃO DE TODAS AS PESSOAS CONTRA O DESAPARECIMENTO FORÇADO. Disponível em: <http://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-16&chapter=4&lang=en>. Acesso em: 1 nov. 2013.

Artigo 5º Crimes de jurisdição da Corte

1. A jurisdição da Corte será limitada aos crimes mais graves ocorridos no seio da comunidade internacional. A Corte tem jurisdição de acordo com o Estatuto no que diz respeito aos seguintes crimes:

- (a) O crime de genocídio
- (b) Crimes contra a humanidade
- (c) Crimes contra a guerra
- (d) O crime de agressão.
- (...)⁴⁰

No art. 7º, §1º, o Estatuto define os crimes contra a humanidade e, entre eles, podemos encontrar os crimes de homicídio (a); extermínio (b); escravidão (c); deportação ou transferência forçada da população (d); Encarceramento ou outra grave privação da liberdade física em violação às normas de direito internacional (e); tortura (f); estupro, escarvidão sexual, prostituição forçada, grafidez forçada, esterilização forçada ou outra forma de violência sexual de semelhante gravidade (g); prisão ilegal (h); **desaparecimento forçado** (i); crime de “apartheid” (j) e outros atos desumanos (k)⁴¹. Logo em seguida, em seu §2º, define-se o que se deve entender por cada conduta enumerada⁴².

40 No original, em inglês: “Article 5 Crimes within the jurisdiction of the Court 1. The jurisdiction of the Court shall be limited to the most serious crimes of concern to the international community as a whole. The Court has jurisdiction in accordance with this Statute with respect to the following crimes: (a) The crime of genocide; (b) Crimes against humanity; (c) War crimes; (d) The crime of aggression.” O conceito de crime de agressão não existia originalmente no Estatuto. Foi criado posteriormente por meio da RC/Res. 6, anexo I, de 11 de junho de 2010, conforme permissivo estatutário do art. 121. Disponível em inglês em ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Estatuto de Roma. Disponível em: <http://treaties.un.org/doc/Treaties/1998/07/19980717%2006-33%20PM/Ch_XVIII_10p.pdf>. Acesso em: 11 abr. 2013.

41 Grifo meu.

42 ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Estatuto de Roma. “Article 7 Crimes against humanity 1. For the purpose of this Statute, ‘crime against humanity’ means any of the following acts when committed as part of a widespread or systematic attack directed against any civilian population, with knowledge of the attack: (a) Murder; (b) Extermination; (c) Enslavement; (d) Deportation or forcible transfer of population; (e) Imprisonment or other severe deprivation of physical liberty in violation of fundamental rules of international law; (f) Torture; (g) Rape, sexual slavery, enforced prostitution, forced pregnancy, enforced sterilization, or any other form of sexual violence of comparable gravity; (h) Persecution against any identifiable group or collectivity on political, racial, national, ethnic, cultural, religious, gender as defined in paragraph 3, or other grounds that are universally recognized as impermissible under international law, in connection with any act referred to in this paragraph or any crime within the jurisdiction of the Court; (i) **Enforced disappearance of persons (grifo meu)** (j) The crime of apartheid; (k) Other inhumane acts of a similar character intentionally causing great suffering, or serious injury to body or to mental or physical health. 2. For the purpose of paragraph 1: (a) ‘Attack directed against any civilian population’ means a course of conduct involving the multiple commission of acts referred to in paragraph 1 against any civilian population, pursuant to or furtherance of a State or organizational policy to commit such attack; (b) ‘Extermination’ includes the intentional infliction of conditions of life, inter alia the deprivation of access to food and medicine, calculated to bring about the destruction of part of a population; (c) .. means the exercise of any or of the powers attaching to the right of ownership over a person and includes the exercise of such power in the course of trafficking in persons, in particular women and children; (d) ‘Deportation or forcible transfer of population’ means forced displacement of the persons concerned by expulsion or other coercive acts from the area in which they are lawfully present, without grounds permitted under international law; (e) ‘Torture’ means the intentional infliction of severe pain or suffering, whether physical or mental, upon a person in the custody or under the control of the accused; except that torture shall not include pain or suffering arising only from, inherent in or incidental to, lawful sanctions; (f) ‘Forced pregnancy’ means the unlawful confinement of a woman forcibly made pregnant, with the intent of affecting the ethnic composition of any population or carrying out other grave violations of international law. This definition shall not in any way be interpreted as affecting national laws relating to pregnancy; (g) ‘Persecution’ means the intentional and severe

1.1.1 DA COMPETÊNCIA DO TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL

O Tribunal Penal Internacional somente exercerá sua competência se preenchidos alguns requisitos inseridos no art. 17 do Estatuto, nestes termos:

Artículo 17

Cuestiones de admisibilidad

1. La Corte teniendo en cuenta el décimo párrafo del preámbulo y el artículo 1, resolverá la inadmisibilidad de un asunto cuando:

a) El asunto sea objeto de una investigación o enjuiciamiento por un Estado que tenga jurisdicción sobre él salvo que éste no esté dispuesto a llevar a cabo la investigación o el enjuiciamiento o no pueda realmente hacerlo;

b) El asunto haya sido objeto de investigación por un Estado que tenga jurisdicción sobre él y éste haya decidido no incoar acción penal contra la persona de que se trate, salvo que la decisión haya obedecido a que no esté dispuesto a llevar a cabo el enjuiciamiento o no pueda realmente hacerlo;

c) La persona de que se trate haya sido ya enjuiciada por la conducta a que se refiere la denuncia, y la Corte no pueda adelantar el juicio con arreglo a lo dispuesto en el párrafo 3 del artículo 20;

d) El asunto no sea de gravedad suficiente para justificar la adopción de otras medidas por la Corte.

2. A fin de determinar si hay o no disposición a actuar en un asunto determinado, la Corte examinará, teniendo en cuenta los principios de un proceso con las debidas garantías reconocidos por el derecho internacional, si se da una o varias de las siguientes circunstancias, según el caso:

a) Que el juicio ya haya estado o esté en marcha o que la decisión nacional haya sido adoptada con el propósito de sustraer a la persona de que se trate de su responsabilidad penal por crímenes de la competencia de la Corte, según lo dispuesto en el artículo 5;

b) Que haya habido una demora injustificada en el juicio que, dadas las circunstancias, sea incompatible con la intención de hacer comparecer a la persona de que se trate ante la justicia;

c) Que el proceso no haya sido o no esté siendo sustanciado de manera independiente o imparcial y haya sido o esté siendo sustanciado de forma en que, dadas las circunstancias, sea incompatible con la intención de hacer comparecer a la persona de que se trate ante la justicia.

3. A fin de determinar la incapacidad para investigar o enjuiciar en un asunto determinado, la Corte examinará si el Estado, debido al colapso total o sustancial de su administración nacional de justicia o al hecho de que carece de ella, no puede hacer comparecer al acusado, no dispone de las pruebas y los testimonios necesarios o no está por otras razones en condiciones de llevar a cabo el juicio⁴³.

deprivation of fundamental rights contrary to international law by reason of the identity of the group or collectivity; (h) 'The crime of apartheid' means inhumane acts of a character similar to those referred to in paragraph 1, committed in the context of an institutionalized regime of systematic oppression and domination by one racial group over any other racial group or groups and committed with the intention of maintaining that regime; (i) 'Enforced disappearance of persons' means the arrest, detention or abduction of persons by, or with the authorization, support or acquiescence of, a State or a political organization, followed by a refusal to acknowledge that deprivation of freedom or to give information on the fate or whereabouts of those persons, with the intention of removing them from the protection of those persons, with the intention of removing them from the protection of the law for a prolonged period of time." (grifo meu)

43 TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL. Disponível em: <<http://www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/ADD16852-AEE9-4757-ABE7-9CDC7CF02886/283783/Compendium3rd01SPA.pdf>>. Acesso em: 15 fev. 2014.

A Corte Penal Internacional será competente nos seguintes casos, a saber: a) a matéria, objeto de investigação ou julgamento não tenha sido objeto de investigação ou julgamento pelo Estado que tenha jurisdição sobre o fato; b) a matéria já tenha sido objeto de investigação pelo Estado que tenha jurisdição sobre o caso e este tenha decidido não ingressar com a ação contra o responsável, porque a investigação fora dirigida para o único propósito de não haver intencionalmente julgamento ou o Estado nacional não tenha condições de julgar; c) Quando outro Tribunal não tiver julgado a pessoa pelos mesmos fatos ou quando ocorrer uma das situações mencionadas no dispositivo⁴⁴; d) a matéria tenha gravidade suficiente para justificar a adoção de medidas pela Corte.

Destarte, a jurisdição da Corte será sempre subsidiária às jurisdições nacionais ou a outro Tribunal Internacional, observado o disposto no artigo mencionado e as prescrições especiais referentes ao crime de agressão previstas nos arts. 15bis e 15ter⁴⁵. Aplica-se, pois, o princípio da

44TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL. Art. 20. 3. “La Corte no procesará a nadie que haya sido procesado por otro tribunal en razón de hechos también prohibidos en virtud de los artículos 6, 7, 8 y 8 bis a menos que el proceso en el otro tribunal: a) Obedeciera al propósito de sustraer al acusado de su responsabilidad penal por crímenes de la competencia de la Corte; o b) No hubiere sido instruido en forma independiente o imparcial de conformidad con las debidas garantías procesales reconocidas por el derecho internacional o lo hubiere sido de alguna manera que, en las circunstancias del caso, fuere incompatible con la intención de someter a la persona a la acción de la justicia.” Disponível em: <<http://www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/ADD16852-AEE9-4757-ABE7-9CDC7CF02886/283783/Compendium3rd01SPA.pdf>>. Acesso em: 15 fev. 2014.

45TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL. Artículo 15 bis “Ejercicio de la competencia respecto del crimen de agresión (remisión por un Estado, proprio motu).”

“1. La Corte podrá ejercer su competencia respecto del crimen de agresión de conformidad con los apartados a) y c) del artículo 13, con sujeción a las disposiciones de este artículo. 2. La Corte únicamente podrá ejercer su competencia respecto de crímenes de agresión cometidos un año después de la ratificación o aceptación de las enmiendas por treinta Estados Partes. 3. La Corte ejercerá su competencia respecto del crimen de agresión de conformidad con el presente artículo, a condición de que se adopte una decisión después del 1º de enero de 2017 por la misma mayoría de Estados Partes que se requiere para la aprobación de una enmienda al Estatuto. 4. La Corte podrá, de conformidad con el artículo 12, ejercer su competencia sobre un crimen de agresión, resultante de un acto de agresión cometido por un Estado Parte, salvo que ese Estado Parte haya declarado previamente que no acepta esa competencia mediante el depósito de una declaración en poder del Secretario. La retirada de esa declaración podrá efectuarse en cualquier momento y será considerada por el Estado Parte en un plazo de tres años. 5. Respecto de un Estado no Parte en el presente Estatuto, la Corte no ejercerá su competencia respecto del crimen de agresión cuando éste sea cometido por los nacionales de ese Estado o en el territorio del mismo. 6. El Fiscal, si llegare a la conclusión de que existe fundamento razonable para iniciar una investigación sobre un crimen de agresión, verificará en primer lugar si el Consejo de Seguridad ha determinado la existencia de un acto de agresión cometido por el Estado de que se trate. El Fiscal notificará al Secretario General de las Naciones Unidas la situación ante la Corte, adjuntando la documentación y otros antecedentes que sean pertinentes. 7. Cuando el Consejo de Seguridad h7. Cuando el Consejo de Seguridad haya realizado dicha determinación, el Fiscal podrá iniciar la investigación acerca de un crimen de agresión. 8. Cuando no se realice dicha determinación en el plazo de seis meses desde la fecha de notificación, el Fiscal podrá iniciar los procedimientos de investigación respecto de un crimen de agresión, siempre y cuando la Sección de Cuestiones Preliminares, de conformidad con el procedimiento contenido en el artículo 15, haya autorizado el inicio de la investigación sobre un crimen de agresión, y el Consejo de Seguridad no haya decidido lo contrario de conformidad con el artículo 16. 9. La determinación de que hubo acto de agresión realizada por un órgano ajeno a la Corte no irá en perjuicio de las propias conclusiones de la Corte en virtud del presente Estatuto. 10. El presente artículo se entenderá sin perjuicio de las disposiciones correspondientes al ejercicio de la competencia respecto de otros crímenes a los que se hace referencia en el

artículo 5. Artículo 15 ter Ejercicio de la competencia respecto del crimen de agresión (remisión por el Consejo de Seguridad) 1. La Corte podrá ejercer su competencia respecto Artículo 15 ter Ejercicio de la competencia respecto del crimen de agresión (remisión por el Consejo de Seguridad) 1. La Corte podrá ejercer su competencia respecto del crimen de agresión de conformidad con el apartado b) del artículo 13, con sujeción a las disposiciones de este

complementaridade, que é definido por Carlos Eduardo Japiassú nos seguintes termos: “No caso do Tribunal Penal Internacional, diferentemente do que ocorrera nos diversos Tribunais *Ad Hoc*, optou-se pela complementaridade, que significa que somente estará legitimado o órgão internacional, em tendo havido a inércia dos correspondentes nacionais” (JAPIASSÚ, 2004, p. 160).

A previsão deste princípio foi realmente um grande avanço no Direito Internacional, já que confere maior relevo às jurisdições nacionais que têm (ou teriam!) maior interesse em reprimir crimes praticados em seu território. O art. 9º do Tribunal para a antiga Iugoslávia⁴⁶ previa que a jurisdição do Tribunal é concorrente à jurisdição nacional e tem prioridade sobre esta, podendo o Tribunal requisitar quaisquer processos referentes aos crimes previstos no Estatuto da jurisdição nacional. Disposição semelhante a esta está prevista no art. 8º do Estatuto do Tribunal Penal Internacional para Ruanda⁴⁷.

Consideramos absolutamente correta a posição do Tribunal, pois não há razão para se dirigir ao Tribunal Internacional se a jurisdição nacional – desde que isto seja possível e não esteja impedida por forças das exceções previstas no dispositivo estatutário – já estiver investigando ou processando o mesmo caso.

Desde o Tribunal de Nüremberg, passando pelos Tribunais *ad hoc* para a antiga Iugoslávia e para Ruanda, houve uma mudança muito drástica na noção de Justiça internacional. Esta Justiça deixou de ser a principal via de acesso para a investigação e para o processamento dos crimes internacionais e cedeu lugar às justiças nacionais, desde que elas tenham condições para atuar adequadamente, sendo o princípio da *complementaridade* um norte, uma direção na qual a justiça internacional deve se apoiar em seus julgamentos: somente devem ser julgados perante a Justiça Internacional aqueles casos não julgados pelas justiças nacionais, desde que estas o façam adequadamente.

artículo. 2. La Corte únicamente podrá ejercer su competencia respecto de crímenes de agresión cometidos un año después de la ratificación o aceptación de las enmiendas por treinta Estados Partes. 3. La Corte ejercerá su competencia respecto del crimen de agresión de conformidad con el presente artículo, a condición de que se adopte una decisión después del 1º de enero de 2017 por la misma mayoría de Estados Partes que se requiere para la aprobación de una enmienda al Estatuto. 4. La determinación de que hubo acto de agresión realizada por un órgano ajeno a la Corte no irá en perjuicio de las propias conclusiones de la Corte en virtud del presente Estatuto. 5. El presente artículo se entenderá sin perjuicio de las disposiciones correspondientes al ejercicio de la competencia respecto de otros crímenes a los que se hace referencia en el artículo 5. Disponível em: <<http://www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/ADD16852-AEE9-4757-ABE7-9CDC7CF02886/283783/Compendium3rd01SPA.pdf>>. Acesso em: 15 fev. 2014.

46TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA A EX-IUGOSLÁVIA. “Article 9 Concurrent jurisdiction 1. The International Tribunal and national courts shall have concurrent jurisdiction to prosecute persons for serious violations of international humanitarian law committed in the territory of the former Yugoslavia since 1 January 1991. 2. The International Tribunal shall have primacy over national courts. At any stage of the procedure, the International Tribunal may formally request national courts to defer to the competence of the International Tribunal in accordance with the present Statute and the Rules of Procedure and Evidence of the International Tribunal.” Disponível em: <http://www.icty.org/x/file/Legal%20Library/Statute/statute_sept09_en.pdf>. Acesso em: 2 nov. 2013.

47TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA RUANDA. Disponível em: <<http://www.unict.org/Portals/0/English/Legal/Statute/2010.pdf>>. Acesso em: 2 nov. 2013.

Ruti Teitel (2005), ao comentar este princípio, diz que a jurisdição internacional deve ceder à justiça nacional se, e somente se, a justiça nacional não for ineficiente e incapaz.

Segundo Luciana Boiteaux a jurisdição do Tribunal Internacional será complementar, “pois só será acionada se o tribunal nacional não tiver condições de atuar no caso, devendo o Procurador Geral levar em conta essas limitações na decisão de abertura de uma investigação”⁴⁸.

Por sua vez, Carlos Eduardo Adriano Japiassú (2004), no tocante à matéria em questão, diz que o Estatuto confere aos Estados uma presunção relativa de legitimidade, na medida em que reconhece a primazia da jurisdição aos Estados Nacionais.

Pois bem, quais são as razões que fazem com que os tribunais nacionais percam a primazia da investigação e o procedimento das ações penais? Sempre que os tribunais nacionais forem incapazes ou não tiverem vontade de investigar ou julgar os fatos.

E os tribunais nacionais serão incapazes de julgar nos seguintes casos, mencionados no art. 17 (2): a) se os tribunais nacionais atuarem no sentido de proteger o acusado; b) se os tribunais demorarem injustificadamente na condução da investigação e no processo; c) se os tribunais nacionais não se conduzirem com independência e imparcialidade⁴⁹.

O procurador da Corte pode, segundo o art. 18 e seus parágrafos, ao receber as peças de informação, notificar o Estado, que teria jurisdição sobre os crimes cometidos, sobre o início das investigações. O Estado interessado, então, poderá informar à Procuradoria que o caso já está sob sua investigação ou processamento. Seis meses depois deste fato, o procurador poderá pedir informações ao Estado interessado sobre o estado das investigações e, após isto, requererá periodicamente informações sobre o caso. De posse destas informações, poderá decidir se as investigações ou os processos continuarão com o Estado interessado ou ele mesmo assumirá a direção dos trabalhos, por falta de vontade ou incapacidade do Estado de conduzir o feito adequadamente, passará a conduzi-lo, avocando-o para si e transferindo-o para a Corte Internacional.

48BOITEAUX, Luciana. Direito Penal Internacional. Os Princípios Penais do Estatuto do Tribunal Internacional à Luz do Direito Brasileiro. In: JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano (org). **Direito Penal Internacional**. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, pp. 96/97, 101.

49TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL. Art. 17 (...) 2. *In order to determine unwillingness in a particular case, the Court shall consider, having regard to the principles of due process recognized by international law, whether one or more of the following exist, as applicable: (a) The proceedings were or are being undertaken or the national decision was made for the purpose of shielding the person concerned from criminal responsibility for crimes within the jurisdiction of the Court referred to in article 5; -16-(b) There has been an unjustified delay in the proceedings which in the circumstances is inconsistent with an intent to bring the person concerned to justice; (c) The proceedings were not or are not being conducted independently or impartially, and they were or are being conducted in a manner which, in the circumstances, is inconsistent with an intent to bring the person concerned to justice.* 3. *In order to determine inability in a particular case, the Court shall consider whether, due to a total or substantial collapse or unavailability of its national judicial system, the State is unable to obtain the accused or the necessary evidence and testimony or otherwise unable to carry out its proceedings.* Disponível em: <<http://www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/ADD16852-AEE9-4757-ABE7-9CDC7CF02886/283783/Compendium3rd01SPA.pdf>>. Acesso em: 15 fev. 2014.

Este, portanto, é um momento no qual se exige grande sensibilidade do procurador para que possa detectar o problema, pois é a ele que cabe distinguir se o Estado pode continuar a investigar os delitos contra a humanidade ou, ao contrário, se mostra inadequado, pelas razões indicadas no art. 17 (2) do diploma internacional, cabendo a decisão final à Sala de Questões Preliminares⁵⁰.

Veja-se o caso brasileiro, por exemplo: podemos dizer que a nossa experiência com o julgamento destes tipos de crime, bem como na instalação de comissões da verdade, não é das mais bem sucedidas, pois o que vemos aqui é que passadas muitas décadas do golpe militar que devastou o país, não se conseguiu avançar muito na punição dos agentes estatais responsáveis pelos delitos. No Brasil, inclusive, a Comissão da Verdade, criada por meio da Lei nº 12.528/2011 e instituída em 16 de maio de 2012, foi instaurada de maneira bastante tardia e ainda pouco apurou⁵¹, o que demonstra que a sociedade brasileira não é totalmente consciente da gravidade dos crimes que foram cometidos durante o período autoritário.

É preciso dedicar muita atenção a estas Comissões da Verdade⁵², implantadas por todo o Continente e destinadas a levantar a verdade dos fatos que se passaram ao longo de períodos ditatoriais, pois são muito sensíveis às políticas internas de cada país envolvido. Mesmo que ajam com independência – e este é um dos pré-requisitos essenciais a toda e qualquer investigação que possa levar este nome –, estão sempre sujeitas a resistências naturais de sociedades que passaram muitos anos sob o jugo de regimes autoritários. Uma das razões pelas quais a Comissão Interamericana de Direitos Humanos submeteu o caso da Guerrilha do Araguaia à Corte Interamericana foi justamente porque “o Estado não realizou uma investigação penal com a finalidade de julgar e punir as pessoas responsáveis pelo desaparecimento forçado de 70 vítimas e a execução extrajudicial de Maria Lúcia Petit da Silva (...)”⁵³.

50TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL. “Art. 18.2. *Dentro del mes siguiente a la recepción de dicha notificación, el Estado podrá informar a la Corte que está llevando o ha llevado a cabo una investigación en relación con sus nacionales u otras personas bajo su jurisdicción respecto de actos criminales que puedan constituir crímenes contemplados en el artículo 5 y a los que se refiera la información proporcionada en la notificación a los Estados. A petición de dicho Estado, el Fiscal se inhibirá de su competencia en favor del Estado en relación con la investigación sobre las personas antes mencionadas, a menos que la Sala de Cuestiones Preliminares decida, a petición del Fiscal autorizar la investigación.*” Disponível em: <<http://www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/ADD16852-AEE9-4757-ABE7-9CDC7CF02886/283783/Compendium3rd01SPA.pdf>>. Acesso em: 15 fev. 2014.

51COMISSÃO NACIONAL DA VERDADE. Disponível em: <<http://www.cnv.gov.br/index.php/institucional-acesso-informação/a-cnv>>. Acesso em: 03 nov. 2013.

52BASSIOUNI, M. Cherif. Searching for Peace and Achieving Justice: the need for Accountability. **Law and Contemporary Problems**. ed. Duke University School of Law, vol. 59, n. 4, p. 8/11, 1997: “*Although these commissions may run inconjunction with prosecutions, their role is to establish a record of what has happened, and to disseminate this information widely ay both the national and the international level*”.

53CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso *Gomes Lund vs Brasil*. Sentença de 24 de novembro de 2010, série C nº 219: “(...) Conforme salientou a Comissão, a demanda se refere à alegada ‘responsabilidade [do Estado] pela detenção arbitrária, tortura e desaparecimento forçado de 70 pessoas, entre membros do Partido Comunista do Brasil [...] e camponeses da região, [...] resultado de operações do Exército brasileiro empreendidas entre 1972 e 1975 com o objetivo de erradicar a Guerrilha do Araguaia, no contexto da ditadura militar

Destarte, não temos dúvidas em afirmar que podendo o Tribunal Penal Internacional conhecer de casos que implicam graves violações de direitos humanos e diante da omissão e inércia brasileiras poderia aquela Corte conhecer de casos passados durante a ditadura brasileira uma vez que a decisão da Corte Interamericana de Direitos Humanos não é substitutiva do Tribunal Penal Internacional, já que aquela processa Estados, e esta última, pessoas, cidadãos nacionais, responsáveis por violações contra os direitos humanos. Destarte, invocando o princípio da justiça universal, poderiam os agentes estatais brasileiros responsáveis por violações de direitos humanos durante o período autoritário ser investigados, processados e condenados pela Corte Penal Internacional.

do Brasil (1964–1985)’. A Comissão também submeteu o caso à Corte porque, ‘em virtude da Lei No. 6.683/79 [...], o Estado não realizou uma investigação penal com a finalidade de julgar e punir as pessoas responsáveis pelo desaparecimento forçado de 70 vítimas e a execução extrajudicial de Maria Lúcia Petit da Silva [...]; 40. Ao contrário, as alegações relativas à Arguição de Descumprimento, à Ação Civil Pública (Veja-se a Ação nº 2001.39.01.000810-5, interposta pelo Ministério Público Federal e a Ação Ordinária n. 82.00.024682-5), à possibilidade de interposição de uma ação penal subsidiária e às diversas iniciativas de reparação, foram expostas pelo Brasil, pela primeira vez, como parte de uma exceção preliminar por falta de esgotamento dos recursos internos em sua contestação à demanda, aproximadamente nove anos e oito meses depois de adotada a decisão de admissibilidade por parte da Comissão Interamericana, ou seja, de maneira extemporânea. Por esta razão, não corresponde admitir estes argumentos.’” Disponível em: <http://www.corteideh.or.cr/docs/caos/articulos/serie_219_por.pdf>. Acesso em: 03 nov. 2013.

2. O DESAPARECIMENTO FORÇADO DE PESSOAS NO DIREITO INTERNACIONAL

Embora não haja menção expressa sobre o crime de desaparecimento forçado na jurisprudência dos Tribunais Internacionais *ad hoc* nem no Tribunal Penal Internacional, a análise dos seus julgamentos é interessante, pois possibilita conhecer os elementos que fazem parte dos tipos legais dos crimes contra os direitos humanos e, especialmente, do crime de desaparecimento forçado, objeto específico do nosso estudo.

Na antiga Iugoslávia, a partir de 1991, durante o grave conflito étnico que se sucedeu naquela região, foram praticados diversos crimes de guerra⁵⁴ e também contra a humanidade. Julgados pelo Tribunal Internacional *ad hoc* para a antiga Iugoslávia, os responsáveis por estes delitos receberam penas elevadas, considerando-se não só os crimes de guerra praticados, mas também os crimes contra a humanidade praticados contra a população civil.

Neste julgamento, portanto, percebe-se que pode haver convivência entre estes dois tipos de delitos: os crimes de guerra e os crimes contra a humanidade, sendo, portanto, autônomos, e os responsáveis pela prática, passíveis de punições individuais. Há, portanto, uma nítida diferenciação entre os crimes de guerra e os crimes contra a humanidade – se bem que isto não constitui novidade, pois esta diferenciação tem sido observada desde o Tribunal de Nuremberg –, sendo estes últimos cometidos contra a população civil, mesmo que no contexto de um conflito armado, pois o ataque pode estar completamente desvinculado de um conflito armado, podendo fazer parte de um conflito armado, mas não necessariamente estar inserido em um.

Nestes delitos, os vários responsáveis pelos atos praticados foram condenados por crimes contra a humanidade cometidos contra a população civil, tais como extermínio, abusos sexuais, deportação, humilhações constantes, destruições de propriedade, homicídios. Veja-se, como exemplo, o caso *Prosecutor v. Stakic*:

(...) 617. Stakic. Foi *denunciado* pelos seguintes crimes do art. 5º do Estatuto: homicídio, extermínio, deportação, e outros atos desumanos (transferência forçada), persecução por razões políticas, raciais e religiosas (incluindo homicídio, tortura, violência física, estupro e violência sexual, humilhações constantes e degradações, destruição e invasão de propriedades residenciais e comerciais, destruição de, ou violação de edifícios religiosos e

⁵⁴Para as situações de guerras e conflitos armados, vejam-se também as Convenções de Genebra de 1949 e seus Protocolos Adicionais. Disponíveis em: <<http://www.cicr.org/por/war-and-law/treaties-customary-law/customary-law/index.jsp>>. Acesso em: 03 nov. 2013. Veja-se também art. 8º do Estatuto de Roma, disponível em: <http://treaties.un.org/doc/Treaties/1998/07/19980717%2006-33%20PM/Ch_XVIII_10p.pdf>. Acesso em: 03 nov. 2013.

culturais, deportação, transferência forçada e denegação de direitos humanos fundamentais). Artigo 5º naquilo que interessa: O Tribunal Internacional terá o poder de processar as pessoas responsáveis pelos seguintes crimes quando cometidos em conflitos armados, se internacionais ou *com características internas* e diretamente contra a população civil: a) homicídio; b) extermínio (...); c) deportação (...) f) tortura; g) estupro; h) perseguições por motivos políticos, raciais e religiosos; i) outros atos desumanos . (...) 621. A jurisprudência deste Tribunal tem estabelecido que para os atos de um acusado serem considerados um crime contra a humanidade, são necessários a presença dos seguintes elementos: **A existência de um ataque (...); 2. Os atos do agente devem fazer parte do ataque; 3. O ataque deve ser dirigido contra a população civil; 4. O ataque deve ser deliberado e sistemático; 5. O agente deve ter consciência que seus atos fazem parte de um plano de crimes deliberados e sistemáticos contra a população civil e ter consciência que seus atos fazem parte do referido plano.** (...) 623. O conceito de 'ataque' não deve ser confundido com o de 'conflito armado'. Um ataque pode “preceder, ultimar ou continuar durante o conflito armado, mas isto não necessariamente faz parte disto e não é limitado ao uso das forças armadas; isso envolve qualquer tratamento cruel à população civil. [...]”. 624. A população inteira de um determinado território no qual o ataque é perpetrado não precisa necessariamente ser objeto do ataque “é suficiente demonstrar que determinados indivíduos foram vítimas no curso do ataque *ou eles foram vítimas de maneira a satisfazer a Câmara que o ataque seja diretamente contra a população civil tanto quanto um número limitado e razoável de indivíduos*”. [...] Destarte, a expressão 'dirigida contra' deve ser interpretada como significando que a população civil é o objeto primário do ataque. 625. 'Deliberado' à grandiosidade do ataque bem como a um número mais ou menos ilimitado de indivíduos. 'Sistemático' se refere a uma 'natureza de violência e a improbabilidade de sua razoável ocorrência’. [...] Os fatores a considerar para determinar se o ataque satisfaz a um ou a ambos os requisitos de um ataque deliberado ou sistemático são enumerados na jurisprudência e incluem: (I) as consequências do ataque para a população civil; (II) o número de vítimas; (III) a natureza dos atos; (IV) a possibilidade de participação de oficiais ou autoridades [em] partes identificáveis dos planos (...). E mais, os atos do acusado “são necessariamente parte do ataque. [...]”. Esses elementos são estabelecidos no Caso Kunarac, parágrafo⁵⁵. (grifo meu)

No caso *Prosecutor vs Duko Tadic*⁵⁶, a Corte volta a repetir os requisitos dos crimes contra

55 ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Tribunal Penal Internacional para a ex-Iugoslávia. No original, em inglês: Tradução livre para o português: F. Crimes Contra a Humanidade – Artigo 5 do Estatuto: “*Stakic is charged with the following crimes under Article 5 of the Statute: murder, extermination, deportation, and other inhumane acts (forcible transfer) persecutions on political, racial and religious grounds (including murder, torture, physical violence, rapes and sexual assaults, constant humiliation and degradation, destruction and looting of residential and commercial properties, destruction of, or wilful damage to religious and cultural buildings, deportation and forcible transfer and denial of fundamental hu.man rights). Article 5 provides in its relevant parts: The International Tribunal shall have the power to prosecute persons responsible for the following crimes when committed in armed conflict, whether international or internal in character, and directed against any civilian population: (grifo meu) (a) murder; (b) extermination; (...) (d) deportation; (...) (f) torture; (g) rape; (h) persecutions on political, racial and religious grounds; (i) other inhumane acts.* 621. The jurisprudence of this Tribunal has established that for the acts of an accused to amount to a crime against humanity the following five elements must be present: 1. There must be an attack; (...) 2. The acts of the perpetrator must be part of that attack; 3. The attack must be directed against any civilian population; 4. The attack must be widespread or systematic; 5. The perpetrator must know that his acts constitute part of a pattern of widespread or systematic crimes directed against a civilian population and know that his acts fit into such a pattern. (grifo meu) (...) 623. The concept of ‘an attack’ must be distinguished from that of ‘an armed conflict’. An attack can ‘precede, outlast, or continue during the armed conflict, but it need not be part of it’, and ‘is not limited to the use of armed force; it encompasses any mistreatment of the civilian population.’ (grifo meu) 624. *The entire population of the geographical entity in which the attack takes place need not be the object of that attack, “[i]t is sufficient to show that enough individuals were targeted in the course of the attack, or that they were targeted in such a way as to satisfy the Chamber that the attack was directed against a civilian ‘population’, rather than against a limited and randomly selected number of individuals.*” [...] In addition, the phrase “directed against” should be interpreted as meaning that the civilian population is the primary object of the attack. [...] 625. “Widespread” refers to the large-scale nature of the attack and the number of(...). Disponível em inglês em: <<http://www.un.org/icty>>. Acesso em: 10 abr. 2013.

56 ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Tribunal Penal Internacional para a ex-Iugoslávia. No original, em

a humanidade e distingue nitidamente os crimes de guerra dos crimes contra a humanidade, nestes termos, dizendo, inclusive, que estes são mais graves do que aqueles:

G. Crimes contra a humanidade e crimes de guerra

27. A Câmara de Julgamento tem competência de sentenciar Duško Tadić, *inter alia*, pelo ato de matar cinco homens em Jaskići, em relação ao qual ele foi condenado pelo Juízo de Recursos em três categorias diferentes: homicídio intencional como uma grave violação (parágrafo 29), o assassinato como uma violação das leis ou costumes de guerra (parágrafo 30) e assassinato como um crime contra a humanidade (parágrafo 31). Assim, surge a questão de saber se a Câmara de Julgamento deve diferenciar com base na gravidade da infração entre a pena imposta pelo delito de homicídio como crime contra a humanidade, e as penas impostas para os dois crimes de guerra, homicídio intencional como uma grave violação e assassinato como uma violação das leis ou costumes de guerra.

28. No Julgamento da Apelação de 'Erdemović', a maioria da Câmara de Apelações considerou que um ato proibido cometido como parte de um crime contra a humanidade, isto é, com a consciência de que o ato fazia parte de um ataque generalizado ou sistemático contra uma população civil é um crime mais grave do que um crime de guerra comum e "deve normalmente implicar uma pena mais grave do que se tivesse como base um crime de crime de guerra". [...] isso é em consequência do fato de que crimes contra a humanidade são cometidos em uma escala generalizada ou sistemática, a quantidade de crimes que tenham um impacto qualitativo sobre a natureza do delito que é visto como um crime contra a mais do que apenas as próprias vítimas, mas contra a humanidade como um todo. A Câmara de Julgamento não vê motivos para afastar essa visão e observa que esta visão encontra mais apoio na jurisprudência do Tribunal Penal Internacional para Ruanda. [...]

29 . Na determinação da pena adequada para Counts 29, 30 e 31, a Câmara de Julgamento teve em conta que, *ceteris paribus*, um crime contra a humanidade é um crime mais grave do que um crime de guerra. (grifo meu)

Destarte, a jurisprudência da Corte, nos casos ora em análise, já havia firmado entendimento sobre os elementos que deveriam compor os chamados crimes contra a humanidade. São eles: a) um ataque; b) os atos do responsável devem fazer parte do ataque; c) o ataque deve ser dirigido contra a população civil; d) deve ser um ataque deliberado e sistemático; e e) o responsável deve ter consciência que o ataque faz parte de um plano de ação para a prática deliberada ou sistemática de crimes contra a população civil, sabendo que seus atos fazem parte desta ação

inglês: *G. Crimes against humanity and war crimes 27. The Trial Chamber is charged with the task of sentencing Duško Tadić, inter alia, for the act of killing five men in Jaskići, in respect of which he was convicted by the Appeals Chamber under three different categories: wilful killing as a grave breach (Count 29), murder as a violation of the laws or customs of war (Count 30) and murder as a crime against humanity (Count 31). Accordingly, the question arises as to whether the Trial Chamber should differentiate on the basis of gravity of the offence between the sentence imposed for the offence of murder as a crime against humanity, and the sentences imposed for the two war crimes, wilful killing as a grave breach and murder as a violation of the laws or customs of war.* 28. *In the Erdemović Appeals Judgement, a majority of the Appeals Chamber held that a prohibited act committed as part of a crime against humanity, that is with an awareness that the act formed part of a widespread or systematic attack on a civilian population, is, all else being equal, a more serious offence than an ordinary war crime and "should ordinarily entail a heavier penalty than if it were proceeded upon on the basis that it were a war crime". [...] This follows from the requirement that crimes against humanity be committed on a widespread or systematic scale, the quantity of the crimes having a qualitative impact on the nature of the offence which is seen as a crime against more than just the victims themselves but against humanity as a whole. The Trial Chamber sees no reason to depart from this view and it notes that this view finds further support in the jurisprudence of the International Criminal Tribunal for Rwanda. [...] In determining the appropriate sentence for Counts 29, 30 and 31, the Trial Chamber has taken into account that, all else being equal, a crime against humanity is a more serious offence than a war crime.* (grifo meu). Disponível em: <<http://www.un.org/icty>>. Acesso em: 10 abr. 2013.

(Ambos, 2008)⁵⁷.

Estes requisitos dos Crimes contra a Humanidade devem estar presentes na conduta do autor, posto que serão por estes indícios que poderá ser reconhecido o elemento subjetivo que anima o agente ao perpetrar o fato delituoso, o que levou Kai Ambos a afirmar “que a jurisprudência analisada exige o conhecimento de todos os pressupostos objetivos da responsabilidade individual como requisito subjetivo mínimo da imputação” (AMBOS, 2008, p. 100).

E, ainda, podemos citar casos julgados pelo Tribunal Penal Internacional para Ruanda de crimes perpetrados contra a humanidade. Neste julgamento o Tribunal torna a repetir a jurisprudência já firmada desde o Tribunal Penal Internacional para a antiga Iugoslávia acerca dos requisitos de existência dos crimes contra a humanidade, nestes termos. Veja-se o caso *Prosecutor v. Théoneste BAGOROSA, Gratien KABILIGI, Aloys NTALAKUZE e Anatole NSENGIYUNVA*, a seguir⁵⁸:

3.2 Ataque deliberado e sistemático

2165. Para que um crime enumerado no Artigo 3 possa se qualificar como um crime contra a humanidade, a Acusação deve provar que existiu um ataque deliberado e sistemático contra a população civil em termos nacional, política, étnica, racial e religiosa. Um ataque contra a população civil significa a perpetração contra a população civil de uma série de atos de ou algum tipo de tratamento cruel referido na alínea (a) do (i). 2347 Entende-se que a expressão “deliberado” refere-se a um ataque em larga escala e a um número de determinadas pessoas, enquanto “sistemática” se refere a atos de violência de maneira organizada e a improbabilidade de uma ocorrência aleatória. 2348 (...) 2166. No que concerne a *mens rea*, o agente deve atuar com conhecimento da ação e com conhecimento de que seus atos fazem parte de um ataque, mas não é necessário dividir o propósito ou objetivos com o líder do ataque.

Finalmente, perante o Tribunal Penal Internacional já existem muitos casos de crimes de guerra e contra a humanidade praticados por nacionais de alguns países da África, tais como Uganda, República Democrática do Congo, República Centro Africana, Sudão, Quênia, Líbia e

⁵⁷ “Dado que o tipo objetivo do crime contra a humanidade exige uma finalidade política-ideológica especial do fato, o autor deve aceitar ao menos assentindo (*dolus eventualis*) que seu atuar favorece essa finalidade. Com isso, acentua-se, especialmente o elemento volitivo, pois a vontade do autor deve estar dirigida precisamente a favorecer a finalidade política-ideológica da conduta criminal do Estado” (AMBOS, 2008, p. 101).

⁵⁸ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Tribunal Penal Internacional para Ruanda. No original, em inglês: “3.2 *Widespread and Systematic Attack* 2165. For an enumerated crime under Article 3 to qualify as a crime against humanity, the Prosecution must prove that there was a widespread or systematic attack against the civilian population on national, political, ethnic, racial or religious grounds. An attack against a civilian population means the perpetration against that population of a series of acts of violence, or of the kind of mistreatment referred to in sub-paragraph (a) to (i). [...] Intended to be read as disjunctive elements, “widespread” refers to the large scale nature of the attack and the number of targeted persons, while “systematic” describes the organised nature of the acts of violence and the improbability of their random occurrence. [...] 2166. As concerns the *mens rea*, the perpetrator must have acted with knowledge of the broader context and knowledge that his acts formed part of the attack, but need not share the purpose or goals of the broader attack.” (grifo meu) Disponível em inglês em: <www.unictr.org/portals/0?case/english/Bagosora/judgement/081218.pdf>. Acesso em: 10 abr. 2013.

Mali.

No caso de Uganda, por exemplo, a decisão sobre o início das investigações foi de 29.01.2004 (ICC-02/04-01/05), estando sob custódia da Corte os seguintes cidadãos ugandenses, a saber: Joseph Kony, Vincent Otti, Okot Odhiambo and Dominic Ongwen.

Em dezembro de 2003, o então presidente do país, Yoweri Museveni, se encontrou com o procurador da Corte para relatar a real situação de seu país e pedir providências contra os Senhores da Guerra (*Lord's Resistance Army*), organização paramilitar que aterrorizava o país com os seus atos de crueldade e brutalidade. O procurador, à vista de documentos, decidiu que havia indícios suficientes para dar início a uma investigação⁵⁹.

Outro caso é o da República Democrática do Congo: o procurador tomou conhecimento da grave situação pela qual passava aquele país por meio de uma correspondência enviada pelo presidente do país a qual se referia às situações que se enquadravam nos tipos legais dos crimes descritos no Estatuto. Diante dos fatos, o procurador resolveu iniciar uma investigação que tomou o nº ICC-OTP-20040419-50. Estão sob custódia do Tribunal os seguintes cidadãos da República do Congo: Thomas Lubanga Dyilo, Germain Katanga, também conhecido como "Simba", Bosco Ntaganda, Callixte Mbarushimana e Mathieu Ngudjolo Chui⁶⁰.

O que se pode concluir é que o Tribunal Internacional tem, na medida do possível, agido em prol de uma paz mundial, emitindo ordens de prisão e abrindo investigações. Pelo tempo que o Tribunal tem de funcionamento (aproximadamente onze anos, considerando que o início de suas atividades só se deu a partir de 2002, apesar de o tratado ter sido celebrado em 1998, pois somente naquela data é que o mesmo atingiu o número mínimo de ratificações para que um tratado internacional comece a vigorar), não há, até agora, nenhum caso de julgamento de mérito ainda.

Todas as pessoas que estão atualmente submetidos à jurisdição do Tribunal são líderes ou chefes militares africanos. Resta-nos, porém, saber se o Tribunal terá condições de conduzir uma investigação imparcial contra líderes de países militar e economicamente mais fortes ou se limitará a punir apenas líderes de países periféricos, cujos países não representam grande peso na comunidade internacional.

Por outro lado, é também verdade que os países menos favorecidos, entre eles, a maior parte dos países africanos, apresentam grandes problemas derivados de guerras, conflitos internos e revoluções sangrentas. Mas também não é menos verdade que líderes de países econômico e socialmente mais favorecidos são capazes de praticar graves infrações às leis internacionais.

Na página do Tribunal Penal Internacional pode-se ter acesso aos outros casos submetidos

59 TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL. Disponível em: <www.icc-cpi.int>. Acesso em: 04 nov. 2013.

60 Idem.

à Corte⁶¹. É, no entanto, na América Latina, por meio dos tribunais nacionais que formam a região e da jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos, que vamos encontrar as referências ao Crime de Desaparecimento Forçado, justamente esta análise que será objeto do nosso próximo capítulo.

2.1. DESAPARECIMENTO FORÇADO NA JURISPRUDÊNCIA DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS

A Convenção Interamericana de Direitos Humanos, ou Pacto de São José da Costa Rica, foi firmada em La Paz, Bolívia, em 1979. A Convenção trata da corte a partir do art. 52, estabelecendo em seguida a composição e organização (arts. 52/60); a competência e funções (artigos 61/65), sobre o processo (arts. 66/69) e, em seguida algumas disposições comuns entre a Comissão e a Corte (arts. 70/73).⁶²

A Corte, em seus julgamentos, não tem negado proteção aos cidadãos dos Estados-membros contra abusos e arbitrariedades proferidas por autoridades estatais nos períodos mais obscuros das ditaduras militares do continente. Neste capítulo iremos analisar alguns casos submetidos à Corte Interamericana de Direitos Humanos, tendo em vista, principalmente, o objeto do presente trabalho, o crime de Desaparecimento Forçado de Pessoas.

O caso a ser examinado a seguir foi o primeiro a ter uma sentença de mérito na Corte Interamericana de Direitos Humanos. Trata-se do caso *Velásques Rodríguez vs Honduras*⁶³, cuja sentença de mérito foi proferida em 29 de julho de 1988, embora já existissem outras decisões sobre preliminares submetidas à Corte:

155. *La desaparición forzada de seres humanos constituye una violación múltiple y*

⁶¹Ibidem.

⁶²ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Disponível em: <<http://www.oas.org>>. Acesso em 04 nov. 2013. Ver também ANEXO I ao presente texto.

⁶³CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso *Velasques Rodríguez vs Honduras*. Sentença de 26 de julho de 1988, série C, n. 4: "(...) 3. Según la denuncia presentada ante la Comisión y la información complementaria recibida en los días inmediatamente siguientes, Manfredo Velásquez, estudiante de la Universidad Nacional Autónoma de Honduras, "fue apresado en forma violenta y sin mediar orden judicial de captura, por elementos de la Dirección Nacional de Investigación y del G-2 (Inteligencia) de las Fuerzas Armadas de Honduras". El apresamiento había tenido lugar en Tegucigalpa, el 12 de septiembre de 1981 en horas de la tarde. Los denunciantes declararon que varios testigos oculares manifestaron que fue llevado junto con otros detenidos a las celdas de la II Estación de la Fuerza de Seguridad Pública ubicadas en el Barrio El Manchén de Tegucigalpa, donde fue sometido a "duras interrogaciones bajo crueles torturas, acusado de supuestos delitos políticos". Agrega la denuncia que el 17 de septiembre de 1981 fue trasladado al I Batallón de Infantería donde prosiguieron los interrogatorios y que, a pesar de esto, todos los cuerpos policiales y de seguridad negaron su detención. Disponível em: <<http://www.corteidh.or.cr/index.php/es/casos-contenciosos>>. Acesso em: 10 out. 2013.

continuada de numerosos derechos reconocidos en la Convención y que los Estados Partes están obligados a respetar y garantizar. El secuestro de la persona es un caso de privación arbitraria de libertad que conculca, además, el derecho del detenido a ser llevado sin demora ante un juez y a interponer los recursos adecuados para controlar la legalidad de su arresto, que infringe el artículo 7 de la Convención que reconoce el derecho a la libertad personal y que en lo pertinente dispone:

- 1. Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales.*
- 2. Nadie puede ser privado de su libertad física, salvo por las causas y en las condiciones fijadas de antemano por las Constituciones Políticas de los Estados Partes o por las leyes dictadas conforme a ellas.*
- 3. Nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento arbitrarios.*
- 4. Toda persona detenida o retenida debe ser informada de las razones de su detención y notificada, sin demora, del cargo o cargos formulados contra ella.*
- 5. Toda persona detenida o retenida debe ser llevada, sin demora, ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad, sin perjuicio de que continúe el proceso. Su libertad podrá estar condicionada a garantías que aseguren su comparecencia en el juicio.*
- 6. Toda persona privada de libertad tiene derecho a recurrir ante un juez o tribunal competente, a fin de que éste decida, sin demora, sobre la legalidad de su arresto o detención y ordene su libertad si el arresto o la detención fueran ilegales. En los Estados Partes cuyas leyes prevén que toda persona que se viera amenazada de ser privada de su libertad tiene derecho a recurrir a un juez o tribunal competente a fin de que éste decida sobre la legalidad de tal amenaza, dicho recurso no puede ser restringido ni abolido. Los recursos podrán interponerse por sí o por otra persona.*

156. Además, el aislamiento prolongado y la incomunicación coactiva a los que se ve sometida la víctima representan, por sí mismos, formas de tratamiento cruel e inhumano, lesivas de la libertad psíquica y moral de la persona y del derecho de todo detenido al respeto debido a la dignidad inherente al ser humano, lo que constituye, por su lado, la violación de las disposiciones del artículo 5 de la Convención que reconocen el derecho a la integridad personal como sigue:

- 1. Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral.*
- 2. Nadie debe ser sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. Toda persona privada de libertad será tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano.*

*Por lo demás, las investigaciones que se han verificado donde ha existido **la práctica de desapariciones** y los testimonios de las víctimas que han recuperado su libertad demuestran que ella incluye el trato despiadado a los detenidos, quienes se ven sometidos a todo tipo de vejámenes, torturas y demás tratamientos crueles, inhumanos y degradantes, en violación también al derecho de la integridad física reconocido en el mismo artículo 5 de la Convención.*

*157. **La práctica de desapariciones**, en fin, ha implicado con frecuencia la ejecución de los detenidos, en secreto y sin fórmula de juicio, seguida del ocultamiento del cadáver con el objeto de borrar toda huella material del crimen y de procurar la impunidad de quienes lo cometieron, lo que significa una brutal violación del derecho a la vida, reconocido en el artículo 4 de la Convención cuyo inciso primero reza:*

- 1. Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente.*

Como se percebe, já em 1988, muito antes do Estatuto de Roma, que é de 1998, prever a figura típica do crime de desaparecimento forçado no rol dos Crimes contra a Humanidade, a Corte Interamericana julgava e condenava Estados-partes por este tipo de delito.

Já nesta oportunidade, pode-se examinar o objeto jurídico do delito: o crime de desaparecimento é o sequestro de determinado cidadão, com privação de sua liberdade e sem a

devida comunicação ao juiz ou a algum outro funcionário designado pela lei de sua detenção ou privação.

É um crime pluriofensivo, pois ofende, ao mesmo tempo, vários bens da vida: a liberdade e a segurança do cidadão, o devido processo legal, concretizado na negativa à vítima de se comunicar com uma autoridade competente, sem contar que este crime vem normalmente acompanhado de ofensa à integridade física, torturas e, não raras vezes, a própria morte.

Destarte, todos estes bem jurídicos são direitos fundamentais, previstos, não só na Convenção Interamericana, como na maioria das Constituições ocidentais, e cuja violação por parte do próprio Estado merece pronta reprimenda do Direito Penal Internacional.

Vejamos outras decisões (Caso *Gudiel Álvarez y otros vs. Guatemala*)⁶⁴:

(...) VIII-DESAPARICIÓN FORZADA DE LAS 26 VÍCTIMAS REGISTRADAS EN EL DIARIO MILITAR

185. En el presente capítulo, la Corte analizará **las desapariciones forzadas** de las 26 víctimas cuyo paradero se desconocía al momento del sometimiento del presente caso, así como las alegadas violaciones a las libertades de asociación y de expresión como móvil de las desapariciones de las referidas personas.

I. A) (...) Por último, la Comisión concluyó que las desapariciones del presente caso **“forman parte de [un] patrón sistemático de desapariciones forzadas en Guatemala” y por tanto “constituyen crímenes de lesa humanidad”.**

191. En su jurisprudencia desde 1988, la Corte ha establecido **el carácter permanente o continuado de la desaparición forzada de personas**, el cual ha sido reconocido de manera reiterada por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Asimismo, la jurisprudencia de este Tribunal ha sido precursora de **la consolidación de una perspectiva comprensiva de la pluriofensividad de los derechos afectados y el carácter permanente de la figura de la desaparición forzada de personas**, en la cual **el acto de desaparición y su ejecución inician con la privación de la libertad de la persona y la subsiguiente falta de información sobre su destino, y permanece mientras no se conozca el paradero de la persona desaparecida o se identifiquen con certeza sus restos.**

192. En el mismo sentido, la Corte ha indicado que esta violación múltiple de varios derechos protegidos por la Convención Americana 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. Asimismo, la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada además reafirma en su preámbulo **“que la práctica sistemática de la desaparición forzada de personas constituye un crimen de lesa humanidad”.** **En suma, la práctica de desaparición forzada implica un craso abandono de los principios esenciales en que se fundamenta el Sistema Interamericano de Derechos Humanos y su prohibición ha alcanzado carácter de jus cogens.**

193. En este sentido se ha señalado como elementos concurrentes y constitutivos de la desaparición forzada: **a) la privación de la libertad; b) la intervención directa de agentes**

64CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Caso Gudiel Álvarez y otros. Sentença de 19 de agosto de 2013, série C n. 262: “54. Entre los años 1962 y 1996 tuvo lugar un conflicto armado interno en Guatemala que provocó grandes costos humanos, materiales, institucionales y morales. La Comisión para el Esclarecimiento Histórico (infra párr. 58, en adelante también “CEH”) estimó que “el saldo en muertos y desaparecidos del enfrentamiento armado interno llegó a más de doscientas mil personas”. En el marco de dicho conflicto, el Estado aplicó lo que denominó la “Doctrina de Seguridad Nacional”, con base en la cual utilizó la noción de “enemigo interno”, que inicialmente incluía a las organizaciones guerrilleras pero fue ampliándose para incluir a “todas aquellas personas que se identifica[ban] con la ideología comunista o que pertenecieron a una organización -sindical, social, religiosa, estudiantil-, o a aquéllos que por cualquier causa no estuvieran a favor del régimen establecido”. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_262_esp.pdf>. Acesso em: 24 set. 2013.

estatales o la aquiescencia de éstos, y c) la negativa de reconocer la detención y de revelar la suerte o el paradero de la persona interesada. Esta Corte realizó dicha caracterización de la desaparición forzada incluso con anterioridad a la definición contenida en el artículo II de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada y es consistente con otras definiciones contenidas en diferentes instrumentos internacionales 194. De conformidad con el artículo I, incisos a y b, de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada, los Estados Partes se comprometen a no practicar ni tolerar la desaparición forzada de personas en cualquier circunstancia, y a sancionar a los responsables de la misma en el ámbito de su jurisdicción, lo que es consecuente con la obligación estatal de respetar y garantizar los derechos contenidos en el artículo 1.1 de la Convención Americana, la cual puede ser cumplida de diferentes maneras, en función del derecho específico que el Estado deba garantizar y de las necesidades particulares de protección.

195. La Corte recuerda que la naturaleza permanente de la desaparición forzada implica que la misma permanece hasta tanto no se conozca el paradero de la persona desaparecida y se determine con certeza su identidad. (...)

196. (...) De este modo, el análisis legal de la desaparición forzada debe ser consecuente con la violación compleja de derechos humanos que ésta conlleva. En este sentido, al analizar un supuesto de desaparición forzada se debe tener en cuenta que la privación de la libertad del individuo sólo debe ser entendida como el inicio de la configuración de una violación compleja que se prolonga en el tiempo hasta que se conoce la suerte y el paradero de la víctima. El análisis de una posible desaparición forzada no debe enfocarse de manera aislada, dividida y fragmentada sólo en la detención, o la posible tortura, o el riesgo de perder la vida, sino más bien el enfoque debe ser en el conjunto de los hechos que se presentan en el caso en consideración ante la Corte, tomando en cuenta la jurisprudencia del Tribunal al interpretar la Convención Americana.

Nesta decisão, a Corte reconhece os principais elementos característicos do crime de Desaparecimento Forçado de Pessoas, a saber: a) a privação da liberdade; b) a intervenção direta dos agentes estatais ou a aquiescência deles; e c) a negativa de reconhecer a detenção, de revelar o destino ou o paradeiro da vítima.

Aqui também se reconhece, de maneira bastante clara, a natureza permanente do delito, isto é, a consumação do crime se perpetua durante todo o período em que a vítima permanece sob o poder dos agentes até o momento em que se seja possível o conhecimento do paradeiro da vítima.

A natureza permanente do crime evidentemente é importante em razão do prazo prescricional. Mesmo que se considere que o crime em questão é imprescritível, é importante lembrar – como dito acima – que o Brasil não ratificou a Convenção sobre a Imprescritibilidade dos Crimes contra a Humanidade e o Estatuto de Roma foi ratificado apenas em 2002, o que, em tese, não abrangeria os crimes praticados por agentes estatais pós-1964.

A Corte já julgou diversos casos em que reconhece o desaparecimento forçado de pessoas. No caso *Contreras y Otros*⁶⁵, a Corte condenou El Salvador, em 31 de agosto de 2011, pelo desaparecimento forçado de crianças que foram sequestradas durante o período autoritário daquele país entre os anos de 1980-1983.

⁶⁵CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso *Contreras y otros*. Sentença de 31 de agosto de 2011, série C, n. 232. Disponível em: <http://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_232_esp.pdf>. Acesso em: 24 set. 2013.

51. El fenómeno de la desaparición forzada en el conflicto armado en El Salvador ha sido abordado por la Comisión de la Verdad para El Salvador auspiciada por las Naciones Unidas, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, organismos internacionales, autoridades y órganos del propio Estado y otras organizaciones. No obstante, ocurrió también un patrón más específico, reconocido por el Estado, relacionado con la desaparición forzada de niños y niñas (supra párr. 17), quienes eran sustraídos y retenidos ilegalmente por miembros de las Fuerzas Armadas en el contexto de los operativos de contrainsurgencia. Asimismo, está establecido que dicha práctica implicó, en muchos casos, la apropiación de los niños y niñas e inscripción con otro nombre o bajo datos falsos. (...)

(...) 54. Según la prueba recibida, los posibles destinos de los niños y niñas después de la separación de su familia y de su desaparición, pueden clasificarse de la siguiente forma: 1) adopciones en las que existe un proceso formal dentro del sistema judicial, siendo que la mayoría se asignaron a familias extranjeras, principalmente de Estados Unidos, Francia e Italia; 2) adopciones “de hecho” o “apropiaciones”, consistentes en casos en que familias salvadoreñas se hicieron cargo de los niños y niñas pero jamás formalizaron la adopción del niño o niña⁴⁷; 3) casos de “apropiación” por parte de militares, quienes los incluyeron en sus familias como hijos, aunque en la mayoría de casos los niños y niñas fueron utilizados para trabajos domésticos o agrícolas; 4) niños y niñas que crecieron en orfanatos sin acompañamiento, en los cuales los encargados no intentaron encontrar a los parientes; y 5) niños y niñas que crecieron en instalaciones militares. Por otra parte, la Asociación ProBúsqueda ha recopilado evidencias que indicarían que algunos niños y niñas desaparecidos fueron víctimas del tráfico ilegal⁵². Por último, hasta septiembre de 2010 la Asociación ProBúsqueda había localizado 48 casos de niños y niñas fallecidos.

55. Por último, “[t]anto en los casos de adopciones que siguieron procesos legales como en la apropiación de niños y niñas, hubo una práctica de alteración de las identidades de los menores de edad; muchos fueron registrados de hecho como hijas e hijos, es decir, sin necesidad de la alteración de registros, en otros casos se cambió el nombre o los apellidos y se alteró la edad de los niños y niñas” (...).

Em seguida vamos analisar o caso *Gelman vs Uruguai*⁶⁶, pois trata-se aqui da denominada Operação Condor, que foi uma associação das forças militares da Argentina, Bolívia, Brasil, Chile, Paraguai e Uruguai, países estes que no período compreendido entre as décadas de 70 e 80 do século XX estavam sob severos regimes militares, que tinha como função a captura de pessoas de quaisquer destas nacionalidades que, porventura, tivessem fugido para algum Estado fronteiriço, dentre aqueles que faziam parte da citada Operação, com receio de serem capturadas por suas próprias forças de seguridade.

Conforme está disposto no julgado, tratava-se de uma operação muito bem orquestrada e planejada, da qual faziam parte as autoridades militares dos países que a compunham. Tratava-se aqui da difusão da doutrina de “segurança nacional”, pois, segundo esta doutrina, a segurança nacional estava ameaçada não por inimigos externos, mas sim internos, consubstanciados nos elementos de esquerda, traduzidos sob o rótulo subversivo de “comunistas”:

(...) 49. Para noviembre de 1975, la cooperación de inteligencia militar se concretó aún más con la formalización de la denominada “Operación Cóndor”, lo que facilitó la creación de estructuras militares paralelas, que actuaban de forma secreta y con gran autonomía. Esa operación fue adoptada como una política de Estado de las “cúpulas de los gobiernos de hecho”³⁹, y estaba dirigida, en ese entonces, por cuerpos castrenses

⁶⁶CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso *Gelman vs. Uruguai*. Sentença de 24 de fevereiro de 2011, série C, n. 221. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_221_esp1.pdf>. Acesso em: 04 nov. 2013.

*principalmente de Chile, Argentina, Uruguay, Paraguay, Bolivia y Brasil (...).
(...) 55. Ciudadanos de varios países, entre ellos uruguayos, bolivianos y chilenos, fueron retenidos en Automotores Orletti y luego trasladados a sus países donde fueron entregados a cuerpos militares de la Operación Cóndor.*⁶⁷

A partir de um determinado momento da repressão, adotou-se a prática – aterrorizante – de sequestrar os filhos e filhas daqueles que foram capturados pelas forças militares e colocá-los em famílias substitutas, geralmente integrantes das forças de repressão, privando-os de qualquer traço distintivo de sua antiga identificação:

62. Por lo general, la política de “apoderamiento de menores [de edad]” se llevaba a cabo en las siguientes etapas: a) los niños y niñas eran sustraídos del “poder de sus legítimos tenedores cuando estos pudieran resultar sospechosos de tener vínculos con la subversión o disidentes políticos con el régimen de facto, y de acuerdo con los informes de inteligencia” o eran sustraídos durante la detención clandestina de sus madres”; b) luego eran conducidos “a lugares situados dentro de dependencias de la fuerza pública o bajo su dependencia operativa”; c) se “entrega[ban] los menores [de edad] sustraídos a integrantes de las fuerzas armadas o de seguridad, o a terceras personas, con el objeto de que estos los retuviesen y ocultasen de sus legítimos tenedores”; d) “en el marco de las apropiaciones ordenadas, y con el objeto de impedir el restablecimiento del vínculo con la familia, [se suprimía] el estado civil de los mismos, inscribiéndolos como hijos de quienes los retuviesen u ocultasen, y e) se les “inserta[ba] o [hacía] insertar datos falsos en constataciones y certificados de nacimiento y documentos destinados a acreditar la identidad de los menores [de edad]”⁶⁸.

Destarte, María Claudia García Iruretagoyena Casinelli, nascida em 6 de fevereiro de 1957, em Buenos Aires, Argentina, trabalhava como operária em uma fábrica de sapatos e era estudante de Filosofia e Letras da Universidade de Buenos Aires. Ela foi detida por forças militares, argentinas e uruguaias, no dia 24 de agosto de 1976, juntamente com o seu marido, Marcelo Ariel Gelman Schubaroff, outros familiares e um amigo.

Marcelo Ariel Gelman Schubaroff foi levado para o cativeiro em um centro de detenção clandestino, conhecido como Automotores Orletti. Lá ficou preso e foi torturado. Seus restos mortais foram descobertos em 1989.

Por sua vez, Maria Cláudia, que estava grávida de sete meses por ocasião de sua detenção, deu à luz filha, naquele país. Quanto ao seu paradeiro há duas versões: a primeira sustenta que foi transferida para uma base clandestina militar, na qual foi executada e seus restos mortais enterrados. A segunda versão afirma que, antes de deixar sua filha, foi entregue às forças de segurança argentinas de Automotores Orletti, que foram até Montevidéu para transportá-la para a Argentina de lancha do porto de Carmelo, tendo sido executada na Argentina⁶⁹.

A filha de Maria Cláudia foi entregue a um casal de uruguaios, ele, Ángel Tauriño, integrante da polícia uruguaia, e foi batizada como María Macarena Tauriño Vivian.

⁶⁷ Ver nota 66.

⁶⁸ Ver nota 66.

⁶⁹ Veja nota 66.

Anos mais tarde, e em razão de investigações feitas por Juan Gelman e Mara Elda Magdalena La Madrid Daltoe, pais de María Claudia García, encontraram a senhora Sara Méndez, que também havia sido detida no centro de detenções Automotores Orletti, que lhes proporcionou informações relevantes acerca do paradeiro de sua neta.

Assim, com a intermediação do Monsenhor Pablo Galimberti, bispo do Departamento de San José, Montevideu, conseguiram contato com Vivían de Tauriño, cujo marido, Ángel Julian Tauriño já havia falecido.

Destarte, após 23 (vinte e três) anos do nascimento em cativo de sua neta, María Macarena, pôde finalmente conhecer sua verdadeira identidade.

Assim, diante destes casos relatados, podemos perceber nitidamente a importância da Corte Interamericana no julgamento dos crimes praticados durante os vários períodos autoritários que assolaram os países da região.

Por outro lado, a Convenção Interamericana sobre Desaparecimento Forçado de Pessoas, ratificado pelo Brasil em 26 de julho de 2013, dispõe textualmente acerca da natureza permanente do delito⁷⁰:

Artigo III

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.** (grifo meu)

Esta Convenção também conceitua o delito de Desaparecimento Forçado de acordo com a jurisprudência da Corte Interamericana, nestes termos:

Artigo II

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 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.

Destarte, são elementos do delito: a) a privação da liberdade de uma ou mais pessoas; b) que esta privação tenha sido praticada por agentes do Estado ou por pessoas ou grupos de pessoas que atuem com autorização, apoio ou consentimento do Estado; c) que haja recusa por parte do

⁷⁰ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Convenção Interamericana sobre Desaparecimento Forçado de Pessoas. Disponível em: <<http://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/k.Desaparecimento.htm>>. Acesso em: 24 set. 2013.

Estado em reconhecer a privação de liberdade ou a informar o paradeiro da vítima; d) não seja possível para a vítima o uso dos recursos legais e as garantias processuais adequadas ao caso.

Os governos que sucederam os militares muitas vezes ainda não têm condições políticas de enfrentar um julgamento contra os seus próprios agentes estatais que atuaram na repressão dos crimes ditos subversivos, e um Tribunal Internacional pode e deve suprir as deficiências de Estados ainda pouco familiarizados com a democracia e cujas instituições ainda não possuem independência e autonomias suficientes para o enfrentamento.

2.2. A CONDENAÇÃO DO BRASIL PELA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS

Como se sabe, o golpe militar, vitorioso em abril de 1964, depôs o Governo João Goulart, passando a editar sucessivos atos legislativos “que funcionaram como pretense marco legal para dar cobertura jurídica à escalada repressiva.”⁷¹:

O mandato do Presidente Médici (1969-1974) representou “a fase de repressão mais extremada em todo o ciclo de 21 anos do regime militar” no Brasil. Posteriormente, durante “os três primeiros anos [do governo do Presidente] Geisel [1974-1979], o desaparecimento de presos políticos, que antes era apenas uma parcela das mortes ocorridas, torna-se a regra predominante para que não ficasse estampada a contradição entre discurso de abertura e a repetição sistemática das velhas notas oficiais simulando atropelamentos, tentativas de fuga e falsos suicídios”. Como consequência, a partir de 1974, “oficialmente não houve mortes nas prisões[, t]odos os presos políticos mortos desapareceram [e] o regime passou a não mais assumir o assassinato de opositores” (SECRETARIA ESPECIAL DOS DIREITOS HUMANOS DA PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA, 2007, p. 200).

Por outro lado, a guerrilha do Araguaia foi um movimento que tentou resistir ao regime militar implantado no Brasil. Dela, faziam parte alguns membros do Partido Comunista do Brasil. A Guerrilha contava, às vésperas da primeira expedição do Exército Brasileiro à região do Araguaia⁷², com aproximadamente 70 (setenta) pessoas. Estas pessoas foram inteiramente dizimadas pelas Forças Armadas brasileiras e depois enterradas em locais que até hoje permanecem ocultos.

Posteriormente, a Lei nº 9.140/95 reconheceu como mortas as pessoas desaparecidas em razão de participação em movimentos contrários ao regime implantado no Brasil⁷³.

Esta lei também criou, por meio do seu art. 4º⁷⁴, uma Comissão Especial, composta por

⁷¹CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso *Gomes Lund vs. Brasil*, sentença de 24 de novembro de 2010, série C, n. 219. Disponível em: <www.corteidh.or.cr>. Acesso em: 08 nov. 2013.

⁷²O Rio Araguaia nasce no Estado de Goiás, região Centro-oeste do Brasil, e percorre uma grande região da Amazônia brasileira até desaguar no Estado Pará, próximo à Ilha de Marajó. A denominada Guerrilha do Araguaia teve como palco exatamente esta região, que percorre os atuais estados de Goiás, Mato Grosso, Tocantins e Pará, estes últimos na região Norte do Brasil.

⁷³Sobre a Lei nº 9.140, de 4 de dezembro de 1995, veja-se nota 3.

⁷⁴Sobre a Lei 9.140, de 4 de dezembro de 1995, veja-se nota 3.

sete pessoas, que tinha como objetivo proceder o reconhecimento das pessoas desaparecidas durante o período mencionado na lei, ou seja, 2 de setembro de 1961 a 5 de outubro de 1988.

Posteriormente, por meio da Lei nº 12.528, de 18 de novembro de 2012, foi criada uma Comissão da Verdade, que tinha como função apurar as circunstâncias que deram ensejo ao desaparecimento de pessoas durante a ditadura militar⁷⁵.

Não satisfeitas com as medidas adotadas pelo país para o ressarcimento das vítimas da

75COMISSÃO NACIONAL DA VERDADE. Lei nº 12.528, de 18 de novembro de 2012. Cria a Comissão Nacional da Verdade no âmbito da Casa Civil da Presidência da República. “A PRESIDENTA DA REPÚBLICA Faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte Lei: Art. 1º É criada, no âmbito da Casa Civil da Presidência da República, a Comissão Nacional da Verdade, com a finalidade de examinar e esclarecer as graves violações de direitos humanos praticadas no período fixado no art. 8º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, a fim de efetivar o direito à memória e à verdade histórica e promover a reconciliação nacional. Art. 2º A Comissão Nacional da Verdade, composta de forma pluralista, será integrada por 7 (sete) membros, designados pelo Presidente da República, dentre brasileiros, de reconhecida idoneidade e conduta ética, identificados com a defesa da democracia e da institucionalidade constitucional, bem como com o respeito aos direitos humanos. § 1º Não poderão participar da Comissão Nacional da Verdade aqueles que: I - exerçam cargos executivos em agremiação partidária, com exceção daqueles de natureza honorária; II - não tenham condições de atuar com imparcialidade no exercício das competências da Comissão; III - estejam no exercício de cargo em comissão ou função de confiança em quaisquer esferas do poder público. § 2º Os membros serão designados para mandato com duração até o término dos trabalhos da Comissão Nacional da Verdade, a qual será considerada extinta após a publicação do relatório mencionado no art. 11. § 3º A participação na Comissão Nacional da Verdade será considerada serviço público relevante. Art. 3º São objetivos da Comissão Nacional da Verdade: I - esclarecer os fatos e as circunstâncias dos casos de graves violações de direitos humanos mencionados no caput do art. 1º; II - promover o esclarecimento circunstanciado dos casos de torturas, mortes, desaparecimentos forçados, ocultação de cadáveres e sua autoria, ainda que ocorridos no exterior; III - identificar e tornar públicos as estruturas, os locais, as instituições e as circunstâncias relacionadas à prática de violações de direitos humanos mencionadas no caput do art. 1º e suas eventuais ramificações nos diversos aparelhos estatais e na sociedade; IV - encaminhar aos órgãos públicos competentes toda e qualquer informação obtida que possa auxiliar na localização e identificação de corpos e restos mortais de desaparecidos políticos, nos termos do art. 1º da Lei no 9.140, de 4 de dezembro de 1995; V - colaborar com todas as instâncias do poder público para apuração de violação de direitos humanos; VI - recomendar a adoção de medidas e políticas públicas para prevenir violação de direitos humanos, assegurar sua não repetição e promover a efetiva reconciliação nacional; e VII - promover, com base nos informes obtidos, a reconstrução da história dos casos de graves violações de direitos humanos, bem como colaborar para que seja prestada assistência às vítimas de tais violações. Art. 4º Para execução dos objetivos previstos no art. 3º, a Comissão Nacional da Verdade poderá: I - receber testemunhos, informações, dados e documentos que lhe forem encaminhados voluntariamente, assegurada a não identificação do detentor ou depoente, quando solicitada; II - requisitar informações, dados e documentos de órgãos e entidades do poder público, ainda que classificados em qualquer grau de sigilo; III - convocar, para entrevistas ou testemunho, pessoas que possam guardar qualquer relação com os fatos e circunstâncias examinados; IV - determinar a realização de perícias e diligências para coleta ou recuperação de informações, documentos e dados; V - promover audiências públicas; VI - requisitar proteção aos órgãos públicos para qualquer pessoa que se encontre em situação de ameaça em razão de sua colaboração com a Comissão Nacional da Verdade; VII - promover parcerias com órgãos e entidades, públicos ou privados, nacionais ou internacionais, para o intercâmbio de informações, dados e documentos; e VIII - requisitar o auxílio de entidades e órgãos públicos. § 1º As requisições previstas nos incisos II, VI e VIII serão realizadas diretamente aos órgãos e entidades do poder público. § 2º Os dados, documentos e informações sigilosos fornecidos à Comissão Nacional da Verdade não poderão ser divulgados ou disponibilizados a terceiros, cabendo a seus membros resguardar seu sigilo. § 3º É dever dos servidores públicos e dos militares colaborar com a Comissão Nacional da Verdade. § 4º As atividades da Comissão Nacional da Verdade não terão caráter jurisdicional ou persecutório. § 5º A Comissão Nacional da Verdade poderá requerer ao Poder Judiciário acesso a informações, dados e documentos públicos ou privados necessários para o desempenho de suas atividades. § 6º Qualquer cidadão que demonstre interesse em esclarecer situação de fato revelada ou declarada pela Comissão terá a prerrogativa de solicitar ou prestar informações para fins de estabelecimento da verdade. Art. 5º As atividades desenvolvidas pela Comissão Nacional da Verdade serão públicas, exceto nos casos em que, a seu critério, a manutenção de sigilo seja relevante para o alcance de seus objetivos ou para resguardar a intimidade, a vida privada, a honra ou a imagem de pessoas. Art. 6º Observadas as disposições da Lei no 6.683, de 28

ditadura, em 26 de março de 2009, em conformidade com o Estatuto da Corte Interamericana de Direitos Humanos, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos submeteu ao Tribunal uma demanda contra o Brasil, que se originou de uma petição apresentada em 7 de agosto de 1995, pelo Centro de Justiça e o Direito Internacional (CEJIL) e pela *Human Rights Watch/Americas*, em nome de pessoas desaparecidas no contexto da Guerrilha do Araguaia e de seus familiares.

Esta demanda deu origem a uma sentença proferida pela Corte em 24 de novembro de 2010, que condenou o Brasil, nos seguintes termos⁷⁶:

a) que são inválidas as disposições da Lei de Anistia brasileira (Lei. 6.683/79), pois impedem a investigação e a sanção de graves violações de direitos humanos, sendo que referidas disposições são incompatíveis com a Convenção Americana e não podem representar um obstáculo para a investigação dos fatos do caso submetido à análise, nem de outros casos porventura submetidos à Corte;

b) O Estado foi o 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 nos artigos 3, 4, 5 e 7 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos em prejuízo das pessoas indicadas na decisão;

c) O Estado descumpriu a obrigação de adequar seu direito interno à Convenção

de agosto de 1979, a Comissão Nacional da Verdade poderá atuar de forma articulada e integrada com os demais órgãos públicos, especialmente com o Arquivo Nacional, a omissão de Anistia, criada pela Lei no 10.559, de 13 de novembro de 2002, e a Comissão Especial sobre mortos e desaparecidos políticos, criada pela Lei no 9.140, de 4 de dezembro de 1995. Art. 7º Os membros da Comissão Nacional da Verdade perceberão o valor mensal de R\$ 11.179,36 (onze mil, cento e setenta e nove reais e trinta e seis centavos) pelos serviços prestados. § 1º O servidor ocupante de cargo efetivo, o militar ou o empregado permanente de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, dos Municípios ou do Distrito Federal, designados como membros da Comissão, manterão a remuneração que percebem no órgão ou entidade de origem acrescida da diferença entre esta, se de menor valor, e o montante previsto no caput. § 2º A designação de servidor público federal da administração direta ou indireta ou de militar das Forças Armadas implicará a dispensa das suas atribuições do cargo. § 3º Além da remuneração prevista neste artigo, os membros da Comissão receberão passagens e diárias para atender aos deslocamentos, em razão do serviço, que exijam viagem para fora do local de domicílio. Art. 8º A Comissão Nacional da Verdade poderá firmar parcerias com instituições de ensino superior ou organismos internacionais para o desenvolvimento de suas atividades. Art. 9º São criados, a partir de 1º de janeiro de 2011, no âmbito da administração pública federal, para exercício na Comissão Nacional da Verdade, os seguintes cargos em comissão do Grupo-Direção e Assessoramento Superiores: (Vide Decreto nº 7.919, de 2013) I - 1 (um) DAS-5; II - 10 (dez) DAS-4; e III - 3 (três) DAS-3. Parágrafo único. Os cargos previstos neste artigo serão automaticamente extintos após o término do prazo dos trabalhos da Comissão Nacional da Verdade, e os seus ocupantes, exonerados. Art. 10. A Casa Civil da Presidência da República dará o suporte técnico, administrativo e financeiro necessário ao desenvolvimento das atividades da Comissão Nacional da Verdade. Art. 11. A Comissão Nacional da Verdade terá prazo de 2 (dois) anos, contado da data de sua instalação, para a conclusão dos trabalhos, devendo apresentar, ao final, relatório circunstanciado contendo as atividades realizadas, os fatos examinados, as conclusões e recomendações. Parágrafo único. Todo o acervo documental e de multimídia resultante da conclusão dos trabalhos da Comissão Nacional da Verdade deverá ser encaminhado ao Arquivo Nacional para integrar o Projeto Memórias Reveladas. Art. 12. O Poder Executivo regulamentará o disposto nesta Lei. Art. 13. Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação. Brasília, 18 de novembro de 2011; 190º da Independência e 123º da República. DILMA ROUSSEFF, Jose Eduardo Cardozo, Celso Luiz Nunes Amorim e Miriam Belchior Maria do Rosário Nunes.” Disponível em: <www.cnv.gov.br>. Acesso em: 08 nov. 2013.

76CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso *Gomes Lund e outros (“Guerrilha do Araguaia”) vs Brasil*. Sentença de 24 de novembro de 2010, série C, n. 219. Disponível em: <<http://www.corteidh.or.cr/caos.cfm>>. Acesso em: 14 abr. 2013.

Americana sobre Direitos Humanos, contida em seu artigo 2º, em relação aos artigos 8.1, 25 e 1.1 do mesmo instrumento, como consequência da interpretação e da aplicação que foi dada à Lei de Anistia a respeito de graves violações de direitos humanos;

d) O Estado foi responsável pela violação de diversos direitos inculpidos no bojo da Convenção Americana, tais como: direito à liberdade de pensamento e de expressão (art. 13); direito à integridade física (art. 5.1), bem como pelo excesso de prazo por ultrapassar o prazo razoável para o processamento da respectiva Ação Ordinária.

A Corte também condenou o Brasil a desenvolver as seguintes atividades:

conduzir eficazmente, perante a jurisdição ordinária, a investigação penal dos fatos do presente caso a fim de esclarecê-los, determinar as correspondentes responsabilidades penais e aplicar efetivamente as sanções e consequências que a lei preveja (...);
realizar todos os esforços para determinar o paradeiro das vítimas desaparecidas e, se for o caso, identificar e entregar os restos mortais a seus familiares (...);
oferecer o tratamento médico e psicológico ou psiquiátrico que as vítimas requeiram e, se for o caso, pagar o montante estabelecido;
realizar as publicações ordenadas, em conformidade com a Sentença (...)
realizar um ato público de reconhecimento de responsabilidade internacional a respeito dos fatos do presente caso (...);
continuar com as ações desenvolvidas em matéria de capacitação e implementar, em um prazo razoável, um programa ou curso permanente e obrigatório sobre direitos humanos, dirigido a todos os níveis hierárquicos das Forças Armadas (...);
adotar, em um prazo razoável, as medidas que sejam necessárias para tipificar o delito de desaparecimento forçado de pessoas em conformidade com os parâmetros interamericanos, nos termos do estabelecido no parágrafo 287 da presente Sentença. Enquanto cumpre com esta medida, o Estado deve adotar todas aquelas ações que garantam o efetivo julgamento, e se for o caso, a punição em relação aos fatos constitutivos de desaparecimento forçado através dos mecanismos existentes no direito interno;
continuar desenvolvendo as iniciativas de busca, sistematização e publicação de toda a informação sobre a Guerrilha do Araguaia, assim como da informação relativa a violações de direitos humanos ocorridas durante o regime militar, garantindo o acesso à mesma (...);
pagar as quantias fixadas nos parágrafos (...), a título de indenização por dano material, por dano imaterial e por restituição de custas e gastos(...);
(...) realizar uma convocatória, em, ao menos, um jornal de circulação nacional e um da região onde ocorreram os fatos do presente caso, ou mediante outra modalidade adequada, para que, por um período de 24 meses, contado a partir da notificação da Sentença, os familiares das pessoas indicadas no parágrafo 119 da presente Sentença aporem prova suficiente que permita ao Estado identificá-los e, conforme o caso, considerá-los vítimas nos termos da Lei No. 9.140/95 e desta Sentença, nos termos do parágrafo 120 e 252 da mesma;
permitir que, por um prazo de seis meses, contados a partir da notificação da presente Sentença, os familiares dos senhores Francisco Manoel Chaves, Pedro Matias de Oliveira (“Pedro Carretel”), Hélio Luiz Navarro de Magalhães e Pedro Alexandrino de Oliveira Filho, possam apresentar-lhe, se assim desejarem, suas solicitações de indenização utilizando os critérios e mecanismos estabelecidos no direito interno pela Lei No. 9.140/95, conforme os termos do parágrafo 303 da presente Sentença. apresentem ao Tribunal, em um prazo de seis meses, contado a partir da notificação da presente Sentença, documentação que comprove que a data de falecimento das pessoas indicadas nos parágrafos 181, 213, 225 e 244 é posterior a 10 de dezembro de 1998.⁷⁷

No capítulo seguinte, vamos analisar as implicações no direito brasileiro desta condenação

⁷⁷ Idem.

em contraste com o direito interno, a aplicação das normas estatutárias no direito brasileiro, principalmente no que diz respeito à questão da anistia e da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal em relação ao Crime de Desaparecimento Forçado.

3. O DESAPARECIMENTO FORÇADO NO DIREITO INTERNO

No Brasil, a repressão, foi levada a efeito por agentes estatais, integrantes das Forças Armadas (Exército, Marinha e Aeronáutica), mas também por servidores públicos civis federais e estaduais.

Até 1968, a repressão era feita exclusivamente pelas Delegacias da Ordem Política e Social – DOPS (Polícia Civil dos Estados e Polícia Federal).

A partir daquele ano foi implementada pelo II Comando do Exército (São Paulo) a Operação Bandeirante (OBAN) que tinha como função coordenar os aparelhos repressivos das três Forças Armadas e mais da Polícia Federal e das Polícias dos Estados. Nasceram os temíveis DOI/CODI (Destacamentos de Operações de Informações/Centros de Operações de Defesa Interna), responsáveis por torturas e mortes dos agentes ditos subversivos e, portanto, inimigos do regime. Era o começo da fase mais dura do regime e também o início do desaparecimento em massa de milhares de pessoas, vítimas das manobras escusas e abusivas do regime implantado em 1964⁷⁸.

Não há no Direito Pátrio Brasileiro nenhum tipo penal intitulado Desaparecimento Forçado. Podemos procurar figuras que a ele se assemelham, tais como alguns tipos penais previstos na Lei nº 4.898/65 (Lei de Abuso de Autoridade)⁷⁹ e o crime de sequestro, previsto no Cód. Penal⁸⁰.

⁷⁸WEICHERT, Marlon Alberto e FÁVERO, Eugênia Augusta Gonzaga, *Ob. Cit.*, p.14. E também sobre desaparecidos políticos no Brasil. veja-se ARNS, Dom Paulo Evaristo, **Brasil Nunca Mais**, ed. Vozes: 37 ed., 1985.

⁷⁹Regula o Direito de Representação e o Processo de Responsabilidade Administrativa, Civil e Penal, nos Casos de Abuso de Autoridade. “(...) Art. 3º. Constitui abuso de autoridade qualquer atentado: a) à liberdade de locomoção; b) à inviolabilidade do domicílio; c) ao sigilo da correspondência; d) à liberdade de consciência e de crença; e) ao livre exercício do culto religioso; f) à liberdade de associação; g) aos direitos e garantias legais assegurados ao exercício do voto; h) ao direito de reunião; i) à incolumidade física do indivíduo; j) aos direitos e garantias legais assegurados ao exercício profissional. (Incluído pela Lei nº 6.657, de 05/06/79) Art. 4º Constitui também abuso de autoridade: a) ordenar ou executar medida privativa da liberdade individual, sem as formalidades legais ou com abuso de poder; b) submeter pessoa sob sua guarda ou custódia a vexame ou a constrangimento não autorizado em lei; c) deixar de comunicar, imediatamente, ao juiz competente a prisão ou detenção de qualquer pessoa; d) deixar o Juiz de ordenar o relaxamento de prisão ou detenção ilegal que lhe seja comunicada; e) levar à prisão e nela deter quem quer que se proponha a prestar fiança, permitida em lei; f) cobrar o carcereiro ou agente de autoridade policial carceragem, custas, emolumentos ou qualquer outra despesa, desde que a cobrança não tenha apoio em lei, quer quanto à espécie quer quanto ao seu valor; g) recusar o carcereiro ou agente de autoridade policial recibo de importância recebida a título de carceragem, custas, emolumentos ou de qualquer outra despesa; h) o ato lesivo da honra ou do patrimônio de pessoa natural ou jurídica, quando praticado com abuso ou desvio de poder ou sem competência legal; i) prolongar a execução de prisão temporária, de pena ou de medida de segurança, deixando de expedir em tempo oportuno ou de cumprir imediatamente ordem de liberdade. (Incluído pela Lei nº 7.960, de 21/12/89) (...).

⁸⁰BRASIL. Código Penal. Sequestro e cárcere privado. Art. 148 - Privar alguém de sua liberdade, mediante seqüestro ou cárcere privado: (Vide Lei nº 10.446, de 2002) 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; (Redação dada pela Lei nº 11.106, de 2005) II - se o crime é praticado mediante internação da vítima

A Lei 4.898/65 ainda é do tempo do regime autoritário e tem uma péssima redação, colocando em um mesmo diploma legal e de maneira absolutamente desordenada as medidas administrativas, cíveis e penais, além de ser óbvia a sua insuficiência no que diz respeito à dosimetria da pena aplicável⁸¹.

Quanto ao crime de sequestro, também não há a previsão legal para todas as condutas mencionadas no referido diploma internacional, pois *privar alguém de sua liberdade* não parece ser o mesmo que “fazer desaparecer um pessoa com o fim de afasta-lo dos procedimentos legais”, já que o elemento subjetivo do tipo (“com o fim de priva-los da lei por período prolongado”) é essencial para a definição do delito praticado por agentes estatais em um regime de exceção.

Por outro lado, a analogia resultante da comparação entre os dois delitos não é absoluta.

No caso dos crimes cometidos durante os períodos ditatoriais, o desaparecimento de uma pessoa por um período muito prolongado sem que haja notícias de seu paradeiro (por exemplo, por trinta anos ou mais, já que as ditaduras na América Latina se passaram, em sua maioria, nas décadas de 1970/1980) não deve levar nunca em consideração uma presunção de morte, já que o evento “morte” deve ficar extreme de dúvidas para a descaracterização do crime de sequestro para homicídio (art. 121 do Código Penal).

Destarte, a tipificação do desaparecimento forçado como sequestro pode sempre levar esta dúvida (resultado morte, mesmo que não haja notícia dos restos mortais da vítima). Lembre-se que não estamos falando aqui da figura do art. 159 § 3º do Código Penal (extorsão mediante sequestro com o resultado morte)⁸², pois não se visa aqui a obtenção de nenhuma vantagem econômica mas simplesmente o sequestro de determinada pessoa para imputar-lhe terror ou, se o dolo for matar, a figura do homicídio (art. 121 e parágrafos do Cód. Penal).

Ao contrário, uma vez tipificando o fato como “Desaparecimento Forçado” e não “Sequestro” este evento morte se torna completamente irrelevante, pois não caberia mais nenhuma discussão se a intenção dos agentes era a prática de um homicídio ou apenas de um sequestro, ficando certo que o dolo recairia sobre a “prisão ou detenção de alguém com o fim de privá-lo da

em casa de saúde ou hospital; III - se a privação da liberdade dura mais de 15 (quinze) dias. IV - se o crime é praticado contra menor de 18 (dezoito) anos; (Incluído pela Lei nº 11.106, de 2005) V - se o crime é praticado com fins libidinosos. (Incluído pela Lei nº 11.106, de 2005) § 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.

81(Lei 4.898/65), *Op. Cit.* Art. 6º. O abuso de autoridade sujeitará o seu autor à sanção administrativa civil e penal. (...) § 3º A sanção penal será aplicada de acordo com as regras dos artigos 42 a 56 do Código Penal e consistirá em: a) multa de cem a cinco mil cruzeiros; b) detenção por dez dias a seis meses; c) perda do cargo e a inabilitação para o exercício de qualquer outra função pública por prazo até três anos. § 4º As penas previstas no parágrafo anterior poderão ser aplicadas autônoma ou cumulativamente. § 5º Quando o abuso for cometido por agente de autoridade policial, civil ou militar, de qualquer categoria, poderá ser cominada a pena autônoma ou acessória, de não poder o acusado exercer funções de natureza policial ou militar no município da culpa, por prazo de um a cinco anos.

82 Código Penal, *Op. Cit.* Art. 159 - Seqüestrar pessoa com o fim de obter, para si ou para outrem, qualquer vantagem, como condição ou preço do resgate: § 3º - Se resulta a morte: Pena - reclusão, de vinte e quatro a trinta anos.

liberdade por período prolongado de tempo”.

Esta dúvida assaltou o ministro Marco Aurélio, relator originário do processo de extradição nº 974⁸³, em que era requerente a República Argentina. Como o ministro foi voto vencido, foi designado relator, o ministro Ricardo Lewandowski.

Por outro lado, a dúvida também é pertinente: uma vez que não há a figura do “Desaparecimento Forçado”, seria possível imaginar a figura de um sequestrado que permanece em cativeiro durante três ou quatro décadas? Achamos que isto não é hodiernamente possível.

Assim, para que estas condutas não fiquem impunes, faz-se necessária a criação de um novo tipo legal, integrante do direito interno.

Destarte, falta a respectiva adequação do direito interno, consistente na criação de uma figura típica de “Desaparecimento Forçado” às prescrições da Convenção Interamericana de Direitos Humanos. Em vários trechos a decisão que condenou o Brasil é enfática, no sentido de que o país não adequou o seu direito interno à Convenção, mesmo tendo-a ratificada desde 1992:

(...) 5. El Estado ha incumplido la obligación de adecuar su derecho interno a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, contenida en su artículo 2, en relación con los artículos 8.1, 25 y 1.1 de la misma, como consecuencia de la interpretación y aplicación que le ha dado a la Ley de Amnistía respecto de graves violaciones de derechos humanos. Asimismo, el Estado es responsable por la violación, consistente en la creación de una figura típica de los derechos a las garantías judiciales y a la protección judicial previstos en los artículos 8.1 y 25.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en relación con los artículos 1.1 y 2 de dicho instrumento, por la falta de investigación de los hechos del presente caso, así como del juzgamiento y sanción de los responsables, en perjuicio de los familiares de los desaparecidos y de la persona ejecutada indicados en los párrafos 180 y 181 de la presente Sentencia, en los términos de los párrafos 137 a 182 de la misma⁸⁴.

3.1. A QUESTÃO DA LEI DE ANISTIA⁸⁵

Anistia, para o Direito Penal pátrio, é uma forma de extinção da punibilidade, prevista no 83BRASIL. Extradução 974/Repúblicas Argentina e Oriental do Uruguai. Trata-se de um caso no qual estava envolvido um major do exército uruguaio (por esta razão o Uruguai também havia pedido a extradição). O fato fazia parte da chamada Operação Condor, que era uma organização que tinha como fim prender adversários políticos dos regimes militares, que então vigoravam na Argentina, Bolívia, Brasil, Chile, Paraguai e Uruguai. Sobre este caso, voltaremos a falar mais tarde. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=606492>>. Acesso em: 27 set. 2013.

⁸⁴Caso *Gomes Lund, Op. Cit.* Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_219_esp.pdf>. Acesso em: 17 abr. 2013.

⁸⁵BRASIL. Lei nº 6.683/79. Concede Anistia e dá outras providências. Art. 1º É concedida anistia a todos quantos, no período compreendido entre 02 de setembro de 1961 e 15 de agosto de 1979, cometeram crimes políticos ou conexos com estes, crimes eleitorais, aos que tiveram seus direitos políticos suspensos e aos servidores da Administração Direta e Indireta, de fundações vinculadas ao poder público, aos Servidores dos Poderes Legislativo e Judiciário, aos Militares e aos dirigentes e representantes sindicais, punidos com fundamento em Atos Institucionais e Complementares (vetado). 1º - Consideram-se conexos, para efeito deste artigo, os crimes de qualquer natureza relacionados com crimes políticos ou praticados por motivação política. § 2º - Excetuam-se dos benefícios da anistia os que foram condenados pela prática de crimes de terrorismo, assalto, seqüestro e atentado pessoal. §3º - Terá direito à reversão ao Serviço Público a esposa do militar demitido por Ato Institucional, que foi obrigada a pedir exoneração do respectivo cargo, para poder habilitar-se ao montepio militar, obedecidas as exigências do art. 3º (...).

art. 107, inciso II do Código Penal. Seria, grosso modo, o perdão, o esquecimento de determinadas infrações penais.

Segundo Rogério Greco, “pela anistia, o Estado renuncia ao seu *ius puniendi*, perdoando a prática de determinadas infrações penais que, normalmente, têm cunho político” (GRECO, 2013, p. 255).

Para Damásio de Jesus, “anistia é o esquecimento jurídico de uma ou mais infrações penais (Aurelino Leal). Deve ser concedida em casos excepcionais, para apaziguar os ânimos, acalmar as paixões etc.” (JESUS, 2013, p. 737).

Como diz Kai Ambos (2010), a anistia deve ser analisada sob diferentes ângulos: o primeiro é a busca pela paz, pela reconciliação por meio de leis de anistia que perdoam crimes graves em épocas de exceção, e o segundo seria a perspectiva de impunidade, o que geraria a falta de responsabilidade penal daqueles que praticaram determinados crimes.

A Corte Interamericana de Direitos Humanos em várias ocasiões que teve oportunidade de se manifestar já declarou a obrigação dos Estados signatários em investigar condutas lesivas aos direitos fundamentais previstas na Convenção⁸⁶.

A Corte tem decidido reiteradamente que as leis de anistia são incompatíveis com a defesa dos direitos garantidos na Convenção. Vejam-se alguns casos: Argentina⁸⁷, Chile⁸⁸, El Salvador⁸⁹,

⁸⁶Cf. Caso *Velásquez Rodríguez*, *Op. Cit.* Mérito, pars. 166 e 176; Caso *Fernández Ortega e outros*, par. 191, e Caso *Rosendo Cantú* e outra, par. 175. Disponível em: <www.corteidh.or.cr>. Acesso em: 12 nov. 2013.

⁸⁷ ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Informe Anual de La Comisión Interamericana de Derechos Humanos 1992-1993: Informe n. 28/92. Casos 10.147(Alicia Consuelo Herrera); Caso 10.181(Rosaria Valenzi de Sánchez); Caso 10.240 (Causa de la Escuela de Mecánica de la Armada [ESMA]); Caso 10.262 (Fundación Servicio Paz y Justicia [en nombre de 90 causas]); Caso 10.309 (Luís Adolfo Holmquits y Graciela Bustamante de Argañaraz, Gloria Constanza Curia/Fernando Ramiro Curia, Luisa Ana Ibañez, Adriana C. Mitrovich de Torres Correa, Ricardo Torres Correa, Francisco Rafael Díaz, Ramón Oscar Bianchi, María Isabel Jiménez de Soldatti, Familia Rondoletto, Julio César Campopiano, Ana Cristina Corral e Carlos Severino Soldatti); Caso 10.311(Rosa Ana Frigerio y, Omar Tristán Roldán, Elena Delia Garaguso, Carlos Alberto Oliva, Laura Susana Martinelli, Liliana Carmen Pereyra, Eduardo Alberto Cagnola, Jorge Candeloro, Marta Haydee García, Omar Alejandro Marocchi, Susana Valor, Eduardo Manuel Martínez, Jorge Carlos Augusto Toledo, Mario Alberto D'Fabio Fernández, Roberto Wilson, Rubén Darío Rodríguez, Juan Carlos Carrizo, Aydee Cristina Monier, Horacio Manuel Carrizo, Alberto Rogelio Carrizo, Luis Alberto Bereciarte, Fernando Hallgarten). Argentina, 2 out. 1992. Disponível em: <http://www.cidh.oas.org/annualrep/92span/Argentina10.147.htm>>. Acesso em: 08 nov. 2013.

⁸⁸ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Informe n. 34/96: Caso 11.228 (Irma Meneses Reyes); Caso 11.229 (Ricardo Lagos Salinas); Caso 11.231 (Juan Alsina Hurtos; Caso 11.282 (Pedro José Vergara Inostroza). Chile. 15 out. 1996. Disponível em: <<http://www.cidh.oas.org/annualrep/96span/Chile11228.htm>>. Acesso em: 08 nov. 2013.

⁸⁹ ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Informe n. 1/99: Caso 10.480 (Lucio Parada Cea, Héctor Joaquín Miranda Marroquín, Fausto García Funes, Andrés Hernández Carpio, José Catalino Meléndez, Carlos Antonio Martínez Romero). El Salvador. 27 jan. 1999. Disponível em <<http://www.cidh.oas.org/annualrep/98span/Fondo/El%20Salvador10.480.htm>>. Acesso em: 08 nov. 2013.

Haiti⁹⁰, Peru⁹¹ e Uruguai⁹².

No âmbito das Nações Unidas, o recurso da anistia também é repudiado quando esta tem como função o esquecimento das graves violações dos direitos fundamentais:

(...) Os acordos de paz das Nações Unidas endossados nunca podem prometer anistias para os crimes de genocídio, crimes de guerra, crimes contra a humanidade ou violações graves dos direitos humanos, e, quando somos obrigados a realizar funções executivas ou judiciais, os órgãos das Nações Unidas devem sistematicamente cumprir as normas internacionais pelos direitos humanos na administração da justiça (...) ⁹³.

A anistia absoluta é tão danosa para a justiça que o grupo de trabalho para o Desaparecimento Forçado de Pessoas a comparou com a própria impunidade:

O Grupo de Trabalho observa que, em algumas situações de pós-conflito, os mecanismos de verdade e reconciliação estão sendo usados como uma das formas de mover as sociedades afetadas da guerra para a paz e de conflito do governo para o pós-conflito. O Grupo de Trabalho manifestou a sua preocupação de que tais circunstâncias podem dar origem a promulgação de leis de anistia e a implementação de outras medidas que conduzam ao mesmo resultado: a impunidade. Como resposta a esta preocupação, durante a septuagésima sétima sessão do Grupo de Trabalho, a Comissão adotou um comentário geral sobre o artigo 18 da Declaração, em um esforço para contribuir para o desenvolvimento progressivo do direito internacional sobre este assunto sensível⁹⁴.

⁹⁰ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Informe n. 8/00: Caso 11.378 (Jean Claude Pierre, Ulrick e Jerseyla Adrien Juste). Haiti. 24 fev. 2000. Disponível em: <<http://www.cidh.oas.org/annualrep/99span/De%20Fondo/Haiti11378.htm>>. Acesso em: 08 nov. 2013.

⁹¹ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Informe Anual de La Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Informe n. 20/99: Caso 11.317 (Rodolfo Robles Espinoza e hijos). Peru. 23 fev. 1999. Disponível em: <<http://www.cidh.oas.org/annualrep/98span/Fondo/Peru%2011.317.htm>>. Acesso em: 08 nov. 2013.

⁹²ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Informe Anual de La Comisión Interamericana de Derechos Humanos 1992-1993: Informe n. 29/92. Caso 10.029 (Hugo Leonardo de los Santos Mendoza); Caso 10.036 (Alvaro Balbi); Caso 10.145 (Enrique Rodríguez Larreta Pieri); Caso 10.305 (Noris Alejandra Menotti Cobas, Luis Alberto Estradet, Josefina Mirta Detta Paolino, Rita Ibarburu, Federico Martínez, Jorge Burgell, William Torres Ramírez, Guillermo Francisco Stoll, Osiris Elías Musso Casallas, Clarel de los Santos Flores); Caso 10.372 (Juan Manuel Brieba); Caso 10.373 (Félix Sebastián Ortíz); Caso 10.374 (Amelia Sanjurjo Casal); Caso 10.375 (Antonio Omar Païtta). Uruguay. 2 out. 1992. Disponível em: <<http://www.cidh.oas.org/annualrep/92span/Uruguay10.029.htm>>. Acesso em: 08 nov. 2013.

⁹³ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Security Council. The rule of law and transitional justice in conflict and post-conflict societies. (...) United Nations-endorsed peace agreements can never promise amnesties for genocide, war crimes, crimes against humanity or gross violations of human rights, and, where we are mandated to undertake executive or judicial functions, United Nations-operated facilities must scrupulously comply with international standards for human rights in the administration of justice (...) Cf. Relatório do Secretário Geral do Conselho de Segurança das Nações Unidas. The rule of law and transitional justice in conflict and post-conflict societies, par. 10. U.N. S/2004/616, de 3 de agosto de 2004. Disponível em: <<http://www.unrol.org/files/2004%20report.pdf>>. Acesso em: 10 nov. 2013.

⁹⁴UNITED NATIONS COMMISSION ON HUMAN RIGHTS. Economic and Social Council. Civil and Political Rights, including the questions of Disappearances and Summary Executions. E/CN.4/2006/56 “The Working Group notes that in some post-conflict situations, mechanisms of truth and reconciliation are being used as one of the ways of moving the affected societies from war to peace and from conflict to post-conflict government. The Working Group expresses its concern that such circumstances can give rise to the enactment of amnesty laws and the implementation of other measures that lead to the same result: impunity. As a response to this concern, during the seventy-seventh session of the Working Group, it adopted a general comment on article 18 of the Declaration in an effort to contribute to the progressive development of international law on this sensitive matter. Disponível em: <<http://www.un.org/documents/ga/res/43/a43r173.htm>>. Acesso em: 10 nov. 2013.

A anistia, no entanto, não é necessariamente sempre absoluta, o que ensejaria o perdão definitivo dos crimes praticados sob a justificativa de se alcançar a paz e a harmonia dentro de uma sociedade conflagrada.

A anistia pode ser condicional e, nestes termos, pode trazer a sempre esperada paz, mas sem descuidar da também necessária responsabilidade penal. Segundo Kai Ambos (2010, p. 75), a anistia condicional “não exime automaticamente de punição pelos atos cometidos durante um certo período de tempo, senão que condiciona o benefício à realização de certos atos ou certas concessões pelo(s) beneficiário(s)”.

Segundo Ambos, o exemplo mais paradigmático de anistia condicional e que colheu resultados foi o da África do Sul, na Lei de Verdade e Reconciliação (*Truth and Reconciliation Act*)⁹⁵.

No Brasil, foi publicada em 28 de agosto de 1979 a Lei nº 6.683, que concedeu anistia a todos aqueles que, no período 02 de setembro de 1961 e 15 de agosto de 1979,

cometeram crimes políticos ou conexos com estes, crimes eleitorais, aos que tiveram seus direitos políticos suspensos e aos servidores da Administração Direta e Indireta, de fundações vinculadas ao poder público, aos Servidores dos Poderes Legislativo e Judiciário, aos Militares e aos dirigentes e representantes sindicais, punidos com fundamento em Atos Institucionais e Complementares (BRASIL, 1979).

Por sua vez, os parágrafos do artigo estão assim redigidos:

§ 1º - Consideram-se conexos, para efeito deste artigo, os crimes de qualquer natureza relacionados com crimes políticos ou praticados por motivação política.

§ 2º - Excetuam-se dos benefícios da anistia os que foram condenados pela prática de crimes de terrorismo, assalto, seqüestro e atentado pessoal.

§ 3º - Terá direito à reversão ao Serviço Público a esposa do militar demitido por Ato Institucional, que foi obrigada a pedir exoneração do respectivo cargo, para poder habilitar-se ao montepio militar, obedecidas as exigências do art. 3º (Idem).

Por sua vez, esta lei foi confirmada e aprimorada pela Emenda Constitucional nº 26, de 27 de novembro de 1985⁹⁶:

Art. 4º É concedida anistia a todos os servidores públicos civis da Administração direta e indireta e militares, punidos por atos de exceção, institucionais ou complementares.

§ 1º É concedida, igualmente, anistia 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.

§ 2º A anistia abrange os que foram punidos ou processados pelos atos imputáveis previstos

⁹⁵ “Segundo esta norma, uma anistia individual pode ser concedida, a requerimento, por um Comitê de Anistia específico dentro do marco de um procedimento parecido com um processo, que exponha o solicitante a um escrutínio público. Na África do Sul, as condições eram, *inter alia*, que o solicitante revele todos os fatos cometidos (‘esquema de reconhecimento por anistia’, ‘anistia em troca da verdade’) e que estes fatos poderiam ser considerados delitos políticos” (AMBOS, 2010, p. 101).

⁹⁶ Trata-se, na verdade, de Emenda Constitucional à Constituição de 1967 que convocou a Assembleia Constituinte. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/legislacao/103918/emenda-constitucional-26-85>>. Acesso em: 15 abr. 2013.

no "caput" deste artigo, praticados no período compreendido entre 2 de setembro de 1961 e 15 de agosto de 1979.

§ 3º Aos servidores civis e militares serão concedidas as promoções, na aposentadoria ou na reserva, ao cargo, posto ou graduação a que teriam direito se estivessem em serviço ativo, obedecidos os prazos de permanência em atividade, previstos nas leis e regulamentos vigentes. Citado por 39

§ 4º A Administração Pública, à sua exclusiva iniciativa, competência e critério, poderá readmitir ou reverter ao serviço ativo o servidor público anistiado.

§ 5º O disposto no "caput" deste artigo somente gera efeitos financeiros a partir da promulgação da presente Emenda, vedada a remuneração de qualquer espécie, em caráter retroativo.

§ 6º Excluem-se das presentes disposições os servidores civis ou militares que já se encontravam aposentados, na reserva ou reformados, quando atingidos pelas medidas constantes do "caput" deste artigo.

§ 7º Os dependentes dos servidores civis e militares abrangidos pelas disposições deste artigo já falecidos farão jus às vantagens pecuniárias da pensão correspondente ao cargo, função, emprego, posto ou graduação que teria sido assegurado a cada beneficiário da anistia, até a data de sua morte, observada a legislação específica.

§ 8º A Administração Pública aplicará as disposições deste artigo, respeitadas as características e peculiaridades próprias das carreiras dos servidores públicos civis e militares, e observados os respectivos regimes jurídicos (BRASIL, 1987).

A própria Constituição Federal, no art. 8º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias dispôs acerca da anistia, nestes termos:

Art. 8º. É concedida anistia aos que, no período de 18 de setembro de 1946 até a data da promulgação da Constituição, foram atingidos, em decorrência de motivação exclusivamente política, por atos de exceção, institucionais ou complementares, aos que foram abrangidos pelo Decreto Legislativo nº 18, de 15 de dezembro de 1961, e aos atingidos pelo Decreto-lei nº 864, de 12 de setembro de 1969, asseguradas as promoções, na inatividade, ao cargo, emprego, posto ou graduação a que teriam direito se estivessem em serviço ativo, obedecidos os prazos de permanência em atividade previstos nas leis e regulamentos vigentes, respeitadas as características e peculiaridades das carreiras dos servidores públicos civis e militares e observados os respectivos regimes jurídicos.

§ 1º - O disposto neste artigo somente gerará efeitos financeiros a partir da promulgação da Constituição, vedada a remuneração de qualquer espécie em caráter retroativo.

§ 2º - Ficam assegurados os benefícios estabelecidos neste artigo aos trabalhadores do setor privado, dirigentes e representantes sindicais que, por motivos exclusivamente políticos, tenham sido punidos, demitidos ou compelidos ao afastamento das atividades remuneradas que exerciam, bem como aos que foram impedidos de exercer atividades profissionais em virtude de pressões ostensivas ou expedientes oficiais sigilosos.

§ 3º - Aos cidadãos que foram impedidos de exercer, na vida civil, atividade profissional específica, em decorrência das Portarias Reservadas do Ministério da Aeronáutica nº S-50-GM5, de 19 de junho de 1964, e nº S-285-GM5 será concedida equiparação de natureza econômica, na forma que dispuser lei de iniciativa do Congresso Nacional e a entrar em vigor no prazo de doze meses a contar da promulgação da Constituição.

§ 4º - Aos que, por força de atos institucionais, tenham exercido gratuitamente mandato eletivo de vereador serão computados, para efeito de aposentadoria no serviço público e previdência social, os respectivos períodos.

§ 5º - A anistia concedida nos termos deste artigo aplica-se aos servidores públicos civis e aos empregados em todos os níveis de governo ou em suas fundações, empresas públicas ou empresas mistas sob controle estatal, exceto nos Ministérios militares, que tenham sido punidos ou demitidos por atividades profissionais interrompidas em virtude de decisão de seus trabalhadores, bem como em decorrência do Decreto-Lei nº 1.632, de 4 de agosto de 1978, ou por motivos exclusivamente políticos, assegurada a readmissão dos que foram atingidos a partir de 1979, observado o disposto no § 1º (BRASIL, 1988).

Poder-se-ia dizer que a anistia concedida por meio da Lei 6.683/79 não poderia ser válida à luz dos princípios do Direito Internacional, porque seria, na verdade, uma autoanistia, já por várias vezes rechaçada pela Corte Interamericana⁹⁷, pois o Congresso, naquela época, não era livre, já que havia vários congressistas cassados e os que ainda eram oposição estavam sob a vigilância perene de um Estado autoritário⁹⁸.

Não se poderia dizer isto, no entanto, em 1985, e muito menos por ocasião da atual Constituição, quando o regime militar já estava em seu ocaso e o país atravessava um clima de maior liberdade, com o povo clamando por uma Constituinte e eleições diretas para presidente da República. E então? O que fazer? Aceitar a anistia da maneira acordada entre aqueles que estavam ainda no poder e os que o ambicionavam?

Quando a Corte discorreu sobre anistia, na sentença que condenou o Brasil, não perquiriu, na verdade, sobre a validade ou não da anistia concedida pelo Brasil **em termos de direito interno**, pois o que ela diz é que a anistia nos moldes concedidos **não é válida à luz dos princípios do Direito Internacional**, principalmente quando se analisa o Sistema de Direitos Humanos da Convenção Interamericana, pois as leis de anistia impedem que as vítimas busquem a punição dos responsáveis, a verdade sobre os seus familiares mortos e desaparecidos, bem como as devidas reparações, tudo isto em detrimento dos direitos à vida, à liberdade, ao livre pensamento e liberdade de expressão e demais direitos ali elencados. Veja-se trecho da decisão, bastante explicativo:

(...) Quanto à alegação das partes a respeito de que se tratou de uma anistia, uma auto-anistia ou um “acordo político”, a Corte observa, como se depreende do critério reiterado no presente caso (*supra* par. 171), **que a incompatibilidade em relação à Convenção inclui as anistias de graves violações de direitos humanos e não se restringe somente às denominadas “autoanistias”**. Além disso, como foi destacado anteriormente, **o Tribunal, mais que ao processo de adoção e à autoridade que emitiu a Lei de Anistia, se atém à sua *ratio legis*: deixar impunes graves violações ao direito internacional cometidas pelo regime militar**. A incompatibilidade das leis de anistia com a Convenção Americana nos casos de graves violações de direitos humanos não deriva de uma questão formal, como sua origem, mas sim do aspecto material na medida em que violam direitos consagrados nos artigos 8 e 25, em relação com os artigos 1.1. e 2 da Convenção (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2010, grifo meu).

97CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso *Barrios Altos vs Perú*, datada de 14 de março de 2001. “(...) Las leyes de autoamnistia conducen a la indefensión de las víctimas y a la perpetuación de la impunidad, por lo que son manifiestamente incompatibles con la letra y el espíritu de la Convención Americana. Este tipo de leyes impide la identificación de los individuos responsables de violaciones a derechos humanos, ya que se obstaculiza la investigación y el acceso a la justicia e impide a las víctimas y a sus familiares conocer la verdad y recibir la reparación correspondiente.” (Grifo meu). Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_75_esp_2>. Acesso em: 12 out. 2013

98 “Um dos principais pontos da agenda de Figueiredo era a anistia. Item fundamental para a retomada do processo político da abertura, cada vez mais sob o risco de ultrapassagem do governo pelo movimento popular. Pelas ruas, salas de aula, clubes, igrejas mobilizava-se a população em torno do lema Anistia, ampla. Geral e irrestrita – surgindo diariamente nos jornais uma história da cassação de algum militar constitucionalista, político legalista ou professor universitário (...)” (FERREIRA; DELGADO, 2011, p. 269).

Portanto, percebe-se que a anistia concretizada por meio da Lei nº 6.683/79 não é válida, não porque seja uma autoanistia, pois realmente deste vício ela não sofre, mas sim porque ela não é compatível com o sistema de Direitos Humanos da Convenção Interamericana, sistema este que o Brasil ratificou em 1992 e, portanto, se obrigou a cumprir e observar.

Ainda sobre a lei de anistia, falaremos um pouco sobre o conceito de crimes políticos.

Podemos dividir os crimes políticos em próprios ou impróprios (relativos). Os primeiros são aqueles que objetivam atingir a própria estrutura do Estado, como se daria, por exemplo, com os crimes previstos nos artigos 8º e 9º da Lei de Segurança Nacional⁹⁹.

Por sua vez, os crimes relativos ou impróprios expõem a perigo bens que não afetam a segurança do Estado como, por exemplo, aqueles previstos nos artigos 23 a 29 da Lei nº 7.170/83¹⁰⁰.

Neste último caso, a identificação do crime como político estará a depender da motivação do agente: se ele teve como motivação afetar a integridade nacional, o crime será político e deverá ser tipificado na lei ora comentada; caso contrário, a lesão será tipificada como delito comum ou militar, conforme o problema posto. É a esta conclusão que se chega pela interpretação sistemática do art. 2º e seus incisos da atual Lei de Segurança Nacional (Lei nº 7.170/83)¹⁰¹:

Art. 2º - Quando o fato estiver também previsto como crime no Código Penal, no Código Penal Militar ou em leis especiais, levar-se-ão em conta, para a aplicação desta Lei:
I - a motivação e os objetivos do agente;
II - a lesão real ou potencial aos bens jurídicos mencionados no artigo anterior¹⁰².

⁹⁹BRASIL. Lei nº 7.170, de 14 de dezembro de 1983. Define os Crimes contra a Segurança Nacional, a Ordem Política e Social, estabelece seu processo e julgamento. Art. 8º - Entrar em entendimento ou negociação com governo ou grupo estrangeiro, ou seus agentes, para provocar guerra ou atos de hostilidade contra o Brasil. Pena: reclusão, de 3 a 15 anos. Parágrafo único - Ocorrendo a guerra ou sendo desencadeados os atos de hostilidade, a pena aumenta-se até o dobro. Art. 9º - Tentar submeter o território nacional, ou parte dele, ao domínio ou à soberania de outro país. Pena: reclusão, de 4 a 20 anos. Parágrafo único - Se do fato resulta lesão corporal grave, a pena aumenta-se até um terço; se resulta morte aumenta-se até a metade. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 10 nov. 2013.

¹⁰⁰Lei 7.179/83, *Op. Cit.* Art. 26 - Caluniar ou difamar o Presidente da República, o do Senado Federal, o da Câmara dos Deputados ou o do Supremo Tribunal Federal, imputando-lhes fato definido como crime ou fato ofensivo à reputação. Pena: reclusão, de 1 a 4 anos. Parágrafo único - Na mesma pena incorre quem, conhecendo o caráter ilícito da imputação, a propala ou divulga. Art. 27 - Ofender a integridade corporal ou a saúde de qualquer das autoridades mencionadas no artigo anterior. Pena: reclusão, de 1 a 3 anos. § 1º - Se a lesão é grave, aplica-se a pena de reclusão de 3 a 15 anos. § 2º - Se da lesão resulta a morte e as circunstâncias evidenciam que este resultado pode ser atribuído a título de culpa ao agente, a pena é aumentada até um terço. Art. 28 - Atentar contra a liberdade pessoal de qualquer das autoridades referidas no art. 26. Pena: reclusão, de 4 a 12 anos. Art. 29 - Matar qualquer das autoridades referidas no art. 26. Pena: reclusão, de 15 a 30 anos.

¹⁰¹Lei 7.170/83, *Op. Cit.* Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L7170.htm>. Acesso em: 10 nov. 2013.

¹⁰²Deve-se entender que a Lei de Segurança Nacional foi recepcionada pela Constituição Federal – ainda que seja legislação do período autoritário -, haja vista a referência pelo Superior Tribunal de Justiça em seus julgados: veja-se, por exemplo, o Conflito de Competência CC 124133 / BA 2012/0179810-4, Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze (possível enquadramento de greve de policiais militares na lei de Segurança Nacional. Declara a competência da Justiça Federal) e CC 56174 / PR CONFLITO DE COMPETENCIA 2005/0171979-4 Relator(a) Ministra JANE SILVA (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/MG) (8145) no qual se declara competente a Justiça Estadual no caso de formação e quadrilha armada para evitar invasões à propriedades rurais.

Vejam-se os ensinamentos da doutrina e jurisprudência:

Ext. 1085/República Italiana. Extradicação. Relator(a): Min. Cezar Peluso. Julgamento: 16/12/2009 Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Publicação. DJe-067 Divulg 15-04-2010 Publica 16-04-2010 Ementa vol-02397-01 PP-00001. RTJ VOL-00215- PP-00177.

Crime político. Não caracterização. Quatro homicídios qualificados, cometidos por membro de organização revolucionária clandestina. Prática sob império e normalidade institucional de Estado Democrático de direito, sem conotação de reação legítima contra atos arbitrários ou tirânicos. Carência de motivação política. Crimes comuns configurados. Preliminar rejeitada. Voto vencido. **Não configura crime político, para fim de obstar a acolhimento de pedido de extradicação, homicídio praticado por membro de organização revolucionária clandestina, em plena normalidade institucional de Estado Democrático de direito, sem nenhum propósito político imediato ou conotação de reação legítima a regime opressivo.** 4. EXTRADIÇÃO. Passiva. Executória. Pedido fundado em sentenças definitivas condenatórias por quatro homicídios. Crimes comuns. (grifo meu)¹⁰³

HC 73451 / RJ - RIO DE JANEIRO HABEAS CORPUS Relator(a): Min. MAURÍCIO CORRÊA Julgamento: 08/04/1997 Órgão Julgador: Segunda Turma Publicação DJ 06-06-1997 PP-24868 EMENT VOL-01872-04 PP-00673

1. Subsume-se inconcebível a configuração de crime contra a segurança nacional e a ordem política e social quando ausente o elemento subjetivo que se traduz no dolo específico: motivação política e objetivos do agente. 2. É de repelir-se, no caso concreto, a existência de crime político, dado que não demonstrada a destinação de atentar, efetiva ou potencialmente, contra a soberania nacional e a estrutura política brasileira. 3. O disposto no parágrafo único do art. 12 da Lei nº 7.170/83 só pode ser compreendido com o elastério que lhe dá o art. 1º, complementado pelo art. 2º da mesma Lei. 4. Não se vislumbrando qualificação de crime de natureza política, ante os fatos pelos quais os pacientes foram acusados e que se resumem no extravio de material bélico fabricado exclusivamente para exportação, denota-se implicitamente contrariedade ao art. 109, IV, da Constituição Federal. 5. Ainda que admitido o crime de falsidade ideológica pelo pedido, à autoridade competente, para exportar material bélico a país diverso do real destinatário, seria o caso de absorção do crime-meio pelo crime-fim, que não é de natureza política. 6. "Habeas corpus" deferido. (grifo meu)¹⁰⁴

Ext 493 / REPÚBLICA ARGENTINA EXTRADIÇÃO Relator(a): Min. SEPÚLVEDA PERTENCE Julgamento: 04/10/1989 Órgão Julgador: Tribunal Pleno Publicação DJ 03-08-1990 PP-07235 EMENT VOL-01588-01 PP-00142 RTJ VOL-00132-02 PP-00652

Extradicação. Argentina. Invasão do Quartel de la Tablada. Criminalidade Política. 4. Ditos fatos, estariam. 4. Ditos fatos, por outro lado, ainda quando considerados crimes diversos, estariam contaminados pela natureza do fato principal conexo, a rebelião armada, a qual se vincularam indissolavelmente, de modo a constituírem delitos políticos relativos.¹⁰⁵

Quanto à conexão referida no art. 1º§1º da Lei de Anistia, deve-se socorrer da legislação processual penal pátria, que é aquela prevista no artigo 76 e seus incisos, bem como no art. 77 e

103BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Extradicação 1085/República Italiana. Extradicação. Relator(a): Min. Cezar Peluso. Julgamento: 16/12/2009 Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Publicação. DJe-067 Divulg 15-04-2010 Publica 16-04-2010 Ementa vol-02397-01 PP-00001. RTJ VOL-00215- PP-00177. Disponível em: <www.stf.gov.br>. Acesso em: 12 out. 2013.

104BRASIL Supremo Tribunal Federal. *Habeas corpus* 73451 / RJ - RIO DE JANEIRO HABEAS CORPUS Relator(a): Min. MAURÍCIO CORRÊA Julgamento: 08/04/1997 Órgão Julgador: Segunda Turma Publicação DJ 06-06-1997 PP-24868 EMENT VOL-01872-04 PP-00673

105BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Extradicação 493 / REPÚBLICA ARGENTINA EXTRADIÇÃO Relator(a): Min. SEPÚLVEDA PERTENCE Julgamento: 04/10/1989 Órgão Julgador: Tribunal Pleno Publicação DJ 03-08-1990 PP-07235 EMENT VOL-01588-01 PP-00142 RTJ VOL-00132-02 PP-00652.

seus incisos do Código de Processo Penal¹⁰⁶, sendo que em relação a este último, apesar de dispor sobre a continência, é possível entender também como integrado ao referido dispositivo, já que são institutos afins e, portanto, devem ter tratamentos semelhantes.

Deve-se concluir, portanto, que, ao menos os crimes praticados pelos agentes estatais *não podem ser considerados políticos ou a eles conexos*, porque estes crimes são cometidos contra a estrutura do Estado por motivações políticas dos autores, e os representantes estatais, na época dos fatos, e os responsáveis pelo cometimento daqueles crimes estavam – pelo menos esta era a finalidade do regime político – agindo a favor do Estado (e não querendo derrubá-lo!).

O Brasil, assim como os demais países latino-americanos, foi vítima de sucessivos golpes e rebeliões ao longo de sua história.

Ao fim de cada período ditatorial, ou simplesmente ao término de cada revolta, e restabelecida a normalidade democrática, era necessário que os ânimos fossem apaziguados e a ordem democrática voltasse ao normal, com a extinção das cassações de mandatos, dos expurgos de dirigentes partidários e sindicalistas. A solução encontrada na nossa ordem jurídica foi, invariavelmente, algum tipo de acordo que restabelecesse a paz, e estes acordos eram concretizados por normas de anistia que excluía crimes, restabeleciam os funcionários públicos nos seus antigos postos de trabalho ou faziam com que milhares de brasileiros exilados ou postos na clandestinidade voltassem às suas vidas.

O Supremo Tribunal Federal, como órgão incumbido de zelar pela normalidade constitucional, era, é claro, chamado a decidir sobre os litígios que os períodos pós-conflituais geravam. Para cada término de algum período de exceção, eram produzidas centenas de decisões tendentes à pacificação geral.

Ao analisar os diversos julgados do Supremo Tribunal Federal sobre anistia, podemos ver um ponto em comum: o julgamento levando-se em consideração exclusivamente o controle da legalidade e constitucionalidade das leis de anistia então produzidas. Difícil, senão inexistente, algum caso em que o Supremo Tribunal Federal ousou ir mais longe com a análise de compromissos internacionais assumidos pelo Brasil. Sua análise limita-se à questão da legalidade e constitucionalidade das leis de anistia, mas não o da convencionalidade das mesmas, isto é, o contraste entre as leis produzidas e as Convenções Internacionais das quais o Brasil é (foi)

¹⁰⁶BRASIL. Código de Processo penal. Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Art. 76. A competência será determinada pela conexão: I - se, ocorrendo duas ou mais infrações, houverem sido praticadas, ao mesmo tempo, por várias pessoas reunidas, ou por várias pessoas em concurso, embora diverso o tempo e o lugar, ou por várias pessoas, umas contra as outras; II - se, no mesmo caso, houverem sido umas praticadas para facilitar ou ocultar as outras, ou para conseguir impunidade ou vantagem em relação a qualquer delas; III - quando a prova de uma infração ou de qualquer de suas circunstâncias elementares influir na prova de outra infração. Art. 77. A competência será determinada pela continência quando: I - duas ou mais pessoas forem acusadas pela mesma infração; II - no caso de infração cometida nas condições previstas nos arts. 51, § 1o, 53, segunda parte, e 54 do Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm>. Acesso em: 13 abr. 2013.

signatário (GOMES; MAZZUOLI, 2011)¹⁰⁷. Vejam-se alguns breves exemplos desta realidade:

RE 30532 / DF - DISTRITO FEDERAL RECURSO EXTRAORDINÁRIO Relator(a):
Min. CÂNDIDO MOTTA Julgamento: 07/08/1958 Órgão Julgador: PRIMEIRA
TURMA Publicação EMENT VOL-00361-01 PP-00298 DJ 16-10-1958
A Anistia é de competência do legislativo e só ele pode estabelecer os limites a sua
aplicação.¹⁰⁸

RMS 12539 / DF - DISTRITO FEDERAL RECURSO EM MANDADO DE
SEGURANÇA Relator(a): Min. HAHNEMANN GUIMARAES Julgamento:
10/08/1964 Órgão Julgador: TRIBUNAL PLENO Publicação
O pedido deve ser julgado nos termos do art. 1., 'C' e 'E' do Decreto Legislativo n. 18, de
15.12.1961 que está de acordo coma Constituição, art. 66, V.¹⁰⁹

RC 1373 / RJ - RIO DE JANEIRO RECURSO CRIMINAL Relator(a): Min. LEITÃO DE
ABREU Julgamento: 18/09/1979 Órgão Julgador: Segunda Turma Publicação DJ
19-10-1979 PP-07827 EMENT VOL-01149-01 PP-00061
O Decreto-Lei 864, de 12 de setembro de 1969, alterou o art. 2º do decreto legislativo nº
18, de 15.12.61, e afastou não só a aposentadoria, como a passagem para a inatividade,
aplicando-se aos processos “ainda não definitivamente julgados (art. 2º DL. 864/69). O art.
181, III, da Constituição excluiu da apreciação judicial os atos legislativos baixados com
base nos atos institucionais e complementares do item I do mesmo artigo, o que vale dizer,
ficou imune à apreciação judicial o Decreto-Lei 864/69, tanto em seu aspecto formal como
em seu conteúdo material. Embargos conhecidos e recebidos para cassar a segurança
concedida.

Crime contra a Segurança Nacional (Decreto-Lei n. 898/69, art. 14). Aplicação da lei
n.6.683, de 28.08.79, que concedeu anistia a todos quantos, no período compreendido entre
2 de setembro de 1961 e 15 de agosto de 1979, cometeram crimes políticos. Punibilidade
Extinta. Recursos prejudicados, dada a natureza jurídica da anistia.¹¹⁰

Esse, portanto, era o estado das coisas até que sobreveio o HC 79.785/RJ de relatoria do
ministro Sepúlveda Pertence, que introduziu na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal o
controle de convencionalidade das leis e da própria Constituição, embora ainda dizendo que, no
confronto entre a Constituição e uma Convenção Internacional, deveria prevalecer a primeira,
nestes termos:

RHC 79785 / RJ - RIO DE JANEIRO RECURSO EM HABEAS CORPUS Relator(a):
Min. SEPÚLVEDA PERTENCE Julgamento: 29/03/2000 Órgão Julgador: Tribunal

107 “O **controle internacional de convencionalidade** existe justamente para que se evite uma interpretação
equivocada, que possa levar a violação dos direitos protegidos (...)” (Idem, p. 179, grifo do autor).

108BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 30532 / DF - DISTRITO FEDERAL RECURSO
EXTRAORDINÁRIO Relator(a): Min. CÂNDIDO MOTTA Julgamento: 07/08/1958 Órgão Julgador:
PRIMEIRA TURMA Publicação EMENT VOL-00361-01 PP-00298 DJ 16-10-1958

109BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso em Mandado de Segurança. RMS 12539 / DF - DISTRITO
FEDERAL RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA Relator(a): Min. HAHNEMANN GUIMARAES
Julgamento: 10/08/1964 Órgão Julgador: TRIBUNAL PLENO Publicação O Decreto Legislativo nº 18/1961
dispunha acerca da anistia dos que participaram dos fatos ocorridos no país a partir de 16 de julho de 1934, sendo que
foi alterado pelo Decreto-Lei nº 864/69 (Lei de Segurança Nacional) para excluir certos fatos da concessão de anistia.

110BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Criminal 1373 / RJ - RIO DE JANEIRO RECURSO CRIMINAL
Relator(a): Min. LEITÃO DE ABREU Julgamento: 18/09/1979 Órgão Julgador: Segunda Turma Publicação DJ
19-10-1979 PP-07827 EMENT VOL-01149-01 PP-00061.

I. Duplo grau de jurisdição no Direito brasileiro, à luz da Constituição e da Convenção Americana de Direitos Humanos. 1. Para corresponder à eficácia instrumental que lhe costuma ser atribuída, o duplo grau de jurisdição há de ser concebido, à moda clássica, com seus dois caracteres específicos: a possibilidade de um reexame integral da sentença de primeiro grau e que esse reexame seja confiado à órgão diverso do que a proferiu e de hierarquia superior na ordem judiciária. 2. Com esse sentido próprio - sem concessões que o desnaturem - não é possível, sob as sucessivas Constituições da República, erigir o duplo grau em princípio e garantia constitucional, tantas são as previsões, na própria Lei Fundamental, do julgamento de única instância ordinária, já na área cível, já, particularmente, na área penal. 3. **A situação não se alterou, com a incorporação ao Direito brasileiro da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José), na qual, efetivamente, o art. 8º, 2, h, consagrou, como garantia, ao menos na esfera processual penal, o duplo grau de jurisdição, em sua acepção mais própria: o direito de "toda pessoa acusada de delito", durante o processo, "de recorrer da sentença para juiz ou tribunal superior".** 4. **Prevalência da Constituição, no Direito brasileiro, sobre quaisquer convenções internacionais, incluídas as de proteção aos direitos humanos, que impede, no caso, a pretendida aplicação da norma do Pacto de São José:** motivação. II. A Constituição do Brasil e as convenções internacionais de proteção aos direitos humanos: prevalência da Constituição que afasta a aplicabilidade das cláusulas convencionais antinômicas. 1. Quando a questão - no estágio ainda primitivo de centralização e efetividade da ordem jurídica internacional - é de ser resolvida sob a perspectiva do juiz nacional - que, órgão do Estado, deriva da Constituição sua própria autoridade jurisdicional - não pode ele buscar, senão nessa Constituição mesma, o critério da solução de eventuais antinomias entre normas internas e normas internacionais; o que é bastante a firmar a supremacia sobre as últimas da Constituição, ainda quando esta eventualmente atribua aos tratados a prevalência no conflito: mesmo nessa hipótese, a primazia derivará da Constituição e não de uma apriorística força intrínseca da convenção internacional. 2. Assim como não o afirma em relação às leis, a Constituição não precisou dizer-se sobreposta aos tratados: a hierarquia está ínsita em preceitos inequívocos seus, como os que submetem à aprovação e à promulgação das convenções ao processo legislativo ditado pela Constituição e menos exigente que o das emendas a ela e aquele que, em conseqüência, explicitamente admite o controle da constitucionalidade dos tratados (CF, art. 102, III, b). 3. Alinhar-se ao consenso em torno da estatura infraconstitucional, na ordem positiva brasileira, dos tratados a ela incorporados, não implica assumir compromisso de logo com o entendimento - majoritário em recente decisão do STF (ADInMC 1.480) - que, mesmo em relação às convenções internacionais de proteção de direitos fundamentais, preserva a jurisprudência que a todos equipara hierarquicamente às leis ordinárias. 4. Em relação ao ordenamento pátrio, de qualquer sorte, para dar a eficácia pretendida à cláusula do Pacto de São José, de garantia do duplo grau de jurisdição, não bastaria sequer lhe conceder o poder de aditar a Constituição, acrescentando-lhe limitação oponível à lei como é a tendência do relator: mais que isso, seria necessário emprestar à norma convencional força ab-rogante da Constituição mesma, quando não dinamitadoras do seu sistema, o que não é de admitir.

Com este acórdão o Supremo Tribunal Federal introduz nos seus julgamentos as questões referentes aos Tratados e Convenções Internacionais, confrontando-os com a legislação interna, particularmente a Constituição Federal, havendo, neste julgado, os votos vencidos do ministro Marco Aurélio, que admitia a prevalência da Convenção ao Código de Processo Penal, lei ordinária, portanto, e do ministro Carlos Velloso, que admitia o duplo grau de jurisdição, mas como direito fundamental previsto na própria Constituição, pois a própria Convenção já estaria inserida na Constituição Federal por força do seu art. 5º§2º.

Entretanto, no Recurso Extraordinário nº 466343, cujo relator foi o ministro Cezar

Peluso, já houve uma mudança de orientação jurisprudencial no Tribunal na qual houve prevalência da norma internacional, no caso, o Pacto de São José da Costa Rica, no que se refere à impossibilidade de prisão por dívida, que somente prevê o caso da prisão decorrente de inadimplemento de pensão alimentícia. Veja-se:

RE 466343 / SP - SÃO PAULO RECURSO EXTRAORDINÁRIO Relator(a): Min. CEZAR PELUSO Julgamento: 03/12/2008 Órgão Julgador: Tribunal Pleno
Publicação DJe-104 DIVULG 04-06-2009 PUBLIC 05-06-2009 EMENT VOL-02363-06
PP-01106 RTJ VOL-00210-02 PP-00745 RDECTRAB v. 17, n. 186, 2010, p. 29-165
PRISÃO CIVIL. Depósito. Depositário infiel. Alienação fiduciária. Decretação da medida coercitiva. Inadmissibilidade absoluta. **Insubsistência da previsão constitucional e das normas subalternas. Interpretação do art. 5º, inc. LXVII e §§ 1º, 2º e 3º, da CF, à luz do art. 7º, § 7, da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica). Recurso improvido. Julgamento conjunto do RE nº 349.703 e dos HCs nº 87.585 e nº 92.566. É ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade do depósito.**

(...)

Decisão: Após o voto-vista do Senhor Ministro Celso de Mello, negando provimento ao recurso, pediu vista dos autos o Senhor Ministro Menezes Direito. Ausente, licenciado, o Senhor Ministro Joaquim Barbosa. Presidência da Senhora Ministra Ellen Gracie. Plenário, 12.03.2008. Decisão: O Tribunal, por votação unânime, negou provimento ao recurso, nos termos do voto do Relator. Votou o Presidente, Ministro Gilmar Mendes, em assentada anterior. Ausente, licenciado, o Senhor Ministro Joaquim Barbosa. Plenário, 03.12.2008.¹¹¹(grifo meu)

Depois desta decisão, portanto, esperava-se uma mudança da orientação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal.

No entanto, no mesmo ano de 2008, o Conselho da Ordem dos Advogados do Brasil ingressou com a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, que tomou o nº 153, sendo relator o ministro Eros Grau.

Com esta ação o autor pretendia ver declarada a não recepção pela vigente Constituição Federal do disposto no §1º do art. 1º da Lei nº 6.683/79, de 1979, porque a concessão de anistia a todos que cometeram crimes naquele período estender-se-ia, indevidamente, segundo a visão do autor, aos crimes conexos e aos crimes de qualquer natureza relacionados com crimes políticos ou praticados por motivação política, não sendo recebida pela Constituição Federal, uma vez que ofenderia princípios fundamentais nela inculpidos.

Posteriormente a Associação dos Juízes para a Democracia ingressou na ação como *amicus curiae* e pediu que “com base em seus próprios precedentes, na doutrina, e na legislação material e processual em vigor, a inexistência de conectividade entre delitos praticados pelos agentes repressores do regime militar e os crimes políticos praticados no período, de forma a afastar a incidência do § 1º do artigo 1º da Lei 6.683/79, e que as eventuais situações concretas que

¹¹¹BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 466343/SP. Rel. Min. Cezar Peluso. Julgamento: 03/12/2008. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 23 abr. 2013.

ensejem a aplicação destes dispositivos sejam apuradas singularmente pelos Juízos competentes para a instrução penal” [fl. 149]. Sustenta ainda que a interpretação extensiva da Lei de Anistia caracterizaria expansão da extinção de punibilidade aos agentes do regime militar e legitimaria a autoanistia [fl.160].¹¹²

Ainda ingressaram como *amicus curiae* o Centro pela Justiça e o Direito Internacional – CEJIL e a Associação Democrática e Nacionalista de Militares – ADNAM.

Licenciado, o ministro Joaquim Barbosa, e declarado suspeito o ministro Dias Toffoli, os ministros Eros Grau (relator), Carmem Lúcia, Ellen Garçie, Marco Aurélio, Cezar Peluso, Celso de Mello e Gilmar Mendes votaram pela improcedência do pedido, posto que

(...) É a realidade histórico-social da migração da ditadura para a democracia política, da transição conciliada de 1979, que há de ser ponderada para que possamos discernir o significado da expressão crimes conexos na Lei n. 6.683. É da anistia de então que estamos a cogitar, não da anistia tal e qual uns e outros hoje a concebem, senão qual foi na época conquistada. Exatamente aquela na qual, como afirma inicial, "se procurou" [sic] estender a anistia criminal de natureza política aos agentes do Estado encarregados da repressão. A chamada Lei da anistia veicula uma decisão política assumida naquele momento --- o momento da transição conciliada de 1979 (...) ¹¹³.

Por outro lado, votaram pela procedência parcial os ministros Lewandowski e Carlos Britto.

Como já dissemos, a lei brasileira não deve ser considerada uma autoanistia, isto porque o Congresso Nacional, já plenamente em regime de liberdade, a ratificou por ocasião da promulgação da sobredita emenda. Isto está dito claramente na decisão do Supremo Tribunal Federal, no voto do ministro Eros Grau, que se sagrou vencedor *in verbis*¹¹⁴:

112BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 153. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=612960>>. Acesso em 23 abr. 2013.

113Trecho da decisão do Supremo Tribunal Federal na Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 153, Rel. Min. Eros Grau. *Op. Cit.*

114Trecho da decisão do Supremo Tribunal Federal na Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 153, Rel. Min. Eros Grau. *Op. Cit.* Naquilo que interessa: “(...) 1. Texto normativo e norma jurídica, dimensão textual e dimensão normativa do fenômeno jurídico. O intérprete produz a norma a partir dos textos e da realidade. A interpretação do direito tem caráter constitutivo e consiste na produção, pelo intérprete, a partir de textos normativos e da realidade, de normas jurídicas a serem aplicadas à solução de determinado caso, solução operada mediante a definição de uma norma de decisão. A interpretação/aplicação do direito opera a sua inserção na realidade; realiza a mediação entre o caráter geral do texto normativo e sua aplicação particular; em outros termos, ainda: opera a sua inserção no mundo da vida. 2. O argumento descolado da dignidade da pessoa humana para afirmar a invalidade da conexão criminal que aproveitaria aos agentes políticos que praticaram crimes comuns contra opositores políticos, presos ou não, durante o regime militar, não prospera. 3. Conceito e definição de ‘crime político’ pela Lei n. 6.683/79. São crimes conexos aos crimes políticos ‘os crimes de qualquer natureza relacionados com os crimes políticos ou praticados por motivação política’; podem ser de ‘qualquer natureza’, mas [i] hão de terem estado relacionados com os crimes políticos ou [ii] hão de terem sido praticados por motivação política; são crimes outros que não políticos; são crimes comuns, porém [i] relacionados com os crimes políticos ou [ii] praticados por motivação política. A expressão crimes conexos a crimes políticos conota sentido a ser sindicado no momento histórico da sanção da lei. A chamada Lei de anistia diz com uma conexão *sui generis*, própria ao momento histórico da transição para a democracia. Ignora, no contexto da Lei n. 6.683/79, o sentido ou os sentidos correntes, na doutrina, da chamada conexão criminal; refere o que ‘se procurou’, segundo a inicial, vale dizer, estender a anistia criminal de natureza política aos agentes do Estado encarregados da repressão. 4. A lei estendeu a conexão aos crimes praticados pelos agentes do Estado contra os que lutavam contra o Estado de exceção; daí o caráter bilateral da anistia, ampla e geral, que somente não foi irrestrita porque não abrangia os já condenados --- e com

(...) Retorno ao texto de Nilo Batista, em trecho em que diz da impropriedade de entrever-se autoanistia na lei 6.683.

“Sempre se soube da grande negociação política; hoje se sabe até que houve resistência à lei do ex-presidente General Geisel. Mas se o Congresso Nacional de 1979 pode ser olhado com certas reservas, o de 1985 --- já após eleições diretas para os governos estaduais, já com o país governado por um presidente civil, entre outros indicadores importantes --- por certo não precisava legislar anistia em causa própria; e na mesma emenda na qual era convocada a Assembleia Nacional Constituinte que resultaria na Constituição de 1988, a anistia ascendia à hierarquia constitucional, deixando no degrau de baixo a restrição aos chamados ‘crimes de sangue’, que integrara a lei ordinária, e assim tornando-se penalmente irrestrita...”.

Os votos minoritários foram dos ministros Ricardo Lewandowski e Ayres de Britto, que

sentença transitada em julgado, qual o Supremo assentou --- pela prática de crimes de terrorismo, assalto, seqüestro e atentado pessoal. 5. O significado válido dos textos é variável no tempo e no espaço, histórica e culturalmente. A interpretação do direito não é mera dedução dele, mas sim processo de contínua adaptação de seus textos normativos à realidade e seus conflitos. Mas essa afirmação aplica-se exclusivamente à interpretação das leis dotadas de generalidade e abstração, leis que constituem preceito primário, no sentido de que se impõem por força própria, autônoma. Não àquelas, designadas leis-medida (Massnahmegesetze), que disciplinam diretamente determinados interesses, mostrando-se imediatas e concretas, e consubstanciam, em si mesmas, um ato administrativo especial. No caso das leis-medida interpreta-se, em conjunto com o seu texto, a realidade no e do momento histórico no qual ela foi editada, não a realidade atual. É a realidade histórico-social da migração da ditadura para a democracia política, da transição conciliada de 1979, que há de ser ponderada para que possamos discernir o significado da expressão crimes conexos na Lei n. 6.683. É da anistia de então que estamos a cogitar, não da anistia tal e qual uns e outros hoje a concebem, senão qual foi na época conquistada. Exatamente aquela na qual, como afirma inicial, ‘se procurou’ [sic] estender a anistia criminal de natureza política aos agentes do Estado encarregados da repressão. A chamada Lei da anistia veicula uma decisão política assumida naquele momento --- o momento da transição conciliada de 1979. A Lei n. 6.683 é uma lei-medida, não uma regra para o futuro, dotada de abstração e generalidade. Há de ser interpretada a partir da realidade no momento em que foi conquistada. 6. A Lei n. 6.683/79 precede a Convenção das Nações Unidas contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes --- adotada pela Assembleia Geral em 10 de dezembro de 1984, vigorando desde 26 de junho de 1987 --- e a Lei n. 9.455, de 7 de abril de 1997, que define o crime de tortura; e o preceito veiculado pelo artigo 5º, XLIII da Constituição --- que declara insuscetíveis de graça e anistia a prática da tortura, entre outros crimes --- não alcança, por impossibilidade lógica, anistias anteriormente a sua vigência consumadas. A Constituição não afeta leis-medida que a tenham precedido. 7. No Estado democrático de direito o Poder Judiciário não está autorizado a alterar, a dar outra redação, diversa da nele contemplada, a texto normativo. Pode, a partir dele, produzir distintas normas. Mas nem mesmo o Supremo Tribunal Federal está autorizado a rescrever leis de anistia. 8. Revisão de lei de anistia, se mudanças do tempo e da sociedade a impuserem, haverá --- ou não --- de ser feita pelo Poder Legislativo, não pelo Poder Judiciário. 9. A anistia da lei de 1979 foi reafirmada, no texto da EC 26/85, pelo Poder Constituinte da Constituição de 1988. Daí não ter sentido questionar-se se a anistia, tal como definida pela lei, foi ou não recebida pela Constituição de 1988; a nova Constituição a [re]instaurou em seu ato originário. A Emenda Constitucional n. 26/85 inaugura uma nova ordem constitucional, consubstanciando a ruptura da ordem constitucional que decaiu plenamente no advento da Constituição de 5 de outubro de 1988; consubstancia, nesse sentido, a revolução branca que a esta confere legitimidade. A reafirmação da anistia da lei de 1979 está integrada na nova ordem, compõe-se na origem da nova norma fundamental. De todo modo, se não tivermos o preceito da lei de 1979 como ab-rogado pela nova ordem constitucional, estará a coexistir com o § 1º do artigo 4º da EC 26/85, existirá a par dele [dicação do § 2º do artigo 2º da Lei de Introdução ao Código Civil]. O debate a esse respeito seria, todavia, despiciendo. A uma por que foi mera lei-medida, dotada de efeitos concretos, já exauridos; é lei apenas em sentido formal, não o sendo, contudo, em sentido material. A duas por que o texto de hierarquia constitucional prevalece sobre o infraconstitucional quando ambos coexistam. Afirmada a integração da anistia de 1979 na nova ordem constitucional, sua adequação à Constituição de 1988 resulta inquestionável. A nova ordem compreende não apenas o texto da Constituição nova, mas também a norma-origem. No bojo dessa totalidade --- totalidade que o novo sistema normativo é --- tem-se que ‘[é] concedida, igualmente, anistia aos autores de crimes políticos ou conexos’ praticados no período compreendido entre 02 de setembro de 1961 e 15 de agosto de 1979. Não se pode divisar antinomia de qualquer grandeza entre o preceito veiculado pelo § 1º do artigo 4º da EC 26/85 e a Constituição de 1988. 10. Impõe-se o desembaraço dos mecanismos que ainda dificultam o conhecimento do quanto ocorreu no Brasil durante as décadas sombrias da ditadura.” Disponível em: <www.stf.gov.br>. Acesso em: 23 abr. 2013.

julgaram parcialmente procedentes a Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental, embora por razões diferentes. Eis a conclusão dos votos, a começar pelo Ministro Lewandowski, nestes termos:

“(…) Por todo o exposto, pelo meu voto, julgo procedente em parte a presente ação para dar interpretação conforme ao §1º do art. 1º da Lei nº 6.683/79 de modo a que se entenda que os agentes do Estado não estão automaticamente abrangidos pela anistia contemplada no referido dispositivo legal, devendo o juiz ou tribunal antes de admitir o desencadeamento da persecução penal contra estes, realizar uma abordagem caso a caso (*case by case approach*) mediante a adoção de critérios de preponderância e da atrocidade dos meios, nos moldes da jurisprudência desta Suprema Corte, para o fim de caracterizar o eventual cometimento de crimes comuns com a consequente exclusão da prática de delitos políticos ou ilícitos considerados conexos (…)”

O ministro Ayres de Britto:

(…) Não enxergo na lei de Anistia esse caráter “amplo, geral e irrestrito” que se lhe pretende atribuir. Peço vênia aos que pensam diferentemente. Agora, como a “interpretação conforme à Constituição” cabe sempre que o texto interpretado for polissêmico ou plurisignificativo, desde que um desses significados entre em rota de colisão com o texto constitucional também julgo parcialmente procedente a Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental para, dando-lhe interpretação conforme, excluir do texto interpretado qualquer interpretação que signifique estender a anistia aos crimes previstos no inciso XLII do art. 5º do art. 5º da Constituição Federal. Logo, os crimes hediondos e os que lhe sejam equiparados: homicídio, tortura e estupro, especialmente.¹¹⁵

Mesmos os votos minoritários, não se preocuparam em vislumbrar qualquer menção às Convenções e Tratados Internacionais assinados e ratificados pelo Brasil o que, sem dúvida, reflete, uma certa falta de hábito e até mesmo um certo receio por parte da nossa jurisprudência de diminuir e relativizar a soberania brasileira em prol da Justiça Universal, mesmo que às custas de tornarem impunes os crimes mais bárbaros praticados contra cidadãos brasileiros por agentes estatais que deveriam protegê-los e não eliminá-los, sob a vaga ideia de subversão e inspirados na doutrina de segurança nacional, que enxergava os cidadãos brasileiros ideologicamente à esquerda como inimigos do Estado.

Ora, estamos tratando aqui de Crimes Contra a Humanidade, reprimidos por órgãos internacionais, como se dá, por exemplo, com a Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), responsável pelo julgamento de diversos casos nos quais as autoridades de diferentes Estados americanos foram responsáveis pelas piores atrocidades praticados por agentes do próprio Estado, jurisdição esta a que o Brasil voluntariamente se submeteu ao se tornar membro e signatário da Organização dos Estados Americanos (OEA). Fechar os olhos para este fato de vital importância é deixar de aplicar o próprio direito interno que incorporou os Tratados internacionais.

Estamos aqui de pleno acordo com Cançado Trindade na defesa do ser humano como sujeito central do direito internacional e não mais (ou pelo menos, somente eles) dos Estados:

¹¹⁵Trecho da decisão do Supremo Tribunal Federal na Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 153, Rel. Min. Eros Grau. *Op. Cit.* Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador?docTP=AC&docID=612960>>. Acesso em: 03 mai. 2013.

O ser humano passa a ocupar, em nossos dias, a posição central que lhe corresponde, como *sujeito do direito tanto interno como internacional*, em meio ao processo de *humanização* do Direito Internacional, o qual passa a se ocupar mais diretamente da identificação e realização de valores e metas comuns superiores (TRINDADE, 2006, p. 17).

Há ainda uma outra questão que julgo relevante. Há diferenças, entre a Lei 6.683/79 e a Emenda Constitucional nº 26/85. Vejam-se o comparativo entre os dois textos, naquilo que aqui nos interessa:

TABELA I
Comparação entre os textos da Lei nº 6.683/79 e a Emenda Constitucional nº 26/85

Lei nº 6.683/79	Emenda Constitucional nº 26/85
<p>Art. 1º É concedida anistia a todos aqueles que cometeram crimes políticos ou conexos com estes, crimes eleitorais, aos que tiveram seus direitos políticos suspensos e aos servidores da Administração Direta e Indireta, de fundações vinculadas ao poder público, aos Servidores dos Poderes Legislativo e Judiciário, aos Militares e aos dirigentes e representantes sindicais, punidos com fundamento em Atos Institucionais e Complementares.</p> <p>§ 1º – Consideram-se conexos, para efeito deste artigo, os crimes de qualquer natureza relacionados com crimes políticos ou praticados por motivação política. (grifo meu)</p>	<p>Art. 1º (...)</p> <p>§ 1º É concedida, igualmente, anistia 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.</p>

A diferença, portanto, entre os dois diplomas legislativos está na expressão “(...) ou praticados por motivação política (...)”, presente na lei e ausente na Emenda Constitucional.

Então, se para o Supremo Tribunal Federal é válida a anistia, porque ratificada pela Emenda Constitucional, pelo menos para os crimes *praticados por motivação política (?!)* não houve ratificação¹¹⁶, permanecendo para este tipo de crime a punibilidade, já que para este não fora extinta pela anistia. Não houve, portanto, aqui a legitimação pela Emenda Constitucional, pois quando o Congresso, já livre das amarras da ditadura, resolveu editar a referida Emenda, resolveu não fazê-la em sua totalidade. Esta é, portanto, uma diferença importante, que não pode passar despercebida pelo intérprete constitucional, pois a expressão é tecnicamente errada e não podemos falar em crimes *praticados com motivação política* sem pensar na clássica divisão entre os crimes

¹¹⁶Trecho da decisão do Supremo Tribunal Federal na Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 153, Rel. Min. Eros Grau. *Op. Cit.* Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador?docTP=AC&docID=612960>>: “(...) Eis o que se deu: anistia da lei de 1979 foi reafirmada, no texto da EC 26/85, pelo Poder Constituinte da Constituição de 1988 (...)”. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=612960>>. Acesso em: 03 mai. 2013.

políticos próprios e os relativos ou impróprios¹¹⁷.

Destarte, podemos concluir que o Supremo Tribunal Federal, ao final, julgou válida a lei de anistia, perdendo os crimes políticos ou com motivação política praticados por agentes estatais, sendo que tal decisão não é compatível com a recente jurisprudência do próprio Tribunal, notadamente os Recursos Extraordinários 79785 e 466343, especialmente este último, que julgou válida uma norma internacional em contraposição à norma Constitucional expressa (art. 5º, inciso LXVII da Constituição).

3.2. A JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Apesar de não existir no Direito Interno nenhuma legislação sobre o assunto, podemos encontrar na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal referências a este crime em processos de extradição.

Então analisemos neste tópico a posição do Tribunal sobre a matéria.

O processo nº 974 trata do pedido de extradição formulado pelos Governos da Argentina e do Uruguai em face do cidadão uruguaio Manoel Corde Paicentini ou Manoel Corde Piacentini ou Manoel Cordero, por ter sido responsável pelo desaparecimento de Adalberto Waldemar Soba Fernandez, na Argentina, quando vigorava um regime de exceção naquele país.

Ext. 974 / REPÚBLICA ARGENTINA EXTRADIÇÃO Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO Relator(a) p/ Acórdão: Min. RICARDO LEWANDOWSKI Julgamento: 06/08/2009 Órgão Julgador: Tribunal Pleno Publicação DJe-228 DIVULG 03-12-2009 PUBLIC 04-12-2009 EMENT VOL-02385-01 PP-00001
EXTRADIÇÃO. ARGENTINA. TRATADO BILATERAL. ATENDIMENTO AOS REQUISITOS FORMAIS. ADITAMENTO QUANTO AO CRIME DE SEQUESTRO DE MENOR. DUPLA TIPICIDADE. CONFIGURAÇÃO PARCIAL. PRESCRIÇÃO. INOCORRÊNCIA. PEDIDO EXTRADICIONAL PARCIALMENTE DEFERIDO. I - O Decreto 1.003/89, expedido pelo Governo da Argentina, foi declarado inconstitucional pela Corte Suprema de Justicia de La Nación, em 25/7/2006, razão pela qual não se presta a afastar o exame das condutas supostamente cometidas pelo extraditando. **II - Crime de sequestro de menor que, em tese, subsiste. III - Delito que encontra correspondência no ordenamento jurídico pátrio.** IV - Extradição deferida em parte.¹¹⁸

Forçoso mencionar neste julgado que o ministro Marco Aurélio restou vencido porque entendeu que se dera a morte presumida da vítima, baseando-se neste fato para desclassificar o delito para homicídio – delito de natureza instantânea, que, certamente, estaria alcançada pela prescrição.

¹¹⁷Sobre a diferença entre ambas as categorias, reporto-me ao que foi escrito logo acima.

¹¹⁸BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ext. 974 / REPÚBLICA ARGENTINA EXTRADIÇÃO Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO Relator(a) p/ Acórdão: Min. RICARDO LEWANDOWSKI Julgamento: 06/08/2009 Órgão Julgador: Tribunal Pleno Publicação DJe-228 DIVULG 03-12-2009 PUBLIC 04-12-2009 EMENT VOL-02385-01 PP-00001.

É equívoco pensar que o instituto da morte presumida, previsto nos artigos 6º e 7º do Código Civil¹¹⁹ possa ser utilizado na esfera criminal, já que o artigo 62¹²⁰ do Código de Processo Penal expressamente prevê que o juiz somente declarará a morte à vista da certidão de óbito (JESUS, 2013 e GRECO, 2013)¹²¹, sendo que somente este fato é apto a extinguir a punibilidade, para fins do art. 107, inciso I do Código Penal.

Portanto, não me parece possível desclassificar os atos, objeto do processo, para o delito de homicídio. Permanece, a nosso ver, a classificação para o tipo de sequestro – na falta de um tipo mais específico para o desaparecimento forçado – e as consequências deste fato decorrentes: a natureza permanente do delito.

Outros dois julgados nos chamam a atenção. Veja-se:

Ext. 1150 / REPÚBLICA ARGENTINA EXTRADIÇÃO Relator(a): Min. CÂRMEN LÚCIA Julgamento: 19/05/2011 Órgão Julgador: Tribunal Pleno Publicação DJe-116 DIVULG 16-06-2011 PUBLIC 17-06-2011 EMENT VOL-02546-01 PP-00001 EXTRADIÇÃO INSTRUTÓRIA. PRISÃO PREVENTIVA DECRETADA PELA JUSTIÇA ARGENTINA. TRATADO ESPECÍFICO: REQUISITOS ATENDIDOS. EXTRADITANDO INVESTIGADO PELOS CRIMES DE HOMICÍDIO QUALIFICADO PELA TRAIÇÃO (“HOMICÍDIO AGRAVADO POR ALEIVOSIA E POR EL NUMERO DE PARTICIPES”) E **SEQÜESTRO QUALIFICADO (“DESAPARICIÓN FORZADA DE PERSONAS”)**: DUPLA TIPICIDADE ATENDIDA. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE DOS CRIMES DE HOMICÍDIO PELA PRESCRIÇÃO: **PROCEDÊNCIA. CRIME PERMANENTE DE SEQÜESTRO QUALIFICADO: INEXISTÊNCIA DE PRESCRIÇÃO.** ALEGAÇÕES DE AUSÊNCIA DE DOCUMENTAÇÃO, CRIME MILITAR OU POLÍTICO, TRIBUNAL DE EXCEÇÃO E EVENTUAL INDULTO: IMPROCEDÊNCIA. EXTRADIÇÃO PARCIALMENTE DEFERIDA. 1. O pedido formulado pela República da Argentina atende aos pressupostos necessários ao seu deferimento parcial, nos termos da Lei n. 6.815/80 e do Tratado de Extradção específico. 2. Ressalvada a categórica prescrição dos crimes de homicídio descritos no presente pedido de extradção, o Estado Requerente dispõe de competência jurisdicional para processar e julgar os demais crimes imputados ao Extraditando, que teria sido autor de atos que supostamente configuram **o tipo penal de “desaparecimento forçado de pessoas”**, estando o caso em perfeita consonância com o disposto no art. 78, inc. I, da Lei n. 6.815/80 e com o princípio de direito penal internacional da territorialidade da lei penal. 3. Inexistência de irregularidades formais. 4. Requisito da dupla tipicidade, previsto no art. 77, inc. II, da Lei n. 6.815/1980 satisfeito: fato delituoso imputado ao Extraditando correspondente, no Brasil, ao crime de sequestro qualificado, previsto no art. 148, § 1º, inc. III, do Código Penal. 5. Art. 77, inc. VI, da Lei n. 6.815/80: ocorrência de prescrição da pena referente aos crimes de homicídio qualificado, sob a análise da legislação brasileira. **6. Crime de seqüestro qualificado: de natureza permanente, prazo prescricional começa a fluir a partir da cessação da permanência e não da data do**

119BRASIL. Código Civil. Lei nº 10.406, 10 jan. 2002. “Art. 6º A existência da pessoa natural termina com a morte; presume-se esta, quanto aos ausentes, nos casos em que a lei autoriza a abertura de sucessão definitiva. Art. 7º Pode ser declarada a morte presumida, sem decretação de ausência: I - se for extremamente provável a morte de quem estava em perigo de vida; II - se alguém, desaparecido em campanha ou feito prisioneiro, não for encontrado até dois anos após o término da guerra. Parágrafo único. A declaração da morte presumida, nesses casos, somente poderá ser requerida depois de esgotadas as buscas e averiguações, devendo a sentença fixar a data provável do falecimento.” Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm>. Acesso em 13 abr. 2013.

120Código de Processo Penal, *Op. Cit.* Art. 62. No caso de morte do acusado, o juiz somente à vista da certidão de óbito, e depois de ouvido o Ministério Público, declarará extinta a punibilidade.

121 “A morte do agente deve ser provada por meio de certidão de óbito (CPP, art. 62), não tendo validade a presunção legal do art. 6º do CC.” (GRECO, 2013, p. 254).

início do seqüestro. Precedentes. 7. Extraditando processado por fatos que não constituem crimes políticos e militares, mas comuns. 8. A jurisprudência deste Supremo Tribunal Federal tem reiteradamente assinalado que, na ação de extradição, não se confere ao Supremo Tribunal competência para indagar sobre o mérito da pretensão deduzida pelo Estado requerente ou sobre o contexto probatório em que a postulação extradicional apóia-se. Precedentes. 9. Extraditando que não será julgado por tribunal de exceção, notadamente porque o objetivo do presente pedido extradicional é o processamento e julgamento do Extraditando pelo Poder Judiciário argentino, plenamente capaz de assegurar aos réus, em juízo criminal, a garantia plena de um julgamento imparcial, justo e regular. 10. Extraditando não indultado. 11. Extradicação parcialmente deferida pelos crimes de “desaparecimento forçado de pessoas”, considerada a dupla tipicidade do crime de “seqüestro qualificado”, ressalvado que, na eventual hipótese de condenação do Extraditando pelo desaparecimento ou seqüestro de FERNANDO GABRIEL PIEROLA, JULIO ANDRES PEREIRA, ROBERTO HORACIO YEDRO e REYNALDO AMALIO ZAPATA SOÑEZ, não concorrerá para a pena o eventual fim ou motivo político dos crimes; devendo ser efetuada a detração do tempo de prisão, ao qual foi submetido no Brasil, em razão desse pedido, nem podendo lhe ser aplicada a pena de prisão perpétua. (grifos meus)¹²²

Ext. 1278 / DF - DISTRITO FEDERAL EXTRADIÇÃO Relator(a): Min. GILMAR MENDES Julgamento: 18/09/2012 Órgão Julgador: Segunda Turma Publicação ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-195 DIVULG 03-10-2012 PUBLIC 04-10-2012 Extradicação instrutória. 2. Crimes de tortura, homicídio, seqüestro qualificado e **desaparecimento forçado de pessoas**. 3. Atendimento dos requisitos formais. 4. Dupla tipicidade. Desaparecimento forçado de pessoas. Análise da dupla tipicidade com base no delito de seqüestro. **Entendimento adotado na EXT 974/Argentina**. 5. Prescrição dos crimes de tortura e homicídio, segundo o ordenamento jurídico brasileiro. 6. Pedido de extradição deferido sob a condição de que o Estado requerente assumira, em caráter formal, o compromisso de comutar eventual pena de prisão perpétua em pena privativa de liberdade, com o prazo máximo de 30 anos. 7. Extraditando que responde a processo penal no Brasil por crime diverso daquele que versa o pedido de extradição. 8. Discricionariedade do Chefe do Poder Executivo para ordenar a extradição ainda que haja processo penal instaurado ou mesmo condenação no Brasil (art. 89 da Lei 6.815/1980). 9. **Pedido de extradição deferido parcialmente (somente em relação aos crimes de seqüestro)**. (grifo meu)¹²³

Destarte, o Supremo Tribunal Federal equipara o crime de seqüestro qualificado, previsto no art. 148 §2º do Código Penal, com o crime de desaparecimento forçado para fins de extradição. No entanto, iremos ver que no direito interno, pelo menos no que se refere aos juízes federais e aos Tribunais Federais, o tratamento é bem diverso, não havendo que se falar nesta equiparação.

3.3 A APLICAÇÃO DO ESTATUTO NO DIREITO INTERNO

Podemos traçar mais ou menos nitidamente três trajetórias ou períodos na história jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal, no que se refere à incorporação dos Tratados

122BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Extradicação 1150 / REPÚBLICA ARGENTINA EXTRADIÇÃO Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA Julgamento: 19/05/2011 Órgão Julgador: Tribunal Pleno Publicação DJe-116 DIVULG 16-06-2011 PUBLIC 17-06-2011 EMENT VOL-02546-01 PP-00001.

123BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Extradicação 1278 / DF - DISTRITO FEDERAL EXTRADIÇÃO Relator(a): Min. GILMAR MENDES Julgamento: 18/09/2012 Órgão Julgador: Segunda Turma Publicação ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-195 DIVULG 03-10-2012 PUBLIC 04-10-2012.

Internacionais no direito interno, especialmente no tocante aos tratados internacionais relacionados aos direitos humanos, a saber: a) o primeiro, a partir do julgamento do Recurso Extraordinário nº 80.004¹²⁴, no qual os tratados são equiparados às leis federais, em cuja decisão o Supremo Tribunal Federal aplicou a velha máxima segunda a qual a lei posterior revoga a anterior, se com ela incompatível; b) o segundo período, após o julgamento do HC 72.131-RJ¹²⁵, no qual o Supremo Tribunal Federal decidiu que os tratados internacionais de direitos humanos têm hierarquia supralegal mas infraconstitucional, devendo prevalecer a Constituição Federal no caso de interpretações divergentes, fato este que não se modificou com o julgamento do RE 79.785-RJ¹²⁶ e c) esta situação, no entanto, veio a se alterar com o julgamento do RE 466343¹²⁷, cujo relator, o ministro Cezar Peluso, reconheceu a prevalência das disposições da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, no que dizia respeito à prisão de depositário infiel em contraposição à disposição do art. 5º, inciso LXVII, da Constituição Federal.

Não concordamos inteiramente com Daniel Raizman (2007), quando diz que atualmente

124BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 80004 / SE – Sergipe Recurso Extraordinário Relator(a): Min. Xavier de Albuquerque Julgamento: 01/06/1977 Órgão Julgador: Tribunal Pleno Publicação DJ 29-12-1977 PP-09433 Ement Vol-01083-04 PP-00915 RTJ Vol-00083-03 PP-00809 Ementa Convenção de Genebra, Lei Uniforme sobre Letras de Câmbio e Notas Promissórias – aval apostado a nota promissória não registrada no zo legal – impossibilidade de ser o avalista acionado, mesmo pelas vias ordinária. Validade do Decreto-lei nº 427, de 22.01.1969. Embora a Convenção de genebra que previu uma Lei Uniforme sobre letras de câmbio e notas promissórias tenha aplicabilidade no direito brasileiro, não se sobrepõe às leis do país, disso decorrendo a constitucionalidade e consequente validade do Dec-lei nº 427/69, que instituiu o registro obrigatório da nota promissória em repartição fazendária, sob pena de nulidade do título. Sendo o aval um instituto do direito cambiário, inexistente será ele se reconhecida a nulidade do título cambial a que foi apostado. Recurso Extraordinário conhecido e provido.

125BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas corpus* 72131 / RJ - RIO DE JANEIRO HABEAS CORPUS Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO Relator(a) p/ Acórdão: Min. MOREIRA ALVES Julgamento: 23/11/1995 Órgão Julgador: Tribunal Pleno Publicação DJ 01-08-2003 PP-00103 EMENT VOL-02117-40 PP-08650 EMENTA: "Habeas corpus". Alienação fiduciária em garantia. Prisão civil do devedor como depositário infiel. - Sendo o devedor, na alienação fiduciária em garantia, depositário necessário por força de disposição legal que não desfigura essa caracterização, sua prisão civil, em caso de infidelidade, se enquadra na ressalva contida na parte final do artigo 5º, LXVII, da Constituição de 1988. - Nada interfere na questão do depositário infiel em matéria de alienação fiduciária o disposto no § 7º do artigo 7º da Convenção de San José da Costa Rica. "Habeas corpus" indeferido, cassada a liminar concedida.

126 Naquilo que interessa: RHC 79785 / RJ - RIO DE JANEIRO RECURSO EM HABEAS CORPUS Relator(a): Min. SEPÚLVEDA PERTENCE Julgamento: 29/03/2000 Órgão Julgador: Tribunal Pleno Publicação DJ 22-11-2002 PP-00057 EMENT VOL-02092-02 PP-00280 RTJ VOL-00183-03 PP-01010 “(...) 3. A situação não se alterou, com a incorporação ao Direito brasileiro da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José), na qual, efetivamente, o art. 8º, 2, h, consagrou, como garantia, ao menos na esfera processual penal, o duplo grau de jurisdição, em sua acepção mais própria: o direito de ‘toda pessoa acusada de delito’, durante o processo, ‘de recorrer da sentença para juiz ou tribunal superior’. 4. Prevalência da Constituição, no Direito brasileiro, sobre quaisquer convenções internacionais, incluídas as de proteção aos direitos humanos, que impede, no caso, a pretendida aplicação da norma do Pacto de São José: motivação (...)”

127 Recurso Extraordinário 466343 / SP - SÃO PAULO RECURSO EXTRAORDINÁRIO Relator(a): Min. CEZAR PELUSO Julgamento: 03/12/2008 Órgão Julgador: Tribunal Pleno Publicação DJe-104 DIVULG 04-06-2009 PUBLIC 05-06-2009 EMENT VOL-02363-06 PP-01106 RTJ VOL-00210-02 PP-00745 RDECTRAB v. 17, n. 186, 2010, p. 29-165 EMENTA: PRISÃO CIVIL. Depósito. Depositário infiel. Alienação fiduciária. Decretação da medida coercitiva. Inadmissibilidade absoluta. Insubsistência da previsão constitucional e das normas subalternas. Interpretação do art. 5º, inc. LXVII e §§ 1º, 2º e 3º, da CF, à luz do art. 7º, § 7, da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica). Recurso improvido. Julgamento conjunto do RE nº 349.703 e dos HCs nº 87.585 e nº 92.566. É ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade do depósito.

encontra-se superado o debate entre o monismo e o dualismo¹²⁸, tendo em vista a incorporação dos §§ 3º e 4º do art. 5º da Constituição Federal pela Emenda Constitucional nº 45/04, já que o Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 153, não levou em consideração o controle de convencionalidade. Destarte, pelo menos no Brasil, consideramos que este debate não se encontra inteiramente superado.

Neste passo, é preciso ponderar que, apesar da Constituição ter avançado bastante no que diz respeito à incorporação dos tratados internacionais no direito interno, ainda se adota, a nosso ver, francamente uma posição que privilegia a ordem interna, pelos menos no que diz respeito aos Crimes contra a Humanidade (DOLINGER, 1996)¹²⁹, isto em franca contradição à maioria da doutrina nacional que concede prevalência à ordem internacional, pois o Supremo Tribunal Federal continua a dar prevalência à ordem interna e não há um maior controle de convencionalidade em sua jurisprudência.

Celso Albuquerque D. de Mello ressalta o atraso brasileiro, neste passo, em relação aos demais países latino-americanos:

O atraso brasileiro é monumental, sendo suficiente lembrar que a Constituição do Paraguai admite um “ordenamento jurídico supranacional” e os tratados acima das leis e só tendo acima deles a própria Constituição. A constituição da Argentina após 1994 permite tratados de integração e que deleguem competência e jurisdição a organizações supra-estatais, bem como antes desta data a Corte Suprema de Justiça, já afirmava que os tratados estavam acima da lei interna e não revogados por esta. No Uruguai o tratado é equiparado à lei e o mais recente revoga o anterior (MELLO, 2010, p. 130-131).

Por outro lado, a introdução do §3º no art. 5º da Constituição Federal pela Emenda nº 45/2004 causou uma certa perplexidade na doutrina e na jurisprudência.

Isto porque o §2º do referido dispositivo constitucional já dispunha que os direitos e garantias fundamentais expressos nos incisos do art. 5º não excluía outros decorrentes de tratados e convenções internacionais dos quais o Brasil era signatário.

128Para Kelsen (2009, p. 364): “Toda a evolução técnico-jurídica apontada tem, em última análise, a tendência para fazer desaparecer a linha divisória entre Direito internacional e ordem jurídica do Estado singular (...). A isto se opõe a concepção tradicional que pretende ver no Direito internacional e no Direito de cada Estado dois sistemas de normas diferentes, independentes um dos outro, isolados um em face do outro, porque apoiados em duas normas fundamentais diferentes.” Uma das consequências da teoria do dualismo é a “teoria da incorporação”, segundo a qual “para que uma norma internacional seja aplicada no âmbito interno do Estado, é preciso que este faça primeiro a sua “transformação” em direito interno, incorporando-a ao seu sistema jurídico” (MELLO, 2004, p. 122). No que se refere ao Brasil, especificamente, ainda nos encontramos na fase da teoria do dualismo, pois para que os tratados internacionais se incorporem ao direito interno e, portanto, passem a ter consequências jurídicas é necessário, como vimos, uma série de atos complexos.

129 Este autor, apesar de discorrer sobre a aplicação de tratados comerciais dos quais o Brasil é signatário e não sobre Crimes contra a Humanidade, é uma referência para quem desejar ingressar nas discussões acerca das terias monistas e dualistas. Veja-se trecho do seu excelente artigo: “No Brasil, a maioria dos autores de direito internacional e direito comercial seguem a doutrina do monismo, contra alguns poucos seguidores da teoria dualista. A discussão está concentrada basicamente na literatura de direito internacional, mas alguns autores de direito comercial nela se envolveram por conta das incoerências entre as leis brasileiras sobre letras de crédito, notas promissórias e cheques, e as Convenções de Genebra de 1930/31 sobre estas matérias que o Brasil aprovou (...)” (DOLINGER, 1996, p. 73).

De qualquer maneira, não se alterou a forma pela qual o tratado é recepcionado pelo direito interno.

Cabe a este última celebrar o tratado (art. 84, inciso VIII da Constituição) e enviá-lo para o Congresso Nacional, para que este, em um único turno, o aprove ou rejeite, conforme art. 49, inciso I da Constituição da República, e depois publicá-lo através de Decreto Legislativo. Por último, cabe ainda ao presidente da República a ratificação do mesmo para que o mesmo possa produzir os efeitos jurídicos necessários.

Destarte, pudemos ver que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, apesar de bastante oscilante, já começava a dar sinais de que poderia aceitar a tese da equiparação dos tratados e convenções assinados pelo Brasil à Constituição Federal.

No entanto, o §3º da Constituição criou uma dificuldade a mais para introdução de tratados e convenções no direito interno, qual seja, a aprovação em dois turnos e por três quintos dos membros da casa do Congresso dos diplomas internacionais. Realizada a votação, os tratados restariam recebidos com força de Emenda Constitucional.

Criou-se, destarte, um regime misto no Brasil: o primeiro seria aqueles tratados já ratificados antes da Emenda nº 45/04, que criou o §3º do dispositivo constitucional, e o segundo regime seria os tratados celebrados após a Emenda.

Seguindo o novo trâmite procedimental estabelecido pela Constituição, só existe um tratado atualmente em vigor no Brasil e que foi veiculado por meio do Decreto nº 6.949, de 25 de agosto de 2008, que é a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, celebrado em Nova York em 30 de julho de 2007. Este tratado é recebido como Emenda Constitucional, por força de dispositivo constitucional expreso.

No entanto, criou-se um problema para os tratados celebrados anteriormente à Emenda ou que ainda não passaram pelo trâmite constitucional. Qual a hierarquia que eles ocupam atualmente no nosso sistema jurídico constitucional?

A solução, dada por Flávia Piovesa (2011) parece bastante adequada, pois segundo esta eminente professora há agora dois sistemas no Brasil acerca da hierarquia dos tratados internacionais.

O primeiro se refere àqueles tratados celebrados, publicados e ratificados antes da Emenda Constitucional nº 45/84 ou, caso tenha sido após, não tenham ainda passado pelo novo trâmite constitucional. Para estes, como é o caso do Estatuto de Roma, publicado por meio do Decreto 4.388/2002, continuam a ter força de matéria constitucional, pois o são materialmente constitucionais, por força do §2º da Constituição Federal, mas não se equiparam às Emendas Constitucionais.

Por outro lado, os novos tratados, que se submeteram ao trâmite referido no novo dispositivo constitucional, como aquele já referido acima, passam a ter força de Emenda Constitucional, incorporando-se definitivamente à Constituição Federal e só se modificando por meio de outra Emenda Constitucional. Estes, além de materialmente constitucionais, também são formalmente constitucionais, porque a sua sede se encontra na Constituição.

Este posicionamento parece ter sido reforçado com o julgamento pelo Supremo Tribunal Federal do RE 466643¹³⁰, cujo relator, o ministro Cezar Peluso, julgou válida as disposições do Pacto de San Jose de Costa Rica sobre prisão civil, em franca contradição com o dispositivo constitucional que permitia a prisão civil nestes casos.

Este julgamento, em momento posterior à Emenda nº 45/04 vem reforçar a tese de que os tratados internacionais, mesmo aqueles que não seguiram o trâmite do §3º do art. 5º da Constituição, continuam em vigor e têm hierarquia superior à Constituição Federal.

No que se refere ao crime que ora se trata, não há ainda a efetiva incorporação do Estatuto de Roma no nosso direito interno, haja vista que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, particularmente quando do julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 153, sequer cogitou algum controle de convencionalidade.

Também o Ministério Público Federal, em face da deficiência da legislação penal pátria, tem denunciado casos típicos de desaparecimento forçado como de sequestro qualificado pelo resultado tortura, previsto no art. 148 § 2º do Código Penal¹³¹.

O Ministério Público Federal tem tentado fazer prevalecer as normas internacionais das quais o Brasil é signatário e também o direito consuetudinário internacional no que se refere, principalmente, a questões de anistia e sobre a prescrição de crimes contra a humanidade¹³².

Em março de 1992, a Procuradoria da República no Estado do Rio de Janeiro criou um grupo de trabalho que tinha como principal objetivo a investigação e a denúncia dos crimes cometidos por agentes estatais durante a ditadura brasileira¹³³.

¹³⁰Ver nota 84.

¹³¹Em recente documento originado do Procedimento de Investigação Criminal nº 86/2012 e das peças de Informação nº.s 1.30.001.001134/2012-95; 1-30.001.004827/2012-30 e 1.00.000.017587/2011-00, o Ministério Público Federal por meio da Procuradoria da República no Estado do Rio de Janeiro formulou denúncia com base no art. 148 §2º do Código Penal. Na peça, o Ministério Público Federal imputa a responsabilidade penal em face seis agentes estatais acusados de no dia 16 de janeiro de 1970 terem privado de liberdade, “mediante sequestro cometido no contexto de um ataque estatal sistemático e generalizado contra a população brasileira (...)”.

¹³²BRASIL. Ministério Público Federal. PRISÃO PREVENTIVA PARA EXTRADIÇÃO Nº 696. REQUERENTE: República Argentina. REQUERIDO: Manuel Alfredo Montenegro RELATOR: Ministro Gilmar Mendes. Procurador-Geral da República Rodrigo Janot Monteiro De Barros. 24. Set. 2013. Disponível em: <http://noticias.pgr.mpf.br/noticias/noticias-do-site/copy_of_pdfs/ppe_696.pdf>. Acesso em: 11 nov. 2013. Neste Parecer, o Procurador sustenta que a questão da imprescritibilidade dos crimes contra a humanidade constitui norma de direito internacional prevista na Convenção sobre a Imprescritibilidade dos Crimes contra a Humanidade, sendo norma imperativa de direito internacional, seja principiológica, seja com base no direito consuetudinário.

¹³³BRASIL. Procuradoria da República no Estado do Rio de Janeiro Disponível em: <<http://www.prrj.mpf.br/frontpage/institucional/crimes-da-ditadura>>. Acesso em: 24 set. 2013.

Esta iniciativa rendeu frutos e em 15 de maio de 2013, o Ministério Público ofereceu denúncia contra cinco agentes da ditadura militar responsáveis pelo desaparecimento forçado do jornalista Mario Alves de Souza, militante político, desaparecido em 16 de janeiro de 1970¹³⁴.

Como já foi mencionada acima, a tipificação da conduta como crime de sequestro qualificado apresenta muitos problemas. O principal é o tempo decorrido, pois supor que uma pessoa sequestrada por tanto tempo continua em cativeiro é inimaginável, como, aliás, decidiu o Tribunal Regional Federal da 2ª Região no processo nº 0801434-65.2013.4.02.5101¹³⁵, em sede de recurso ministerial, que rejeitou a denúncia formulada no processo acima mencionado.

Também o Ministério Público Federal, por meio da Procuradoria da República no Estado de São Paulo – SP, ofereceu denúncia na data de 29 de abril de 2013 um coronel reformado do Exército, bem como um delegado aposentado pela ocultação do cadáver de Hiroaki Terigoe, que foi militante da ALN (Aliança Libertadora Nacional) e do Molipo (Movimento de Libertação Popular), bem como participou de ações armadas contra a ditadura¹³⁶.

Portanto, podemos perceber que ainda não há no Brasil uma cultura de prevalência do direito internacional sobre o direito interno, preferindo a jurisprudência fundamentar as suas decisões em autores ainda apegados à velha ideia da soberania absoluta do Estado-nação em detrimento óbvio da ordem internacional.

3.4. O ANTEPROJETO DO CÓDIGO PENAL

Em 2012, foi apresentado ao Senado Federal o Anteprojeto do Código Penal, posteriormente designado como Projeto de Lei do Senado nº 236, que visa, no seu artigo 466, a inserir no âmbito

134BRASIL. Ministério Público Federal – Procuradoria da República no Estado do Rio de Janeiro. Denúncia ditadura Caso Mário Alves: contra Luiz Mário Valle Correia Lima; Luiz Timóteo de Lima; Roberto Augusto de Mattos Duque Estrada; Dulene Aleixo Garcez dos Reis; Valter da Costa Jacarandá. Procedimento de Informações Criminais nº 86/2012; das peças de Informação nº (s) 1.30.001.001134/2012; 1.30.001.004827/2012-30 e 1.00.000.017587/2001-00. Procuradores da República - Antonio do Passo Cabral e Luiz Fernando Voss Chagas Lessa. Rio de Janeiro, 13 maio 2013. Disponível em: <http://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&frm=1&source=web&cd=1&ved=0CCgQFjAA&url=http%3A%2F%2Fwww.prrj.mpf.mp.br%2FInstitucional%2Fmpf-na-capital%2Fatuacao%2Fdenuncias-criminais%2Fdenuncia-contra-agentes-da-ditadura-sequestro-de-mario-alves%2Fat_download%2Fdocumento&ei=oPz8Us-2MNKLkAff7oCYAQ&usg=AFQjCNGB-O21LDCX_nyF3NR_z3ildEKMIQ&bvm=bv.61190604,d.eW0>. Acesso em: 24 set. 2013.

135BRASIL. Tribunal Regional da Segunda Região. Disponível em: <<http://jurisprudencia.trf2.jus.br>>. Acesso em: 15 fev. 2014.

136 BRASIL. Ministério Público Federal - 2ª Câmara de Coordenação e Revisão. Voto nº 1022/2010 - Procedimento MPF Nº 1.00.000.007053/2010-86 e Apenso 1.00.000.0118017/2010-01. Origem: PRR 3ª REGIÃO. Interessados: Procurador Regional da República e Procuradores da República Interessados: Marlon Alberto Weichert, Eugênia Gonzaga Fávero, Kleber Uemura. RELATORA: Mônica Nicida Garcia. Crimes no Brasil durante o Regime Militar por Agentes Públicos contra a População Civil. Dever Estatal de Apurar e Responsabilizar. Disponível em: <http://noticias.pgr.mpf.mp.br/noticias/noticias-do-site/copy_of_pdfs/voto_relatora.pdf>. Acesso em: 15 mai. 2013.

do direito interno o crime de Desaparecimento Forçado de Pessoas. O dispositivo ficou assim redigido:

Art. 466. 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 privada de liberdade ou de seu cadáver, ou deixando a referida pessoa sem amparo legal:

Pena – prisão, de dois a seis 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.

Em comparação com os dois diplomas internacionais que tratam do crime em apreço: o Estatuto de Roma e a Convenção Interamericana sobre o Crime de Desaparecimento Forçado de Pessoas, o primeiro ratificado pelo Brasil e o segundo ainda não,   possível detectar diferenç as que não podem passar despercebidas.

Para isto, vamos passar a um estudo comparativo entre os três diplomas (o Estatuto, a Convenção e o Projeto):

TABELA 2
COMPARAÇÃO ENTRE O ESTATUTO DE ROMA E A CONVENÇÃO INTERAMERICANA SOBRE O CRIME DE DESAPARECIMENTO FORÇADO DE PESSOAS

ESTATUTO DE ROMA	CONVENÇÃO INTERAMERICANA
<p><i>Article 7</i> <i>Crimes against humanity</i> <i>1. For the purpose of this Statute, "crime against humanity" means any of the following acts when committed as part of a widespread or systematic attack directed against any civilian population, with knowledge of the attack:</i> <i>(...)</i> <i>(i) Enforced disappearance of persons</i> <i>2. For the purpose of paragraph 1:</i> <i>(i) "Enforced disappearance of persons" means the arrest, detention or abduction of persons by, or with the authorization, support or acquiescence of, a State or a political organization, followed by a refusal to acknowledge that deprivation of freedom or to give</i></p>	<p style="text-align: center;">Artigo II</p> <p>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 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.</p>

<i>information on the fate or whereabouts of those persons, with the intention of removing them from the protection of those persons, with the intention of removing them from the protection of the law for a prolonged period of time</i>	
---	--

O primeiro ponto que se deve reparar é que no Projeto de lei fala-se em “grupo armado ou paramilitar”, enquanto nos tipos previstos tanto no Estatuto como na Convenção fala-se somente em “prisão, detenção ou privação de pessoas por ou com autorização, apoio ou aquiescência do Estado ou uma organização política” (Estatuto).

Por outro lado, a Convenção dispõe que a privação de liberdade pode ser praticada “por agentes do Estado ou por pessoas ou grupos de pessoas que atuem com autorização, apoio ou consentimento do Estado.”

Preferimos as fórmulas do Estatuto ou da Convenção, porque dispor acerca de “grupos armados ou paramilitares” implica uma limitação do tipo penal, além de uma obrigatória definição do conceito do que significa estas expressões inseridas no tipo legal. Por exemplo, por quantas pessoas devem ser compostas estes grupos? Caso não haja definição, qual definição que o intérprete deve recorrer? A de quadrilha ou bando, prevista no art. 288 do Código Penal? Ou isto seria uma organização criminosa, caso em que se aplicariam as Leis nº 12.694, de 24 de julho de 2012, e 12.850, de 2 de agosto de 2013.

A expressão também é motivo de preocupação de Kai Ambos, quando comenta o art. 149-A introduzido pelo Projeto de Lei nº 245, mas cuja redação é bastante semelhante ao do Anteprojeto, quando diz que ela pode conduzir “uma restrição no tocante ao sujeito ativo do delito, que certamente excluiria determinados casos da órbita do tipo pena” (AMBOS, 2013, p. 46-47).

As demais expressões “ocultando o fato ou negando informação sobre o paradeiro da pessoa privada de liberdade ou de seu cadáver, ou deixando a referida pessoa sem amparo legal” são o especial fim de agir ou elementos subjetivos do tipo.

Segundo Damásio E. de Jesus (1991, p. 241), o “tipo não deixa de ser objetivo quando descreve particularidades e modalidades de conduta”. Portanto, não podemos concordar com Kai Ambos (2013) quando diz que a expressão “ou deixando a referida pessoa sem amparo legal” não poderia ser estabelecida de modo alternativo, pois se tratara de especial fim de agir do agente.

As expressões (“ocultando o fato” e “negando informação sobre o paradeiro da pessoa privada de liberdade ou de seu cadáver”) se referem a um especial fim de agir do agente: ele age *com o fim* de ocultar o fato ou *com o fim* de negar informação sobre o paradeiro das pessoas privadas de liberdade ou de seu cadáver.

4. DA PROPOSTA

4.1. DOS ELEMENTOS DO CRIME DE DESAPARECIMENTO FORÇADO

DA CONDUCTA TÍPICA. No delito de Desaparecimento Forçado de Pessoas existem basicamente três elementos constitutivos da conduta típica, a saber.

O primeiro elemento consiste na *privação de liberdade* da vítima por arresto, detenção, sequestro ou qualquer outro meio¹³⁷; o segundo, na *intervenção direta de agentes estatais ou sua aquiescência* e o terceiro consiste na *negativa de informações*.

Vamos analisar estas expressões à luz da jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Veja-se a caracterização do delito no caso *Gomes Lund vs. Brasil*¹³⁸:

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. Essa caracterização resulta consistente com outras definições contidas em diferentes instrumentos internacionais, que salientam como elementos simultâneos 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 revelar a sorte ou o paradeiro da pessoa implicada.** Em ocasiões anteriores, este Tribunal já salientou que, ademais, a jurisprudência da Corte Europeia de Direitos Humanos, as decisões de diferentes instâncias das Nações Unidas, bem como de vários tribunais constitucionais e outros altos tribunais nacionais dos Estados americanos, coincidem com a caracterização indicada (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2010, grifos meus).

Na verdade, a prática do desaparecimento forçado foi uma constante nos regimes militares de toda a América Latina. Já no caso *Velázquez Rodríguez vs Honduras*¹³⁹, um dos primeiros a

137ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Assembleia Geral. A/RES/43/173. 76th plenary meeting. Body of Principles for the Protection of All Persons under Any Form of Detention or Imprisonment. 9 dez. 1988. A resolução 43/173, da Assembleia Geral da ONU adotada em 9 de dezembro de 1988, consubstanciada por meio do Conjunto de princípios para a Proteção de Todas as Pessoas Sujeitas a Qualquer Forma de Detenção ou Prisão, conceitua o termo *pessoa detida ou pessoa presa como aquela privada de liberdade* de modo que as expressões *detenção, prisão, captura, podem ser consideradas como modalidades de privação de liberdade*, para o fins do presente estudo. Veja-se a terminologia da ONU: Terminologia para efeitos do Conjunto de Princípios: (a) "Captura" designa o ato de deter um indivíduo por suspeita da prática de delito ou em virtude de ato de uma autoridade; (b) "Pessoa detida" designa a pessoa privada da sua liberdade, exceto se o tiver sido em consequência de condenação pela prática de um delito; (c) "Pessoa presa" designa a pessoa privada da sua liberdade em consequência de condenação pela prática de um delito; (d) "Detenção" designa a condição das pessoas detidas nos termos acima referidos; (e) "Prisão" designa a condição das pessoas presas nos termos acima referidos; (f) A expressão "autoridade judiciária ou outra autoridade" designa a autoridade judiciária ou outra autoridade estabelecida nos termos da lei cujo estatuto e mandato ofereçam as mais sólidas garantias de competência, imparcialidade e independência. Conjunto de Princípios para a Proteção de Todas as Pessoas Sujeitas a Qualquer Forma de Detenção ou Prisão. Disponível em: <<http://www.unrol.org/files/2004%20report.pdf>>. Acesso em: 10 nov. 2013.

138CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso *Gomes Lund vs. Brasil*. Op. Cit. Disponível em <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_219_por.pdf>. Acesso em 08 set. 2013.

139CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso *Velásquez Rodríguez vs. Honduras*. Op. Cit. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_04_esp.pdf>. Acesso em: 05 out. 2013.

serem julgados pela Corte, já havia referência ao crime e seus elementos. Veja-se:

155. *La desaparición forzada de seres humanos constituye una violación múltiple y continuada de numerosos derechos reconocidos en la Convención y que los Estados Partes están obligados a respetar y garantizar. El secuestro de la persona es un caso de privación arbitraria de libertad que conculca, además, el derecho del detenido a ser llevado sin demora ante un juez y a interponer los recursos adecuados para controlar la legalidad de su arresto, que infringe el artículo 7 de la Convención que reconoce el derecho a la libertad personal y que en lo pertinente dispone:*

1. *Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales.*
2. *Nadie puede ser privado de su libertad física, salvo por las causas y en las condiciones fijadas de antemano por las Constituciones Políticas de los Estados Partes o por las leyes dictadas conforme a ellas.*
3. *Nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento arbitrarios.*
4. *Toda persona detenida o retenida debe ser informada de las razones de su detención y notificada, sin demora, del cargo o cargos formulados contra ella.*
5. *Toda persona detenida o retenida debe ser llevada, sin demora, ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad, sin perjuicio de que continúe el proceso. Su libertad podrá estar condicionada a garantías que aseguren su comparecencia en el juicio.*
6. *Toda persona privada de libertad tiene derecho a recurrir ante un juez o tribunal competente, a fin de que éste decida, sin demora, sobre la legalidad de su arresto o detención y ordene su libertad si el arresto o la detención fueran ilegales. En los Estados Partes cuyas leyes prevén que toda persona que se viera amenazada de ser privada de su libertad tiene derecho a recurrir a un juez o tribunal competente a fin de que éste decida sobre la legalidad de tal amenaza, dicho recurso no puede ser restringido ni abolido. Los recursos podrán interponerse por sí o por otra persona.*

Destarte, podemos chegar a uma primeira conclusão. O Crime de Desaparecimento Forçado de Pessoas se perfaz com as seguintes condutas típicas: a) a privação de liberdade da vítima, que pode se dar por qualquer modo, sendo possível citar o sequestro, a detenção, a prisão, o arresto como exemplos de meios de se colocar uma pessoa privada de sua liberdade; b) a negativa de fornecer informações aos familiares e às autoridades competentes do paradeiro da vítima; e c) a vedação aos recursos e meios legais para que a vítima possa descobrir a razão da sua detenção ou prisão¹⁴⁰.

Vejam-se outros exemplos que apenas ratificam o que está acima dito:

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.*

71. *La Corte considera demostrada la violación del artículo 4 de la Convención que protege el derecho a la vida, ya que el señor Castillo Páez fue detenido arbitrariamente por agentes de la Policía del Perú; que dicha detención fue negada por las mismas*

140 Ver item 6 da jurisprudência citada por último.

autoridades, las cuales, por el contrario, lo ocultaron para que no fuese localizado, y que desde entonces se desconoce su paradero por lo que se puede concluir que, debido al tiempo transcurrido desde el 21 de octubre de 1990 a la fecha, la víctima ha sido privada de la vida (CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, 1997)¹⁴¹.

DO BEM JURÍDICO PROTEGIDO. Há condutas que ofendem ao mesmo tempo diversos bens jurídicos: são os chamados crimes pluriofensivos. Na classificação de Damásio E. de Jesus (2013), crime pluriofensivo é aquela que atinge ao mesmo tempo vários bens jurídicos.

A noção de bem jurídico aqui é complexa e não se pode confundir com o objeto da ação.

Bem jurídico é o *valor* eleito pelo legislador, mas que foi elevado a uma categoria merecedora de especial proteção pelo Direito Penal. Segundo Luiz Regis Prado,

(...) o bem jurídico se evidencia no plano axiológico, isto é, representa o peculiar ente social de tutela normativa penal (...). A ideia de bem jurídico fundamenta a ilicitude material, ao mesmo tempo em que legitima a intervenção penal legalizada' Destarte, por exemplo, o bem jurídico protegida pela tutela penal do art. 148 do Código Penal (sequestro e cárcere privado) é, principalmente, a liberdade (PRADO, 2013, p. 314).

Para Zaffaroni, o conceito de bem jurídico abrange dois aspectos distintos: o limitador e o legitimante. O primeiro atuaria como um “instrumento de contenção ao juiz, perguntando sobre a lesividade no caso concreto” (ZAFFARONI, 2010, p. 217); já o segundo serviria apenas para legitimar todo e qualquer poder punitivo pelo Estado, pretensamente protegido pela noção de bem jurídico, pois “se uma norma proíbe uma ação que ofende o bem jurídico, é porque o protege (e, portanto, a pena adquire um sentido policial preventivo” (Idem). Assim, para este autor a conduta criminosa deve apresentar um certo grau de lesividade, pois somente desta maneira é que se justificaria a proteção do bem jurídico. O autor fornece exemplificativamente as seguintes condutas que não apresentariam nenhum grau de lesividade e, portanto, não ofenderiam qualquer bem jurídico: perfuração das orelhas de um criança como lesão corporal (art. 129 do CP), subtração de uma caixa de fósforos para acender cigarros (art. 155 do CP), oferta de um livro ao juiz pelo advogado como corrupção (art. 333 do CP).

Já o objeto da ação é o elemento corpóreo¹⁴² protegido pelo tipo penal. Assim, por exemplo, o objeto da ação no crime de sequestro e cárcere privado, previsto no art. 148 do Cód. Penal, é a *pessoa*, representada pela vítima do sequestro.

Para fins do presente trabalho, o que vamos analisar mais de perto é o bem juridicamente protegido pelo tipo legal a ser estudado.

No caso do crime ora em análise, existem diversos bens jurídicos protegidos, cuja conduta contrária apresenta alto grau de lesividade, justificando-se o poder punitivo, seja da Corte

141 Caso *Castillo Páez Vs. Peru*. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_34_esp.pdf>. Acesso em: 05 out. 2013.

142Ver *Op. Cit.* p. 314.

Interamericana, seja do Estado, conforme podemos verificar da análise da jurisprudência da Corte Interamericana:

65. Esta caracterización resulta consistente con otras definiciones contenidas en diferentes instrumentos internacionales que señalan como elementos concurrentes y constitutivos de la desaparición forzada: a) la privación de la libertad; b) la intervención directa de agentes estatales o la aquiescencia de éstos, y c) la negativa de reconocer la detención y de revelar la suerte o el paradero de la persona interesada. Además, la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, las decisiones de diferentes instancias de las Naciones Unidas, al igual que varias Cortes Constitucionales y otros altos tribunales de los Estados americanos, coinciden con la caracterización indicada.¹⁴³

156. Además, el aislamiento prolongado y la incomunicación coactiva a los que se ve sometida la víctima representan, por sí mismos, formas de tratamiento cruel e inhumano, lesivas de la libertad psíquica y moral de la persona y del derecho de todo detenido al respeto debido a la dignidad inherente al ser humano, lo que constituye, por su lado, la violación de las disposiciones del artículo 5 de la Convención que reconocen el derecho a la integridad personal como sigue:

1. Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral.

2. Nadie debe ser sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. Toda persona privada de libertad será tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano.

Por lo demás, las investigaciones que se han verificado donde ha existido la práctica de desapariciones y los testimonios de las víctimas que han recuperado su libertad demuestran que ella incluye el trato despiadado a los detenidos, quienes se ven sometidos a todo tipo de vejámenes, torturas y demás tratamientos crueles, inhumanos y degradantes, en violación también al derecho de la integridad física reconocido en el mismo artículo 5 de la Convención.

157. La práctica de desapariciones, en fin, ha implicado con frecuencia la ejecución de los detenidos, en secreto y sin fórmula de juicio, seguida del ocultamiento del cadáver con el objeto de borrar toda huella material del crimen y de procurar la impunidad de quienes lo cometieron, lo que significa una brutal violación del derecho a la vida, reconocido en el artículo 4 de la Convención cuyo inciso primero reza:

1. Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente.

158. La práctica de desapariciones, a más de violar directamente numerosas disposiciones de la Convención, como las señaladas, significa una ruptura radical de este tratado, en cuanto implica el craso abandono de los valores que emanan de la dignidad humana y de los principios que más profundamente fundamentan el sistema interamericano y la misma Convención. La existencia de esa práctica, además, supone el desconocimiento del deber de organizar el aparato del Estado de modo que se garanticen los derechos reconocidos en la Convención, como se expone a continuación.¹⁴⁴

Por esta jurisprudência podemos verificar que são bens juridicamente ofendidos, de acordo com a Convenção Interamericana de Direitos Humanos, os seguintes¹⁴⁵: a) direito à vida (art.4º, da

143CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso *Ibsen Peña*. Disponível em: <www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_217_esp1.pdf>. Acesso em: 05 out. 2013.

144CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso *Gelmán Vs. Uruguai*. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_221_esp1.pdf>. Acesso em 05 out. 2013.

145CONVENÇÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. “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. (...) 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. (...) 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 previamente fixadas pelas Constituições políticas dos Estados-partes ou pelas leis de acordo com elas

Convenção Interamericana); b) direito à integridade pessoal (art. 5º), neste dispositivo incluído a integridade física e psicológica, o que inclui o banimento da tortura; c) direito à liberdade pessoal (art. 7º); d) direito à segurança jurídica com os meios e os recursos que as respectivas legislações nacionais elencam, neste incluído o direito de ser levado a uma autoridade competente, bem como o direito aos recursos (art. 7º, itens 4, 5, 6 e 7); e e) direito às garantias judiciais, como corolário do anterior. Este item inclui a garantia de um devido processo judicial a ser concluído em um prazo razoável, com ampla defesa e contraditório, com assistência de um advogado habilitado (art. 8º).

Assim, a proteção conferida pela Convenção visa a, mais do que tudo, valorizar a dignidade da pessoa humana, alçando-a como sujeito de direitos, com a dignidade que lhe é inerente para que não exista mais subserviência a regimes de força e arbitrariedade, o que as transformaria em simples objeto de poder (Raizman, 2007).

SUJEITO ATIVO E SUJEITO PASSIVO. Não é toda e qualquer pessoa que pode ser sujeito ativo do delito de Desaparecimento Forçado.

O sujeito ativo deve ostentar uma qualidade especial, qual seja, de representante do Estado ou, pelo menos, que aja com sua autorização ou aquiescência. Esta condição, portanto, é imprescindível.

Segundo a classificação doutrinária de Damásio E. de Jesus (2010), o crime se classifica

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 preveem 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. Artigo 8º - Garantias judiciais 1. Toda pessoa terá o direito de ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou Tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou na determinação de seus direitos e obrigações de caráter civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza. 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: a) direito do acusado de ser assistido gratuitamente por um tradutor ou intérprete, caso não compreenda ou não fale a língua do juízo ou tribunal; b) comunicação prévia e pormenorizada ao acusado da acusação formulada; c) concessão ao acusado do tempo e dos meios necessários à preparação de sua defesa; d) direito do acusado de defender-se pessoalmente ou de ser assistido por um defensor de sua escolha e de comunicar-se, livremente e em particular, com seu defensor; e) direito irrenunciável de ser assistido por um defensor proporcionado pelo Estado, remunerado ou não, segundo a legislação interna, se o acusado não se defender ele próprio, nem nomear defensor dentro do prazo estabelecido pela lei; f) direito da defesa de inquirir as testemunhas presentes no Tribunal e de obter o comparecimento, como testemunhas ou peritos, de outras pessoas que possam lançar luz sobre os fatos; g) direito de não ser obrigada a depor contra si mesma, nem a confessar-se culpada; e h) direito de recorrer da sentença a juiz ou tribunal superior.” Disponível em: <http://www.oas.org/dil/esp/tratados_B-32_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos_firmas.htm>. Acesso em: 09 nov. 2013.

como crime próprio, isto é, aquele que só pode ser cometido por uma determinada classe de pessoas. No caso, aquele agente investido de autoridade pública.

Segundo o Estatuto de Roma, o crime também pode ser praticado por uma organização política. Segundo Kai Ambos (A Parte Geral do Direito Penal Internacional. São Paulo: ed. RT, 2008) a previsão de uma organização política ampliaria bastante o rol de sujeitos ativos do delito, podendo se estender para associações tipo agrupamentos políticos rebeldes, terroristas, guerrilheiros dentre outros (JESUS, 2010).

Concordamos com o autor quando se diz que o rol de sujeitos ativos restaria bastante ampliado diante dos termos enfáticos da legislação de regência.

Entretanto, cremos que para que as *organizações políticas* possam ostentar a qualidade de sujeito ativo, hão de se revestir de certas características especiais.

Não é toda e qualquer *organização política* que pode ser sujeito ativo do delito, mas tão somente aquelas que ostentam um caráter paraestatal ou que controle, por exemplo, parte do território nacional e que mantenham, mesmo que de fato, um certo controle sobre a estrutura administrativa do Estado controlado, podendo impor suas próprias leis e tribunais.

Este foi o caso, por exemplo, do território da Líbia que, durante muito tempo, ficou sob o controle de um Governo de fato, representado por rebeldes contrário ao regime do coronel Kadafi. Não é necessário o reconhecimento internacional do novo governo, bastando que seja um governo de fato, com possibilidade de controle do território ou parte dele e que imponha suas próprias leis e tribunais.

Diferente, no entanto, é a situação do sujeito passivo do delito que pode ser qualquer pessoa, não havendo necessidade de se revestir de alguma característica especial.

No entanto, aqui algumas considerações são necessárias.

O sujeito passivo principal é a *vítima direta* do delito, ou seja, o *desaparecido*. Entretanto, não é só ele, pois analisando a jurisprudência da Corte Interamericana, facilmente chegaremos à conclusão que também são sujeitos passivos do delito os parentes e familiares da vítima, já que também sofrem as consequências do delito, têm direito de conhecer o paradeiro de seus entes queridos e são beneficiados com indenizações. Veja-se o caso brasileiro:

239. No presente caso, a violação do direito à integridade pessoal dos mencionados familiares das vítimas verificou-se em virtude do impacto provocado neles e no seio familiar, em função do desaparecimento forçado de seus entes queridos, da falta de esclarecimento das circunstâncias de sua morte, do desconhecimento de seu paradeiro final e da impossibilidade de dar a seus restos o devido sepultamento. A esse respeito, o perito Endo indicou que “uma das situações que condensa grande parte do sofrimento de décadas é a ausência de sepultamento, o desaparecimento dos corpos [...] e a indisposição dos governos sucessivos na busca dos restos mortais dos de seus familiares”, o que “perpetua a

lembança do desaparecido [e] dificulta o desligamento psíquico entre ele e os familiares que ainda vivem”, impedindo o encerramento de um ciclo.

240. A esse respeito, a Corte lembra que, conforme sua jurisprudência, a privação do acesso à verdade dos fatos sobre o destino de um desaparecido constitui uma forma de tratamento cruel e desumano para os familiares próximos. Ademais, o Tribunal estabeleceu que o esclarecimento do paradeiro final da vítima desaparecida permite aos familiares aliviar a angústia e o sofrimento causados pela incerteza a respeito do destino do familiar desaparecido.

241. Adicionalmente, a Corte considera que a violação do direito à integridade dos familiares das vítimas se deve também à falta de investigações efetivas para o esclarecimento dos fatos, à falta de iniciativas para sancionar os responsáveis, à falta de informação a respeito dos fatos e, em geral, a respeito da impunidade em que permanece o caso, que neles provocou sentimentos de frustração, impotência e angústia. 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 consequência direta desse fenômeno que lhes causa um grave sofrimento, o qual pode aumentar, entre outros fatores, em razão da constante negativa por parte das autoridades estatais de prestar informação acerca do paradeiro das vítimas ou de iniciar uma investigação eficaz para lograr o esclarecimento do ocorrido¹⁴⁶.

Veja-se também o Caso *Bámaca Velásquez vs Guatemala*:

164. En el mismo sentido, el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, de acuerdo con el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, ha afirmado que los familiares de detenidos desaparecidos deben ser considerados como víctimas, entre otras violaciones, por malos tratos. El Comité de Derechos Humanos, en el caso Quinteros c. Uruguay (1983), ya ha señalado que :

comprend[ía] el profundo pesar y la angustia que padec[ió] la autora de la comunicación como consecuencia de la desaparición de su hija y la continua incertidumbre sobre su suerte y su paradero. La autora tiene derecho a saber lo que ha sucedido a su hija. En ese sentido es también una víctima de las violaciones del Pacto [Internacional de Derechos Civiles y Políticos], en particular del artículo 7 [correspondiente al artículo 5 de la Convención Americana], soportadas por su hija¹⁴⁷.

Segundo Kai Ambos (2013) a partir do caso acima mencionado, a Corte identificou uma outra categoria de vítima (*nível coletivo*), ou seja, a sociedade, que deve ter direito à verdade sobre os desaparecidos políticos (JESUS, 2010):

197. En sus alegatos finales, la Comisión aseguró que, como consecuencia de la desaparición de Bámaca Velásquez, el Estado violó el derecho a la verdad de los familiares de la víctima y de la sociedad en su conjunto. Al respecto, la Comisión afirmó que el derecho a la verdad tiene un carácter colectivo, que conlleva el derecho de la sociedad a “tener acceso a información esencial para el desarrollo de los sistemas democráticos”, y un carácter particular, como derecho de los familiares de (arts. 27.2, 25.1 y 7.6 Convención Americana sobre Derechos Humanos).¹⁴⁸ (grifos meus)

Concluindo este tópico, pode-se dizer que se trata de crime próprio, só podendo ser praticado por uma categoria especial de sujeito ativo.

¹⁴⁶ Caso *Gomes Lund vs. Brasil*. *Op.Cit.* Acesso em: 03 dez. 2013.

¹⁴⁷CORTE INTERAMERICANA DE DEREITOS HUMANOS. Caso *Bámaca Velásquez VS. Guatemala*. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_70_esp.pdf>. Acesso em: 05 out. 2013.

¹⁴⁸AMBOS, Kai. Desaparecimento Forçado de Pessoas, Ob. Cit. Item 107, par. 197; ver também Caso *Godínez Cruz*,, pár. 71, sentença de 20 de janeiro de 1989, série C, nº 5; Caso *Fairén Garbí y Solís Corrales*, pár. 93, sentença de 15 de março de 1989, série C, nº 6.

Quanto ao sujeito passivo teremos três níveis ou categorias de vítimas: a) a vítima direta e aquela que sofreu diretamente os fatos; b) os familiares das vítimas, que ficaram impossibilitados de se comunicar com o seu ente querido; e c) a sociedade, que tem direito de saber a verdade dos fatos.

*CONSUMAÇÃO E TENTATIVA.*¹⁴⁹ Conforme o art. 14, inciso I do Código Penal, diz-se “consumado, quando nele se reúnem todos os elementos de sua definição legal.”

Destarte, para que se consume o Crime de Desaparecimento Forçado, necessário se faz que os autores realizem os atos de privação de liberdade da vítima por meio da detenção, do sequestro, da prisão ou de outra qualquer modalidade prevista no tipo legal. A consumação se protraí no tempo e somente cessa no momento em que a vítima tiver sua liberdade restituída.

A tentativa aqui, como no crime de sequestro, previsto no Código Penal, é perfeitamente admissível, já que o crime é material, ou seja, admite resultado com a modificação do mundo externo (CAPEZ, 2003; JESUS, 2010).

PRESCRIÇÃO. Caso fossem aplicadas as respectivas legislações nacionais, vários crimes ocorridos durante os regimes militares da região já estariam prescritos, haja vista as disposições referentes à prescrição no Brasil¹⁵⁰ e legislação correspondente na Argentina¹⁵¹ e no Uruguai, por exemplo¹⁵². No entanto, é preciso considerar vários fatores antes de se concluir apressadamente em favor da prescrição.

Em relação aos diplomas internacionais, deve-se lembrar, não só do Estatuto de Roma

149Estamos tratando aqui do direito interno, posto que o tipo proposto integrará a legislação interna, por isso a referência ao Código Penal. A tentativa, no entanto, no âmbito do direito internacional tem um tratamento um pouco diferenciado, aliás como alguns outros institutos jurídicos, como, por exemplo, o princípio da legalidade. “O ETPI [Estatuto do Tribunal Penal Internacional] uniu estas formulações em uma solução mista franco-estadunidense na proposição 1 do art. 25 (3)(f) – ‘atos que suponham um passo importante para a execução’; ‘*action that commences its execution by means of a substantial step*’” (AMBOS, 2008, p. 388).

150 Veja-se art. 109 e segs do Código Penal

151 ARGENTINA. Código Penal de La Nación Argentina. Ley 11.179: artículo 62.- *La acción penal se prescribirá durante el tiempo fijado a continuación: 1º. A los quince años, cuando se tratare de delitos cuya pena fuere la de reclusión o prisión perpetua; 2º. Después de transcurrido el máximo de duración de la pena señalada para el delito, si se tratare de hechos reprimidos con reclusión o prisión, no pudiendo, en ningún caso, el término de la prescripción exceder de doce años ni bajar de dos años; 3º. A los cinco años, cuando se tratare de un hecho reprimido únicamente con inhabilitación perpetua; 4º. Al año, cuando se tratare de un hecho reprimido únicamente con inhabilitación temporal; 5º. A los dos años, cuando se tratare de hechos reprimidos con multa.* Disponível em: <http://www.codigopenalonline.com.ar/codigo_penal_argentino_extincion_de_penas.html>. Acesso em: 12 abr. 2013.

152URUGUAY. Código Penal. Ley 9.155. Art. 117. *(Del término de la prescripción de los delitos) Los delitos prescriben : Hechos que se castigan con pena de penitenciaría: Si el máximo fijado por la ley es mayor de veinte años, hasta los treinta años, a los veinte años. Si el máximo es mayor de diez, hasta los veinte, a los quince años. Si el máximo es mayor de dos, hasta los diez, a los diez años. Hechos que se castigan con pena de inhabilitación absoluta para cargos, oficios públicos y derechos políticos, prisión o multa, a los cuatro años. Hechos que se castigan con inhabilitación especial para cargos, oficios públicos, profesiones académicas, comerciales o industriales, y sus pensión de cargos u oficios públicos, a los dos años. Cuando hubiera comenzado a correr la prescripción del delito existiendo acusación o sentencia condenatoria no ejecutoriada, será la pena pedida o la impuesta en el fallo, en su caso, la que se tendrá en cuenta para la aplicación de las reglas que preceden. Las disposiciones que anteceden no se aplican a los casos en que procede la adopción de medidas de seguridad, respecto de tales medidas, ni a los delitos en que por la ley, se fijan términos especiales de prescripción.* Disponível em: <<http://www.parlamento.gub.uy/Codigos/CodigoPenal/11t8.htm>>. Acesso em: 12 abr. 2013.

que, em seu art 29, considera os crimes punidos pelo Estatuto como imprescritíveis, mas também a Convenção Interamericana para a Proteção de Todas as Pessoas contra o Desaparecimento Forçado, já referida acima, e a Convenção sobre a Imprescritibilidade de Crimes de Guerra e Crimes contra a Humanidade¹⁵³, em 26 de novembro de 1968.

O problema que se apresenta aqui é que no Brasil, como se sabe, os crimes são, via de regra, prescritíveis¹⁵⁴, com exceção do crime de racismo¹⁵⁵, bem como a ação de grupos armados civis ou militares contra a ordem constitucional e o Estado democrático de Direito¹⁵⁶. Não há, portanto, nenhuma previsão, no direito interno, acerca da imprescritibilidade dos crimes de guerra e contra a humanidade, havendo necessidade de se recorrer aos tratados e costumes internacionais para a aplicação, com todas as dificuldades daí decorrentes¹⁵⁷.

Ora, o Estado tem o direito de punir o responsável por delitos durante um certo tempo. Passado este lapso de tempo, seja porque o Estado não descobriu provas suficientes, seja porque permaneceu inerte, desaparece por parte deste o seu direito de punir. No entanto, há certos crimes que o legislador, por uma questão mesmo de política criminal, considera tão graves e que ofendem tão fortemente a ordem jurídica de uma sociedade que torna o crime imprescritível, isto é, o direito de punir do Estado torna-se eterno e a qualquer tempo o agente poderá ser punido. No direito interno temos como únicos exemplos, o crime de racismo, previsto no art. 5º, inciso XLII, e o atentado contra a ordem constitucional e o Estado Democrático, previsto no mesmo dispositivo, inciso XLIV, da Constituição Federal. Internacionalmente, no entanto, o Brasil se obrigou a punir determinados delitos, entre eles o que é aqui estudado, por meio da ratificação de diversos tratados, inclusive a Convenção Interamericana de Direitos Humanos ou Pacto de São José da Costa Rica e o Estatuto de Roma. Neste caso, a comunidade internacional reputa estes tipos de crimes tão graves que ofendem de maneira tão forte a consciência e o espírito humano que os tornou imprescritíveis.

A Carta das Nações Unidas, a qual tem em seu anexo o Estatuto da Corte Internacional de Justiça, prevê no art. 38 do Estatuto¹⁵⁸ que a Corte julgará seus casos tendo em vista as convenções e

153 “ARTIGO 1º São imprescritíveis, independentemente da data em que tenham sido cometidos, os seguintes crimes: Os crimes de guerra, como tal definidos no Estatuto do Tribunal Militar Internacional de Nuremberg de 8 de agosto de 1945 e confirmados pelas resoluções nº3 (I) e 95 (i) da Assembléia Geral das Nações Unidas, de 13 de fevereiro de 1946 e 11 de dezembro de 1946, nomeadamente as ‘infrações graves’ enumeradas na Convenção de Genebra de 12 de agosto de 1949 para a proteção às vítimas da guerra; Os crimes contra a humanidade, sejam cometidos em tempo de guerra ou em tempo de paz, como tal definidos no Estatuto do Tribunal Militar Internacional de Nuremberg de 8 de agosto de 1945 e confirmados pelas resoluções nº3 (I) e 95 (i) da Assembléia Geral das Nações Unidas, de 13 de fevereiro de 1946 e 11 de dezembro de 1946; a evicção por um ataque armado; a ocupação; os atos desumanos resultantes da política de ‘apartheid’; e ainda o crime de genocídio, como tal definido na Convenção de 1948 para a prevenção e repressão do crime de genocídio, ainda que estes atos não constituam violação do direito interno do país onde foram cometidos.”

154 *Op. Cit.* Art. 107, inciso III do Cód. Penal

155 *Op. Cit.* Art. 5º, inciso LXII da Const. Fed.

156 *Op. Cit.* Art. 5º, inciso LXIV da Const. Fed.

157 Sobre a matéria, veja-se o item 3.2 deste trabalho.

158 CARTA DAS NAÇÕES UNIDAS. Estatuto da Corte Internacional de Justiça. Art. 38.1. *The Court, whose function*

tratados internacionais, o costume internacional, os princípios gerais do direito e as decisões judiciais dos órgãos internacionais, sendo estes incisos as fontes do direito internacional e, como tais, aceitas pelos Estados signatários.

Ora, se são fontes do direito internacional, nelas devendo os Estados buscar o fundamento do Direito, sendo os tratados internacionais aceitos pelos Estados signatários, sendo o Brasil signatário da Carta das Nações Unidas e também da Convenção Americana, deve aceitar suas decisões em todos os seus aspectos, inclusive aquelas que eventualmente conflitem com o seu direito interno, como a questão da imprescritibilidade dos Crimes contra a Humanidade.

Por outro lado, o crime aqui é permanente¹⁵⁹, ou seja, a sua consumação se estende para o futuro até que cesse o estado de permanência, e o momento de cessação é aquele em que a vítima é posta em liberdade. Destarte, é possível que o delito seja denunciado pelos órgãos competentes, mesmo tendo passado várias décadas da sua consumação, desde que não se saiba do paradeiro da vítima. Neste ponto estamos parcialmente de acordo com a tese do Ministério Público Federal, que tem denunciado os crimes cometidos na época da ditadura no Brasil e cujos efeitos perduram até hoje, haja vista não ter cessado a permanência¹⁶⁰.

Destarte, aceitando a jurisdição daquela Corte Internacional, ratificado o Estatuto de Roma, publicado o Decreto de reconhecimento, forçoso reconhecer que o Brasil admitiu mais uma categoria de crimes imprescritíveis, além daqueles previstos na Constituição Federal¹⁶¹.

Na verdade, uma vez que o Brasil, reconhecendo a jurisdição da Corte Penal Internacional, ratificou o Estatuto, o país cedeu uma parte de sua soberania para o Tribunal, ou seja, permitiu que

is to decide in accordance with international law such disputes as are submitted to it, shall apply: a. international conventions, whether general or particular, establishing rules expressly recognized by the contesting states; b. international custom, as evidence of a general practice accepted as law; c. the general principles of law recognized by civilized nations; d. subject to the provisions of Article 59, judicial decisions and the teachings of the most highly qualified publicists of the various nations, as subsidiary means for the determination of rules of law. 2. This provision shall not prejudice the power of the Court to decide a case ex aequo et bono, if the parties agree thereto. Disponível em: <http://www.icj-cij.org/documents/index.php?p1=4&p2=2&p3=0#CHAPTER_II>. Acesso em: 05 ago. 2013.

159Este posicionando é pacífico tanto na jurisprudência – veja-se, por exemplo, a jurisprudência da Corte Interamericana de Direito Humanos, mencionada sempre ao longo do presente trabalho, como, por exemplo, o caso Gomes Lund, no qual o Brasil foi condenado dentre outros citados em seu repertório jurisprudencial – e na doutrina, por exemplo, Kai Ambos (2013).

160É importante que se diga que não concordamos aqui com a total equivalência do crime de sequestro com o do crime de desaparecimento forçado, mas apenas com um dos seus efeitos, isto é, a permanência. O crime de desaparecimento forçado tem particularidades que o sequestro não tem. Para começar, o sequestro é uma das modalidades pela qual se pode cometer o crime de desaparecimento forçado e, além disto, este exige um especial fim de agir que é justamente a finalidade de impedir que a vítima tenha qualquer contato com os seus familiares e parentes (negativa de informações), bem como possa levar o seu caso a alguma autoridade competente, sendo esta característica totalmente estranha ao delito do art. 148 do Código Penal. Arrisca-se o Ministério Público Federal a decisões como a do Tribunal Regional Federal da 2ª Região, que decidiu que o tempo decorrido desde a privação de liberdade da vítima é um impeditivo para o reconhecimento do delito de sequestro, como comentado no item 158. Achamos que a melhor solução, ante a ausência de um tipo mais adequado, seria a denúncia por crime de “destruição, subtração ou ocultação de cadáver”, previsto no art. 211, do Código Penal, nestes termos: “Destruir, subtrair ou ocultar cadáver ou parte dele: pena – reclusão, de (um) a 3 (três) anos, e multa”, cuja natureza também é de crime permanente. Veja-se TJSP, HC, Rel. Onei Raphael, RT 610, p. 338.

161Op. Cit. Art. 5º, incisos XLII e XLIV da Constituição Federal.

os cidadãos, mesmo os nacionais (PEREIRA, 2005), fossem julgados por uma Corte Internacional.

Uma vez que o país aceitou a jurisdição da Corte, também aceitou as suas consequências. Uma delas – talvez a mais importante – é a aplicação no direito interno de suas disposições. É necessário que tanto o Ministério Público como o Poder Judiciário estejam preparados para agir de acordo com este diploma internacional, e não vinculados a uma velha e ultrapassada ideia de soberania absoluta do Estado.

DO ELEMENTO SUBJETIVO. O elemento subjetivo do Crime de Desaparecimento Forçado é o dolo (ZAFFARONI, E. Raúl *et al*, 2010)¹⁶², ou seja, a vontade livre e consciente do agente em desaparecer com a vítima por meio de uma das condutas elencadas no tipo legal¹⁶³. Aqui não se cogita da modalidade culposa.

O elemento subjetivo aqui tanto pode ser o *dolo direto* como o *dolo eventual*. Não podemos esquecer que o Crime de Desaparecimento Forçado é um crime contra a humanidade, e os elementos que fazem parte deste tipo de crime devem ser levados em consideração para se aferir o aspecto subjetivo do delito: para que haja o dolo, o autor deve conhecer que sua conduta faz parte de um contexto mais geral e que implica em um ataque generalizado ou sistemático contra a população civil, aliás, como já ressaltado anteriormente¹⁶⁴.

Não se pune o delito a título de culpa.

O delito em questão apresenta um *especial fim de agir*, qual seja, o agente tem que agir com o fim de *negar informações à vítima e sobre a vítima e/ou se negar a apresentá-la à autoridade competente para informar sobre a sua detenção*.

Destarte, o tipo só estará completo, e, portanto, ao agente só poderá ser imputado o delito de Desaparecimento Forçado, se todos os elementos do tipo concorrerem, isto é, o dolo de desaparecimento da vítima aliado ao especial fim de agir, consistente na negativa de informação e

162 “Dolo é a vontade de realizar o tipo, guiada pelo conhecimento dos elementos do tipo objetivo necessários para a sua configuração. No dolo, este conhecimento é sempre sistemático (incluindo os elementos normativos de recorte ou normativo-valorativos) e também os elementos imputativos do tipo objetivo conglobante (...). Cumpre o dolo sua função redutora como uma das duas únicas pautas alternativas de imputação subjetiva (outra é a culpa) que interdita a mera responsabilidade objetiva ou pelo resultado, excluindo toda vigência *versari in re illicita*” (Idem, p. 270).

163 Estatuto de Roma. *Op. Cit.* Artigo 30 do Estatuto Elementos Psicológicos “1. Salvo disposição em contrário, nenhuma pessoa poderá ser criminalmente responsável e punida por um crime da competência do Tribunal, a menos que atue com vontade de o cometer e conhecimento dos seus elementos materiais. 2. Para os efeitos do presente artigo, entende-se que atua intencionalmente quem: a) Relativamente a uma conduta, se propuser adotá-la; b) Relativamente a um efeito do crime, se propuser causá-lo ou estiver ciente de que ele terá lugar em uma ordem normal dos acontecimentos. 3. Nos termos do presente artigo, entende-se por “conhecimento” a consciência de que existe uma circunstância ou de que um efeito irá ter lugar, em uma ordem normal dos acontecimentos. As expressões ‘ter conhecimento’ e ‘com conhecimento’ deverão ser entendidas em conformidade.”

164 “O art. 7 pressupõe que as ações individuais sejam realizadas ‘como parte de um ataque generalizado ou sistemático contra uma população civil’ (*as parte of widespread or systematic attack directed against any civilian population*). (...) Com outras palavras: sua ação é posta em um determinado contexto de comissão, que a converte em um crime contra a humanidade (o chamado elemento internacional). Por conseguinte, o dolo deve se referir também a isto e, por certo, de acordo com o art. 30 (3): o autor deve conhecer este contexto de comissão e, desse modo, também o ataque.” (AMBOS, 2008, p. 464-465).

ocultação da mesma. Caso contrário, outro crime poderá ser cometido, mas não o que está em questão.

4.2. DO TIPO LEGAL

Após estes comentários, podemos nos sentir mais à vontade para sugerir um tipo legal referente ao Crime de Desaparecimento Forçado.

Apesar do Anteprojeto do Código Penal prever este crime em seu artigo 466 e o mesmo estar em vias de aprovação, achamos que o mesmo pode ser modificado em alguns pontos, visando melhorar a sua redação e seu âmbito de abrangência.

É claro que o âmbito de abrangência de um possível crime de desaparecimento forçado a ser aprovado para o nosso direito interno vai ter uma séria limitação temporal quanto aos crimes praticados durante a ditadura militar, que é a própria inexistência do tipo legal na época, pois o princípio do *nullo crimen sine lege* (princípio da anterioridade penal) impede a sua aplicação para as condutas ocorridas naquele período de tempo.

Vejamos então a nossa proposta:

DESAPARECIMENTO FORÇADO DE PESSOAS

Privar uma pessoa de sua liberdade, por qualquer meio, tais como prisão, detenção ou sequestro, em nome do Estado ou com sua aquiescência, consentimento ou autorização, no curso de um ataque generalizado e sistemático contra a população civil, ocultando os fatos, negando ou omitindo informações sobre o seu paradeiro e, em seguida deixando-a ao desamparo legal.

Pena – reclusão, de 5 (cinco) a 10 (dez) anos.

§1º As informações acerca do paradeiro da pessoa privada de sua liberdade devem ser prestadas em um prazo impreterível de 24 horas, contados a partir do momento da privação da liberdade.

§2º Equipara-se a Estado a organização política que, no curso de um ataque generalizado e sistemático contra a população civil, detenha o controle sobre a estrutura administrativa do Poder Público ou parte dela ou detenha parcela considerável do território nacional, suficiente para o domínio desta estrutura ou parte dela.

§3º Se resulta lesão corporal grave ou gravíssima.

Pena – de 8 (oito) a 15 (quinze) anos.

§4º Se resulta morte.

Pena – de 16 (dezesesseis) a 24 (vinte e quatro) anos.

§ 5º A pena é aumentada em um terço 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.

§ 6º O agente que tenha participado ou concorrido para o crime previsto neste artigo e que contribuir, efetivamente, para a reaparição 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.¹⁶⁵

Mister fazer algumas observações sobre o dispositivo sugerido.

Em primeiro lugar, devemos tratar sobre o prazo necessário para que seja comunicada à outra pessoa a privação da vítima, que aqui colocamos como de vinte e quatro horas.

Para se chegar a este prazo fizemos uma analogia com o prazo de comunicação ao juiz do acusado preso em flagrante, que é de vinte quatro horas a contar do flagrante.¹⁶⁶

Ora, se em uma situação normal de flagrância é necessária tanta urgência, com mais urgência ainda devemos tratar se a situação que se apresenta for anormal e em decorrência de algum conflito civil.

O que deve ficar claro aqui é que não havendo comunicação do fato no prazo legal, caracterizada estará a ausência de informação e, portanto, o delito que ora se trata.

A referência ao “ataque sistemático generalizado” é feita aqui porque a jurisprudência, tanto pelos Tribunais Penais Internacionais *ad hoc*, para a ex-Iugoslavia e para Ruanda¹⁶⁷, como pela Corte Interamericana de Direitos Humanos¹⁶⁸, assim se pronunciam.

No entanto, é possível imaginar, em tese, e existência do Crime de Desaparecimento sem este contexto.

O problema é que não achamos útil e necessário prever este tipo de delito fora de um marco conflituoso, pois para isto já temos instrumentos jurídicos suficientes para a tipificação dos delitos, como, por exemplo, o crime de sequestro (art. 148 e seu § 2º do Código Penal), os de abuso de autoridade (Lei nº 4.898/65) e os crime de tortura (Lei nº 9.455, de 7 de abril de 1997), os dois

¹⁶⁵Os dois últimos parágrafos já constam no anteprojeto do Código Penal.
¹⁶⁶BRASIL. Código de Processo Penal. Decreto-lei 3.689/41. “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. (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011). § 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. (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011). § 2º No mesmo prazo, será entregue ao preso, mediante recibo, a nota de culpa, assinada pela autoridade, com o motivo da prisão, o nome do condutor e os das testemunhas.” (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011). Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm>. Acesso em: 13 abr. 2013.

¹⁶⁷Ver tópico 3.

¹⁶⁸Ver tópico 2.1.

primeiros já referidos acima.

Também, como já nos manifestamos, achamos os delitos tipificados na lei de abuso de autoridade, mais assemelhados com o de Desaparecimento Forçado do que o delito de sequestro, já que aqueles são cometidos por agentes estatais. O maior problema, como já dissemos, é que, além de a lei ser do período autoritário, apresentando uma redação bastante ruim, tem as penas muito pequenas. Urge, portanto, reformular esta legislação.¹⁶⁹

Outro tema que merece nossa atenção é o referente à organização política.

Para que a organização política possa ser sujeito ativo do delito em questão, é necessário que ela se revista de alguns caracteres especiais. Eles já foram apontados no parágrafo de referência: a organização política deve controlar a estrutura administrativa do Estado ou de parte dela ou exercer um controle político no território nacional ou parte dele. Isto porque a organização política deve ser assemelhada ao Estado, uma vez que somente agentes investidos de algum poder estatal podem cometer este crime.

Acreditamos que para que a organização política possa vir a ser considerada sujeito ativo é necessário haver alguma comoção intestina que leve esta organização ao Poder ou pelo menos que tenha parte do Poder. Assim, por exemplo, podemos pensar em um estado de beligerância (MAZZUOLI, 2012)¹⁷⁰ entre facções rivais que lutam pelo controle do Estado (MELLO, 2010).

Pode-se aplicar este dispositivo no caso, por exemplo, de guerras civis de caráter não internacional, haja ou não reconhecimento pelos demais Estados.

O art. 3º da Convenção IV de 1949 de Genebra faz referência especificamente às guerras civis de caráter não internacional, estabelecendo obrigações para as partes envolvidas¹⁷¹. No sistema

169BRASIL. Anteprojeto do Código de Processo Penal. “Art. 271 do Anteprojeto do Código Penal prevê o crime de abuso de autoridade, nestes termos: Abuso de autoridade. Art. 271. Constituem abuso de autoridade as seguintes condutas de servidor público, se não forem elemento de crime mais grave: I – ordenar ou executar prisão, fora das hipóteses legais; II – constranger qualquer pessoa, sob ameaça de prisão ou outro ato administrativo ou judicial, a fazer o que a lei não exige ou deixar de fazer o que a lei não proíbe; III – retardar ou deixar de praticar ato, previsto em lei ou fixado em decisão judicial, relacionado à prisão de qualquer pessoa; IV – deixar injustificadamente de conceder ao preso qualquer direito se atendidas as condições legais para sua concessão; V – submeter injustificadamente qualquer pessoa sob sua custódia ou não, durante diligência ou não, a vexame ou a constrangimento não autorizado em lei; VI – submeter injustificadamente preso ou investigado ao uso de algemas quando ele não oferecer resistência à prisão e não expuser a perigo a integridade física de outrem; VII – invadir, entrar ou permanecer em casa ou estabelecimento alheio, ou em suas dependências, contra a vontade de quem de direito, sem autorização judicial ou fora das hipóteses legais; VIII – proceder à obtenção de provas ou fontes de provas destinadas a processo judicial ou administrativo por meios não autorizados em lei; IX – expor injustificadamente a intimidade ou a vida privada de qualquer pessoa sem justa causa ou fora das hipóteses legais; X – exceder-se sem justa causa no cumprimento de qualquer diligência; ou XI – coibir, dificultar ou impedir reunião, associação ou agrupamento pacífico de pessoas, injustificadamente, para fim não proibido por lei: Pena – prisão, de dois a cinco anos. Parágrafo único. É efeito da condenação a perda do cargo, mandato ou função, quando declarada motivadamente na sentença, independentemente da pena aplicada.” Disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/anteprojeto-codigo-penal.pdf>>. Acesso em: 13 abr. 2013.

170 “Pode-se reconhecer beligerância quando uma revolução, levada a efeito pela população civil, assume proporções de guerra civil, envolvendo parte sensível de sua população que pretende criar um novo Estado a partir do desmembramento do Estado de origem.” (MAZZUOLI, 2012, p. 470).

171 “Art. 3º No caso de conflito armado que não apresente um caráter internacional e que ocorra no território de uma das Altas Partes contratantes, cada uma das Partes no conflito será obrigada aplicar, pelo menos, as seguintes

interamericano há o *Protocolo a la convencion sobre deberes y derechos de los Estados em caso de luchas civiles*, não ratificado pelo Brasil, acerca dos direitos e deveres dos Estados americanos no caso de lutas civis.¹⁷²

Assim, tendo em vista o reconhecimento por parte de organizações internacionais não estatais dos estados de lutas civis armadas, beligerância e insurreição, devem ser admitidas as organizações políticas como um tipo de especial de Estado, ainda que não reconhecidas internacionalmente por outros Estados, para os fins de poderem ser sujeitos ativos do delito de Desaparecimento Forçado de Pessoas.

Por outro lado, os resultados qualificados por lesões corporais graves ou gravíssimas e morte devem ser necessariamente preterdolosos ou preterintencionais¹⁷³. Isto quer dizer que, caso ocorrido o resultado especialmente mais grave, o autor somente poderá ser punido se o resultado mais grave deveu-se à existência de uma das modalidades de culpa existentes (negligência, imperícia ou imprudência). Assim, por exemplo, se o autor pratica a conduta do desaparecimento forçado e, por meio de uma conduta culposa do agente, sobrevem o resultado morte, este responderá pelo *caput* agravado pelo resultado. Entretanto, se o autor teve a intenção de praticar o resultado mais grave, responderá não pelo delito de desaparecimento forçado, mas sim pelo homicídio (art. 121 do Código Penal) ou pelo de lesões corporais (art. 129), conforme o caso.

disposições: 1) As pessoas que não tomem parte directamente nas hostilidades, incluindo os membros das forças armadas que tenham deposto as armas e as pessoas que tenham sido postas fora de combate por doença, ferimentos, detenção, ou por qualquer outra causa, serão, em todas as circunstâncias, tratadas com humanidade, sem nenhuma distinção de carácter desfavorável baseada na raça, cor, religião ou crença, sexo, nascimento ou fortuna, ou qualquer outro critério análogo. Para este efeito, são e manter-se-ão proibidas, em qualquer ocasião e lugar, relativamente às pessoas acima mencionadas: a) As ofensas contra a vida e a integridade física, especialmente o homicídio sob todas as formas, mutilações, tratamentos cruéis, torturas e suplícios; b) A tomada de reféns; c) As ofensas à dignidade das pessoas, especialmente os tratamentos humilhantes e degradantes; d) As condenações proferidas e as execuções efectuadas sem prévio julgamento, realizado por um tribunal regularmente constituído, que ofereça todas as garantias judiciais reconhecidas como indispensáveis pelos povos civilizados. 2) Os feridos e doentes serão recolhidos e tratados. Um organismo humanitário imparcial, como a Comissão Internacional da Cruz Vermelha, poderá oferecer os seus serviços às partes no conflito. As Partes no conflito esforçar-se-ão também por pôr em vigor, por meio de acordos especiais, todas ou parte das restantes disposições da presente Convenção. A aplicação das disposições precedentes não afectará o estatuto jurídico das Partes no conflito.” Disponível em: <<http://www.gddc.pt/direitos-humanos/textos-internacionais-dh/tiduniversais/dih-conv-IV-12-08-1949.html>>. Acesso em: 18 out. 2013.

172 ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. *Protocolo a la convencion sobre deberes y derechos de los Estados em caso de luchas civiles*. Disponível em: <<http://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/c-14.html>>. Acesso em: 18 out. 2013.

173Cf JESUS, Damásio de. *Op. Cit.*, pp. 245 e 347/348: “Crime preterdoloso ou preterintencional é aquele em que a ação causa um resultado mais grave que o pretendido, pelo agente. O sujeito quer um *minus* e a sua conduta produz um *majus*, de forma que se conjugam a ação dolosa (antecedente) e a culpa no resultado (consequente). Neste caso, o resultado que especialmente agrava a pena só é punido a título de culpa, visto que o agente não queria o resultado mais grave, mas em razão da existência de uma das modalidades de culpa (negligência, imprudência ou imperícia), o resultado restou agravado. Se o autor quis o resultado mais grave, o crime não será o preterdoloso, mas aquele que o autor efetivamente quis praticar.”

CONCLUSÃO

O nosso conhecimento se principia pela experiência (KANT, 2004), não sendo diferente com a comunidade internacional de Estados.

A experiência que a Humanidade tem de organismos internacionais, principalmente quanto à repressão dos crimes contra os direitos humanos, é muito recente.

No Brasil, destacam-se os crimes contra os direitos humanos praticados durante o período ditatorial, especialmente o crime de desaparecimento forçado de pessoas, praticado em larga escala, não só no país como nos demais países das Américas Central e do Sul.

Por isto, pretendemos com a presente proposta contribuir para que o direito interno seja dotado de um tipo legal intitulado Crime de Desaparecimento Forçado. A ausência deste tipo de crime, juntamente com a decisão do Supremo Tribunal Federal acerca da anistia dos crimes praticados durante a ditadura, impede que os responsáveis por aqueles delitos sejam adequadamente punidos, já que a simples existência da previsão deste crime no Estatuto de Roma não se tem demonstrado suficiente, pois o Supremo Tribunal Federal não aceita o predomínio do direito internacional sobre o direito nacional, apegando-se às velhas doutrinas de prevalência deste último.

O Ministério Público Federal tem tentado, na ausência do tipo específico, denunciar os agentes responsáveis pelas condutas delituosas em outros tipos legais, mas não tem obtido sucesso em suas demandas, principalmente porque não só tem se considerado estes crimes abrangidos pela anistia ou já prescritos, mas também porque não tem logrado aceitação na jurisprudência dos Tribunais a tese de sequestro qualificado, posto que decorrido muito tempo desde a captura da vítima, o que impediria o reconhecimento de que a vítima continuaria viva e, portanto, encarcerada.

A punição no Brasil não tem sido levada a contento não só porque as condutas criminosas não têm sido punidas, mas porque houve um retardamento inconcebível e uma lentidão angustiante para o início do processo de identificação e reparação das vítimas e seus parentes. No Brasil, o processo de busca pela verdade histórica continua ainda muito lento, sendo que esta responsabilidade cabe em parte ao próprio Supremo Tribunal Federal posto que, julgando válida a lei de Anistia, impediu que outros órgãos, inclusive o Ministério Público, agissem na repressão aos crimes praticados.

Após longos anos de abuso e brutalidade de agentes estatais, ainda não foi possível conscientizar as autoridades brasileiras e a população da importância da persecução penal. Fica,

portanto, um certo desalento pelo pouco que foi feito e pelo muito que ainda falta realizar. A esperança, no entanto, de familiares, parentes e amigos dos desaparecidos políticos ainda permanece viva como uma chama que, apesar do pouco oxigênio, ainda sobrevive teimosamente.

BIBLIOGRAFIA

AFANADOR, Walter Cadena. El principio de la jurisdicción universal de los derechos humanos desde la globalización y el constructivismo. Prolegomenos. Derechos y Valores de la Facultad de Derechos. Colômbia. 2010, vol. 13, p. 235-249.

AMBOS, Kai *et al.* **Anistia, Justiça e Impunidade**. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2010.

AMBOS, Kai. **A Parte Geral do Direito Penal Internacional**. São Paulo: ed. RT, 2008.

AMBOS, Kai. In: AMBOS, Kai; MALARINO, Ezequiel (ed.). **Justicia de Transición, El Marco Jurídico de la Justicia de Transición**. Montevideo: Ed. Temis, 2010.

AMBOS, Kai; BÖHM, María Laura; ALFLEN, Pablo Rodrigo. **Crime de Desaparecimento Forçado de Pessoas**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2013.

ARGENTINA. Ley 11.179. **Código Penal de La Nación Argentina**. Disponível em: <<http://www.codigopenalonline.com.ar>>. Acesso em: 12 abr. 2013.

ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. 3. ed. Trad. Edson Bini. São Paulo: Ed. Edipro, 2009.

BARBERO, Natalia. **Estatuto do Tribunal Militar para o Extremo Oriente**. Disponível em: <http://nataliabarbero.blogspot.com.br/p/estatuto-del-tribunal-militar_26.html>. Acesso em: 15 fev. 2014.

BASSIOUNI, M. Cherif. Searching for peace and achieving justice: the need for Acco untability. **Law and Contemporary Problems**: Ed. Duke University School of Law, vol. 59, n. 4, pp. 10/28.

BOITEAUX, Luciana. Direito Penal Internacional. Os Princípios Penais do Estatuto do Tribunal Internacional à Luz do Direito Brasileiro. In: JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano (org). **Direito Penal Internacional**. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, p. 96/97, 101, 2005.

BRASIL. **Anteprojeto do Código de Processo Penal**. Disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/anteprojeto-codigo-penal.pdf>>. Acesso em: 13 abr. 2013.

_____. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 153. **Supremo Tribunal Federal**. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=612960>>. Acesso em: 23 abr. 2013

_____. Lei n. 10.406, 10 jan. 2002. **Código Civil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 13 abr. 2013.

_____. Decreto Lei 2.848, 7 dez. 1940. **Código Penal**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm>. Acesso em: 13 abr. 2013.

_____. Decreto Lei 3.689, 3 out. 1941. **Código de Processo Penal**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm>. Acesso em: 13 abr. 2013.

_____. Conflito de Competência. **Superior Tribunal de Justiça**. CC 124133: BA 2012/0179810-4. Relator Ministro Marco Aurélio Bellizze. 17 abr. 2013. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/23099661/conflito-de-competencia-cc-124133-ba-2012-0179810-4-stj>>. Acesso em: 09 mai. 2013.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 09 mai. 2013.

_____. Emenda Constitucional nº 27, de 26 de novembro de 1987. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/legislacao/103918/emenda-constitucional-26-85>>. Acesso em: 15 abr. 2013.

_____. Extradicação 1085/República Italiana. Extradicação. Relator(a): Min. Cezar Peluso. Julgamento: 16/12/2009 Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Publicação. DJe-067 Divulg 15-04-2010 Publica 16-04-2010 Ementa vol-02397-01 PP-00001. RTJ VOL-00215- PP-00177.

_____. Extradicação 1150 / REPÚBLICA ARGENTINA EXTRADIÇÃO Relator(a): Min. CARMEN LÚCIA Julgamento: 19/05/2011 Órgão Julgador: Tribunal Pleno Publicação DJe-116 DIVULG 16-06-2011 PUBLIC 17-06-2011 EMENT VOL-02546-01 PP-00001.

_____. Extradicação 1278 / DF - DISTRITO FEDERAL EXTRADIÇÃO Relator(a): Min. GILMAR MENDES Julgamento: 18/09/2012 Orgão Julgador: Segunda Turma Publicação ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-195 DIVULG 03-10-2012 PUBLIC 04-10-2012

_____. *Habeas corpus* 72131 / RJ - RIO DE JANEIRO HABEAS CORPUS Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO Relator(a) p/ Acórdão: Min. MOREIRA ALVES Julgamento: 23/11/1995 Órgão Julgador: Tribunal Pleno Publicação DJ 01-08-2003 PP-00103 EMENT VOL-02117-40 PP-08650. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=73573>>. Acesso em: 09 nov. 2013

_____. *Habeas corpus* 73451 / RJ - RIO DE JANEIRO HABEAS CORPUS Relator(a): Min. MAURÍCIO CORRÊA Julgamento: 08/04/1997 Órgão Julgador: Segunda Turma Publicação DJ 06-06-1997 PP-24868 EMENT VOL-01872-04 PP-00673

_____. Lei 4.898, de 9 de dezembro de 1965. Regula o Direito de Representação e o processo de Responsabilidade Administrativa Civil e Penal, nos casos de abuso de autoridade. Presidência da República – Casa Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/14898.htm>. Acesso em: 10 nov. 2013.

_____. Lei nº 6.683, de 28 de agosto de 1979. Concede anistia e dá outras providências. Presidência da República – Casa Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6683.htm>. Acesso em: 10 nov. 2013.

_____. Lei nº 7.170, de 14 de dezembro de 1983. Define os crimes contra a segurança nacional, a ordem política e social, estabelece seu processo e julgamento e dá outras providências. Presidência da República – Casa Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17170.htm>. Acesso em: 10 nov. 2013.

_____. Lei nº 9.140, de 04 de dezembro de 1995. Reconhece como mortas pessoas desaparecidas em razão de participação, ou acusação de participação, em atividades políticas, no período de 2 de setembro de 1961 a 15 de agosto de 1979, e dá outras providências. Presidência da República – Casa Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19140.htm>. Acesso em: 10 nov. 2013.

_____. Lei nº 12.528, de 18 de novembro de 2011. Cria a Comissão Nacional da verdade no âmbito da Casa Civil da Presidência da República. Presidência da República – Casa Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12528.htm>. Acesso em: 10 nov. 2013.

_____. Ministério Público Federal - 2ª Câmara de Coordenação e Revisão. Voto nº 1022/2010 - Procedimento MPF Nº 1.00.000.007053/2010-86 e Apenso 1.00.000.0118017/2010-01. Origem: PRR 3ª REGIÃO. Interessados: Procurador Regional da República e Procuradores da República Interessados: Marlon Alberto Weichert, Eugênia Gonzaga Fávero, Kleber Uemura. RELATORA: Mônica Nicida Garcia. Crimes no Brasil durante o Regime Militar por Agentes Públicos contra a População Civil. Dever Estatal de Apurar e Responsabilizar. Disponível em: <http://noticias.pgr.mpf.mp.br/noticias/noticias-do-site/copy_of_pdfs/voto_relatora.pdf>. Acesso em: 15 mai. 2013.

_____. Ministério Público Federal. Prisão Preventiva para a Extradicação Nº 696. REQUERENTE: República Argentina. Requerido: Manuel Alfredo Montenegro Relator: Ministro Gilmar Mendes. Procurador-Geral da República Rodrigo Janot Monteiro De Barros. 24. Set. 2013. Disponível em: <http://noticias.pgr.mpf.mp.br/noticias/noticias-do-site/copy_of_pdfs/ppe_696.pdf>. Acesso em: 11 nov. 2013

_____. Ministério Público Federal – Procuradoria da República no Estado do Rio de Janeiro. Denúncia ditadura – Caso Mário Alves: contra Luiz Mário Valle Correia Lima; Luiz Timótheo De Lima; Roberto Augusto De Mattos Duque Estrada; Dulene Aleixo Garcez Dos Reis; Valter Da Costa Jacarandá. Procedimento de Informações Criminais nº 86/2012; das peças de Informação nº (s) 1.30.001.001134/2012; 1.30.001.004827/2012-30 e 1.00.000.017587/2001-00. Procuradores da República - Antonio do Passo Cabral e Luiz Fernando Voss Chagas Lessa. Rio de Janeiro, 13 maio 2013. Disponível em: <http://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&frm=1&source=web&cd=1&ved=0CCgQFjAA&url=http%3A%2F%2Fwww.prrj.mpf.mp.br%2Finstitucional%2Fmpf-na-capital%2Fatuacao%2Fdenuncias-criminais%2Fdenuncia-contra-agentes-da-ditadura-sequestro-de-mario-alves%2Fat_download%2Fdocumento&ei=oPz8Us-2MNKLkAff7oCYAQ&usg=AFQjCNGB-O21LDCX_nyF3NR_z3ildEKMIQ&bvm=bv.61190604,d.eW0>. Acesso 11 nov. 2013.

_____. Senado Federal. Decreto Legislativo nº 18/1961 – Concede anistia aos que praticaram fatos definidos como crimes que menciona. 15 dez. 1961. Disponível em: <<http://www3.dataprev.gov.br/sislex/paginas/79/1961/18.htm>>. Acesso 11 nov. 2013.

_____. Senado Federal. Projeto de Lei do Senado nº 236 de 2012. Reforma do Código Penal

Brasileiro. 09 jul. 2012. Disponível em: < http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=106404>. Acesso em: 12 dez. 2013.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Conflito de Competência n. 56174 – PR (2005/0171979-4). Relatora Ministra Jane Silva (Desembargadora convocada do TJ/MG). 13.fev. 2008. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/8723228/conflito-de-competencia-cc-56174-pr-2005-0171979-4/inteiro-teor-13786955>>. Acesso em: 09 mai. 2013.

_____. Supremo Tribunal Federal. Extradicação 1085/República Italiana. Extradicação. Relator(a): Min. Cezar Peluso. Julgamento: 16/12/2009 Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Publicação. DJe-067 Divulg 15-04-2010 Publica 16-04-2010 Ementa vol-02397-01 PP-00001. RTJ VOL-00215- PP-00177. Disponível em: <www.stf.gov.br>. Acesso em: 12 out. 2013.

_____. Recurso Criminal 1373 / RJ - RIO DE JANEIRO RECURSO CRIMINAL Relator(a): Min. LEITÃO DE ABREU Julgamento: 18/09/1979 Órgão Julgador: Segunda Turma Publicação DJ 19-10-1979 PP-07827 EMENT VOL-01149-01 PP-00061

_____. Recurso Extraordinário 30532 / DF - DISTRITO FEDERAL RECURSO EXTRAORDINÁRIO Relator(a): Min. CÂNDIDO MOTTA Julgamento: 07/08/1958 Órgão Julgador: PRIMEIRA TURMA Publicação EMENT VOL-00361-01 PP-00298 DJ 16-10-1958

_____. Recurso Extraordinário 80004 / SE - SERGIPE RECURSO EXTRAORDINÁRIO Relator(a): Min. XAVIER DE ALBUQUERQUE Julgamento: 01/06/1977 Órgão Julgador: Tribunal Pleno Publicação DJ 29-12-1977 PP-09433.

_____. Recurso Extraordinário 466343 / SP - SÃO PAULO RECURSO EXTRAORDINÁRIO Relator(a): Min. CEZAR PELUSO Julgamento: 03/12/2008 Órgão Julgador: Tribunal Pleno Publicação DJe-104 DIVULG 04-06-2009 PUBLIC 05-06-2009 EMENT VOL-02363-06 PP-01106 RTJ VOL-00210-02 PP-00745 RDECTRAB v. 17, n. 186, 2010, p. 29-165.

_____. Recurso em Habeas Corpus - RHC 79785 – Rio de Janeiro. Relator: Sepúlveda Pertence. Julgamento 29 mar. 2000. Órgão julgador: Tribunal Pleno. Publicação: DJ 22-11-2002 PP-00057 EMENT VOL-02092-02 PP-00280 RTJ VOL-00183-03 PP-01010. Partes: Jorgina Maria de Freitas Fernandes; Luiz Carlos de Andrade; Ana Nery de Freitas; Francisco Antônio de Freitas Neto e Ministério Público Federal. Disponível em: < <http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/780119/recurso-em-habeas-corpus-rhc-79785-rj>>. Acesso em: 12 dez. 2013.

_____. Recurso em Mandado de Segurança 12539 / DF - DISTRITO FEDERAL RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA Relator(a): Min. HAHNEMANN GUIMARAES Julgamento: 10/08/1964 Disponível em <www.stf.jus.br> Acesso em 12.12.2013.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal**, 6 ed. São Paulo: ed. Saraiva, 2003.

CARTA DAS NAÇÕES UNIDAS. **Estatuto da Corte Internacional de Justiça**. Disponível em: <http://www.icj-cij.org/documents/index.php?p1=4&p2=2&p3=0#CHAPTER_II>. Acesso em: 05 ago. 2013.

COMISSÃO NACIONAL DA VERDADE. Lei nº 12.528, de 18 de novembro de 2012. Cria a

Comissão Nacional da Verdade no âmbito da Casa Civil da Presidência da República. Disponível em: <www.cnv.gov.br>. Acesso em: 08 nov. 2013.

CONVENÇÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. art. 44 ao 51 (Pacto de San José da Costa Rica). Disponível em http://www.oas.org/dil/esp/tratados_B-32_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos_firmas.htm. Acesso em 09.11.2013

CONVENÇÃO INTERAMERICANA SOBRE O DESAPARECIMENTO FORÇADO DE PESSOAS. Disponível em: <<http://www.oas.org/juridico/spanish/firmas/a-60.html>>. Acesso em: 01 nov. 2013.

CONVENÇÃO SOBRE IMPRESCRITIBILIDADE DOS CRIMES CONTRA A HUMANIDADE, art. 1º. Disponível em: <<http://www.oas.org/juridico/spanish/firmas/a-60.html>>. Acesso em: 09 nov. 2013.

CONSELHO DE SEGURANÇA DAS NAÇÕES UNIDAS. **Estatuto do Tribunal Penal Internacional para a ex-Iugoslávia (UNICTY)**. 1993. Disponível em: <http://www.juspodivm.com.br/i/a/%7B942A00D9-2554-4114-A5CB-794F876287FC%7D_033.pdf> Acesso em: 2 nov. 2013.

CONSELHO DE SEGURANÇA DAS NAÇÕES UNIDAS. **Estatuto do Tribunal Penal Internacional para Ruanda**. 08 nov. 1994. Disponível em: < <http://www.gddc.pt/direitos-humanos/textos-internacionais-dh/tiduniversais/tij-estatuto-ruanda.html>> Acesso em: 02 nov. 2013. **Barrios Altos vs. Perú: reparaciones y costas**. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sentencia, 30 nov. 2001, Serie C, n.87. Disponível em: < www.corteidh.or.cr/casos/docs/articulos/Serie75_esp.pdf>. Acesso em: 12 out. 2013.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Barrios Altos vs. Perú: reparaciones y costas**. Sentencia, 30 nov. 2001, Serie C, n.87. Disponível em: < www.corteidh.or.cr/casos/docs/articulos/Serie75_esp.pdf>. Acesso em: 12 out. 2013.

_____. **Caso Contreras y otros vs. El Salvador** Sentença de 31 de agosto de 2011, série C, n. 232. Disponível em: <http://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_232_esp.pdf>. Acesso em: 24 set. 2013.

_____. **Caso Gelmán vs. Uruguai**, Sentença de 24 de fevereiro de 2011, série C, n. 221. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_221_esp1.pdf>. Acesso em: 04 nov. 2013.

_____. **Caso Gomes Lund e Outros (Guerrilha do Araguaia) vs. Brasil**, sentença 10 agos. 2010, série C, n. 219. Disponível em: < http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_219_por.pdf>. Acesso em: 03 dez. 2013.

_____. **Caso Gudiel Álvarez y Otros (Diario Militar) vs. Guatemala**, sentença 20 nov. 2012. Série C, n. 262. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/resumen_253_esp.pdf>. Acesso em: 24 set. 2013.

_____. **Rosendo Cantú e outra**, par. 175, sentença 15.03.2011, série C, n. 225. Disponível em: <www.corteidh.or.cr>. Acesso em 12 nov. 2013.

_____. **Caso Velásques Rodríguez vs. Honduras**, sentença 29 jul. 1988. Série C, n. 4. Disponível em: <<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/interamericano/2221caso.htm>>. Acesso em: 10 out. 2013.

DALBORA, José Luis Guzmán. **Justicia de Transición. Chile**, In: AMBOS, Kai e MALARINO, Ezequiel (org). Montevideo, Uruguai; ed. Temis S.A, 2010, p. 133, 201-234;

DOLINGER, Jacob. As Soluções da Suprema Corte Brasileira para os conflitos entre o Direito Interno e o Direito Internacional. Revista Forense, Rio de Janeiro, vol. 334, p.73-107, abr./mai./jun.1996.

ESTATUTO DO TRIBUNAL MILITAR DE NUREMBERG. Disponível em: <http://www.cruzroja.es/dih/pdf/estatuto_del_tribunal_militar_internacional_de_nuremberg.pdf>. Acesso em: 09 abr. 2013.

FELDE, Kitty, et al. The Prosecutor v. Dusko Tadic. **American University International Law Review**, vol. 13, n. 6, 1998, p. 1441-1468. Disponível em: <<http://digitalcommons.wcl.american.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1378&context=auilr>>. Acesso em: 10 abr. 2013.

FERREIRA, Jorge; DELGADO, Lucília de Almeida Neves. **O Brasil Republicano**. Vol. 4, 5 ed., Rio de Janeiro: Ed. Civilização Brasileira, 2011.

FRANÇA. **Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão**. 02 out. 1789. Disponível em: <http://www.fd.unl.pt/docentes_docs/ma/mla_MA_19926.pdf>. Acesso em: 09 mai. 2013.

GOMES, Luiz Flávio e MAZZUOLI, Valério de Oliveira (Orgs). **Crimes contra a ditadura militar**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2011.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**. vol. I. 9. ed. Niterói: ed. Impetus, 2007.

_____. **Código Penal Comentado**. 7. ed. Niterói: ed. Impetus, 2013.

JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. **O Tribunal Penal Internacional**. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2004.

JESUS, Damásio de. **Direito Penal**. 34. ed., São Paulo: Ed. Saraiva, 2010.

KANT, Immanuel. **A paz perpétua. Um projeto filosófico**. Trad. Artur Mourão. Covilhã: LusoSofia, Press Universidade da Beira Interior, 2008. Disponível em: <www.lusosofia.net/textos/kant_immanuel_paz_perpetua.pdf>. Acesso em: 17 nov. 2013.

_____. **Crítica da Razão Prática**. São Paulo: Ed. Martin Claret, 2004.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do Direito**. 8. ed. São Paulo: Ed. Martins Fontes, 2009.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de Direito Internacional Público**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

MELLO, Celso D. De Albuquerque. **Curso de Direito Internacional Público**, 15 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

_____. **Curso de Direito Internacional Público**. 14 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

O ESTADO DE SÃO PAULO. Disponível em: <<http://topicos.estadao.com.br/libia>>. Acesso em: 10 out. 2013.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Estatuto do Tribunal Penal Internacional**. Roma – Itália. 17 jul. 1998. Disponível em: <http://www.cedin.com.br/site/pdf/legislacao/pdf_tratados6/Estatuto%20do%20Tribunal%20Penal%20Internacional.pdf>. Acesso em: 03 set. 2013.

_____. Security Council. **The rule of law and transitional justice in conflict and post-conflict societies**. Report of the Secretary-General. 23 ago. 2004. Disponível em: <<http://www.unrol.org/files/2004%20report.pdf>>. Acesso em: 10 nov. 2013.

_____. Assembleia Geral. A/RES/43/173. 76th plenary meeting. **Body of Principles for the Protection of All Persons under Any Form of Detention or Imprisonment**. 9 dez. 1988. Disponível em: <<http://www.un.org/documents/ga/res/43/a43r173.htm>>. Acesso em: 10 nov. 2013.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. **Protocolo a la convencion sobre deberes y derechos de los Estados em caso de luchas civiles**. Disponível em: <<http://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/c-14.html>>. Acesso em: 18 out. 2013.

_____. **Informe Anual de La Comisión Interamericana de Derechos Humanos 1992-1993**: Informe n. 29/92. Caso 10.029 (Hugo Leonardo de los Santos Mendoza); Caso 10.036 (Alvaro Balbi); Caso 10.145 (Enrique Rodríguez Larreta Pieri); Caso 10.305 (Noris Alejandra Menotti Cobas, Luis Alberto Estradet, Josefina Mirta Detta Paolino, Rita Ibarburu, Federico Martínez, Jorge Burgell, William Torres Ramírez, Guillermo Francisco Stoll, Osiris Elías Musso Casas, Clarel de los Santos Flores); Caso 10.372 (Juan Manuel Brieba); Caso 10.373 (Félix Sebastián Ortíz); Caso 10.374 (Amelia Sanjurjo Casal); Caso 10.375 (Antonio Omar Païtta). Uruguay. 2 out. 1992. Disponível em: <<http://www.cidh.oas.org/annualrep/92span/Uruguay10.029.htm>>. Acesso em: 08 nov. 2013.

_____. **Informe Anual de La Comisión Interamericana de Derechos Humanos 1992-1993**: Informe n. 28/92. Casos 10.147(Alicia Consuelo Herrera); Caso 10.181(Rosaria Valenzi de Sánchez); Caso 10.240 (Causa de la Escuela de Mecánica de la Armada [ESMA]); Caso 10.262 (Fundación Servicio Paz y Justicia [en nombre de 90 causas]); Caso 10.309 (Luís Adolfo Holmquits y Graciela Bustamante de Argañaraz, Gloria Constanza Curia/Fernando Ramiro Curia, Luisa Ana Ibañez, Adriana C. Mitrovich de Torres Correa, Ricardo Torres Correa, Francisco Rafael Díaz, Ramón Oscar Bianchi, María Isabel Jiménez de Soldatti, Familia Rondoletto, Julio César Campopiano, Ana Cristina Corral e Carlos Severino Soldatti); Caso 10.311(Rosa Ana Frigerio y, Omar Tristán Roldán, Elena Delia Garaguso, Carlos Alberto Oliva, Laura Susana Martinelli, Liliana Carmen Pereyra, Eduardo Alberto Cagnola, Jorge Candeloro, Marta Haydee García, Omar Alejandro Marocchi, Susana Valor, Eduardo Manuel Martínez, Jorge Carlos Augusto Toledo, Mario

Alberto D'Fabio Fernández, Roberto Wilson, Rubén Darío Rodríguez, Juan Carlos Carrizo, Aydee Cristina Monier, Horacio Manuel Carrizo, Alberto Rogelio Carrizo, Luis Alberto Bereciarte, Fernando Hallgarten). Argentina, 2 out. 1992. Disponível em: <<http://www.cidh.oas.org/annualrep/92span/Argentina10.147.htm>>. Acesso em: 08 nov. 2013.

_____. **Comisión Interamericana de Derechos Humanos**. Informe n. 34/96: Caso 11.228 (Irma Meneses Reyes); Caso 11.229 (Ricardo Lagos Salinas); Caso 11.231 (Juan Alsina Hurtos; Caso 11.282 (Pedro José Vergara Inostroza). Chile. 15 out. 1996. Disponível em: <<http://www.cidh.oas.org/annualrep/96span/Chile11228.htm>>. Acesso em: 08 nov. 2013.

_____. **Comisión Interamericana de Derechos Humanos**. Informe n. 36/96: Caso 10.843 (Garay Herмосilla, Héctor Marcial [8 julio 1974]; 2. Buzio Lorca, Jaime [13 julio 1974]; 3. Elgueta Pinto, Martín (15 julio 1974) et al). Chile. 15 out. 1996. Disponível em: <<http://www.cidh.oas.org/annualrep/96span/Chile10843.htm>>. Acesso em: 08 nov. 2013.

_____. **Comisión Interamericana de Derechos Humanos**. Informe n. 1/99: Caso 10.480 (Lucio Parada Cea, Héctor Joaquín Miranda Marroquín, Fausto García Funes, Andrés Hernández Carpio, José Catalino Meléndez, Carlos Antonio Martínez Romero). El Salvador. 27 jan. 1999. Disponível em: <<http://www.cidh.oas.org/annualrep/98span/Fondo/El%20Salvador10.480.htm>>. Acesso em: 08 nov. 2013.

_____. **Comisión Interamericana de Derechos Humanos**. Informe n. 8/00: Caso 11.378 (Jean Claude Pierre, Ulrick e Jerseyla Adrien Juste). Haiti. 24 fev. 2000. Disponível em: <<http://www.cidh.oas.org/annualrep/99span/De%20Fondo/Haiti11378.htm>>. Acesso em: 08 nov. 2013.

_____. **Informe Anual de La Comisión Interamericana de Derechos Humanos**. Informe n. 20/99: Caso 11.317 (Rodolfo Robles Espinoza e hijos). Peru. 23 fev. 1999. Disponível em: <<http://www.cidh.oas.org/annualrep/98span/Fondo/Peru%2011.317.htm>>. Acesso em: 08 nov. 2013.

_____. **Informe Anual de La Comisión Interamericana de Derechos Humanos**. Informe N. 55/99: Caso 10.815 (Juan De La Cruz Núñez Santana); Caso 10.905 (Wilian Guerra González); Caso 10.981 (Raúl Naraza Salazar); Caso 10.995 (Rafael Magallanes Huamán); Caso 11.042 (Samuel Ramos Diego); Caso 11.136 (Wilmer Guillermo Jara Vigilio). Peru. 13 abr. 2000. Disponível em: <<http://www.cidh.oas.org/annualrep/98span/Fondo/Peru%2010.815.htm>>. Acesso em 08 nov. 2013.

_____. **Convenção Interamericana sobre Desaparecimento Forçado de Pessoas**. Disponível em: <<http://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/k.Desaparecimento.htm>>. Acesso em 24 set. 2013.

_____. **Convenção Interamericana de Direitos Humanos: Pacto de San José da Costa Rica**. San José da Costa Rica, nov. 1969. Disponível em: <http://www.oas.org/dil/esp/tratados_B

32_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos_firmas.htm>. Acesso em: 09 nov. 2013.

_____. **Convenção sobre Imprescritibilidade dos Crimes Contra a Humanidade**. Departamento de Direito Internacional: Tratados Multilaterais. Belém-PA. 9 jun. 1994. Disponível em: <<http://www.oas.org/juridico/spanish/Tratados/a-60.html>>. Acesso em: 09 nov. 2013.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO (OIT): **Promovendo o Trabalho Decente**. Disponível em: <<http://www.oitbrasil.org.br/>>. Acesso em: 16 nov. 2013.

PALERMO, Pablo Galain, **Justicia de Transición. Uruguay**. In: AMBOS, Kai e MALARINO, Ezequiel (org.). Montevideo, Uruguay; ed. Temis S.A, 2010, p. 391-413.

PELLEGRINI, Lisandro e PARENTI, Pablo F., **Justicia de Transición. Argentina**. In: AMBOS, Kai e MALARINO, Ezequiel (org.). Montevideo, Uruguay; ed. Temis S.A, 2010, p.133-169;

PEREIRA, Carlos Frederico de Oliveira. **Tribunal Penal Internacional. Implementação do Estatuto de Roma e Aplicação Direta**. In: AMBOS, Kai; JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano (Org.). Rio de Janeiro, 2005: ed. Lumen Juris, p. 202/206 e 226 e segs.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**. vol. 1. Parte Geral. 12. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2013.

RAIZMAN, Daniel Andrés. O Direito Penal Internacional. A Necessidade de uma Limitação Discursiva. In: JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano (Org.). **Direito Penal Internacional**. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2007.

REZEK, Francisco. **Direito Internacional Público**. 11.ed. São Paulo. Ed. Saraiva, 2008.

SECRETARIA ESPECIAL DOS DIREITOS HUMANOS. **Direito à memória e à verdade**: Comissão Especial dos Mortos e Desaparecidos Políticos. Impresso no Brasil. Brasília, 2007, p. 200. Disponível em: <http://portal.mj.gov.br/sedh/biblioteca/livro_direito_memoria_verdade/livro_direito_memoria_verdade_sem_a_marca.pdf>. Acesso em: 10 nov. 2013.

TEITEL, Ruti G. Transitional Justice Genealogy. Boston, **Harvard Human Rights Journal**, vol. 16, p. 69, 2002.

_____. The Law and Politics of Contemporary Transitional Justice. **Cornell International Law Journal**, vol 38, p. 837-856, 2005.

TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL para a antiga Iugoslávia, Caso Miroslav Deronjic vs. Prosecutor, parágrafos 120/124. Disponível em: <<http://www.icty.org/x/cases/deronjic/tjug/en/sj-040330e.pdf>>. Acesso em: 31 out. 2013.

TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL para Ruanda, Théoneste BAGOROSA; Gratien KABILIGI, Aloys; NTALAKUZE e Anatole NSENGIYUNVA. Tribunal Internacional para Ruanda, Disponível em: <<http://www.unict.org/tabid/128/Default.aspx?id=10&mnid=3ié>>. Acesso em: 11

nov. 2013.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **A Humanização do Direito Internacional**. Belo Horizonte. Ed. Del Rey, 2006.

UNITED NATIONS COMMISSION ON HUMAN RIGHTS. Civil and Political Rights including the questions of: Disappearances and Summary Executions, Report of the Working Group on Enforced or Involuntary Disappearances. **Economic and Social Council**. E/CN.4/2006/56. 27 dez. 2005. Disponível em: <<http://unispal.un.org/UNISPAL.NSF/0/BC73069139F6602B8525716B0052536E>>. Acesso em: 08 nov. 2013.

URUGUAY.. Ley 9.155. **Código Penal**. Disponível em: <http://www.oas.org/juridico/mla/sp/ury/sp_ury-int-text-cp.pdf>. Acesso em: 12 abr. 2013.

VANDRÉ, Geraldo. **Pra não dizer que não falei das flores**. Composição: o mesmo, 1968. Disponível em: <<http://www.eternasmusicas.com/2013/02/pr-nao-dizer-que-nao-falei-das-flores.html>> Acesso em: 21 mai. 2013.

WEICHERT, Marlon Alberto; FÁVERO, Eugênia Augusta Gonzaga. **Crimes no Brasil durante o Regime Militar por Agentes Públicos contra a População Civil**. Dever Estatal de Apurar e Responsabilizar. Ministério Público Federal, procedimento n. 1.00.000.007053/2010-86 e Apenso 1.00.000.0118017/2010-01. Origem: Procuradoria Regional da República, 3ª Região. Rel.: Mônica Nicida Garcia. Disponível em: <http://noticias.pgr.mpf.mp.br/noticias/noticias-do-site/copy_of_pdfs/voto_relatora.pdf>. Acesso em: 15 mai. 2013, p. 14.

YALE LAW SCHOOL. **The Avalon Project**. Estatuto do Tribunal Militar de Nuremberg. Disponível em: <<http://avalon.law.yale.edu/imt/count1.asp>>. Acesso em: 09 abr. 2013

YUGOSLAVIA. **The Establishment of the International Criminal Tribunal for the Former Prosecutor V. Dusko Tadic**: Legitimizing. Disponível em: <<http://www.un.org/icty>>. Acesso em: 10 abr. 2013.

ZAFFARONI, E. Raúl *et al.* **Direito Penal – II, I**. Rio de Janeiro: ed. Revan, 2010.

ANEXO I

San José, Costa Rica 7 al 22 de noviembre de 1969

CONVENCION AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS (Pacto de San José)

PREAMBULO

Los Estados Americanos signatarios de la presente Convención,

Reafirmando su propósito de consolidar en este Continente, dentro del cuadro de las instituciones democráticas, un régimen de libertad personal y de justicia social, fundado en el respeto de los derechos esenciales del hombre;

Reconociendo que los derechos esenciales del hombre no nacen del hecho de ser nacional de determinado Estado, sino que tienen como fundamento los atributos de la persona humana, razón por la cual justifican una protección internacional, de naturaleza convencional coadyuvante o complementaria de la que ofrece el derecho interno de los Estados americanos;

Considerando que estos principios han sido consagrados en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y en la Declaración Universal de los Derechos Humanos que han sido reafirmados y desarrollados en otros instrumentos internacionales, tanto de ámbito universal como regional;

Reiterando que, con arreglo a la Declaración Universal de los Derechos Humanos, sólo puede realizarse el ideal del ser humano libre, exento del temor y de la miseria, si se crean condiciones que permitan a cada persona gozar de sus derechos económicos, sociales y culturales, tanto como de sus derechos civiles y políticos, y

Considerando que la Tercera Conferencia Interamericana Extraordinaria (Buenos Aires, 1967) aprobó la incorporación a la propia Carta de la Organización de normas más amplias sobre derechos económicos, sociales y educacionales y resolvió que una convención interamericana sobre derechos humanos determinara la estructura, competencia y procedimiento de los órganos encargados de esa materia,

Han convenido en lo siguiente:

PARTE I - DEBERES DE LOS ESTADOS Y DERECHOS PROTEGIDOS

CAPITULO I - ENUMERACION DE DEBERES

Artículo 1. Obligación de Respetar los Derechos

1. Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

2. Para los efectos de esta Convención, persona es todo ser humano.

Artículo 2. Deber de Adoptar Disposiciones de Derecho Interno

Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades.

CAPITULO II - DERECHOS CIVILES Y POLITICOS

Artículo 3. Derecho al Reconocimiento de la Personalidad Jurídica

Toda persona tiene derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica.

Artículo 4. Derecho a la Vida

1. Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente.

2. En los países que no han abolido la pena de muerte, ésta sólo podrá imponerse por los delitos más graves, en

cumplimiento de sentencia ejecutoriada de tribunal competente y de conformidad con una ley que establezca tal pena, dictada con anterioridad a la comisión del delito. Tampoco se extenderá su aplicación a delitos a los cuales no se la aplique actualmente.

3. No se restablecerá la pena de muerte en los Estados que la han abolido.
4. En ningún caso se puede aplicar la pena de muerte por delitos políticos ni comunes conexos con los políticos.
5. No se impondrá la pena de muerte a personas que, en el momento de la comisión del delito, tuvieran menos de dieciocho años de edad o más de setenta, ni se le aplicará a las mujeres en estado de gravidez.
6. Toda persona condenada a muerte tiene derecho a solicitar la amnistía, el indulto o la conmutación de la pena, los cuales podrán ser concedidos en todos los casos. No se puede aplicar la pena de muerte mientras la solicitud esté pendiente de decisión ante autoridad competente.

Artículo 5. Derecho a la Integridad Personal

1. Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral.
2. Nadie debe ser sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. Toda persona privada de libertad será tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano.
3. La pena no puede trascender de la persona del delincuente.
4. Los procesados deben estar separados de los condenados, salvo en circunstancias excepcionales, y serán sometidos a un tratamiento adecuado a su condición de personas no condenadas.
5. Cuando los menores puedan ser procesados, deben ser separados de los adultos y llevados ante tribunales especializados, con la mayor celeridad posible, para su tratamiento.
6. Las penas privativas de la libertad tendrán como finalidad esencial la reforma y la readaptación social de los condenados.

Artículo 6. Prohibición de la Esclavitud y Servidumbre

1. Nadie puede ser sometido a esclavitud o servidumbre, y tanto éstas, como la trata de esclavos y la trata de mujeres están prohibidas en todas sus formas.
2. Nadie debe ser constreñido a ejecutar un trabajo forzoso u obligatorio. En los países donde ciertos delitos tengan señalada pena privativa de la libertad acompañada de trabajos forzosos, esta disposición no podrá ser interpretada en el sentido de que prohíbe el cumplimiento de dicha pena impuesta por juez o tribunal competente. El trabajo forzoso no debe afectar a la dignidad ni a la capacidad física e intelectual del recluso.
3. No constituyen trabajo forzoso u obligatorio, para los efectos de este artículo:
 - a. los trabajos o servicios que se exijan normalmente de una persona reclusa en cumplimiento de una sentencia o resolución formal dictada por la autoridad judicial competente. Tales trabajos o servicios deberán realizarse bajo la vigilancia y control de las autoridades públicas, y los individuos que los efectúen no serán puestos a disposición de particulares, compañías o personas jurídicas de carácter privado;
 - b. el servicio militar y, en los países donde se admite exención por razones de conciencia, el servicio nacional que la ley establezca en lugar de aquél;
 - c. el servicio impuesto en casos de peligro o calamidad que amenace la existencia o el bienestar de la comunidad, y
 - d. el trabajo o servicio que forme parte de las obligaciones cívicas normales.

Artículo 7. Derecho a la Libertad Personal

1. Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales.
2. Nadie puede ser privado de su libertad física, salvo por las causas y en las condiciones fijadas de antemano por las Constituciones Políticas de los Estados Partes o por las leyes dictadas conforme a ellas.
3. Nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento arbitrarios.
4. Toda persona detenida o retenida debe ser informada de las razones de su detención y notificada, sin demora, del cargo o cargos formulados contra ella.
5. Toda persona detenida o retenida debe ser llevada, sin demora, ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad, sin perjuicio de que continúe el proceso. Su libertad podrá estar condicionada a garantías que aseguren su

comparecencia en el juicio.

6. Toda persona privada de libertad tiene derecho a recurrir ante un juez o tribunal competente, a fin de que éste decida, sin demora, sobre la legalidad de su arresto o detención y ordene su libertad si el arresto o la detención fueran ilegales. En los Estados Partes cuyas leyes prevén que toda persona que se viera amenazada de ser privada de su libertad tiene derecho a recurrir a un juez o tribunal competente a fin de que éste decida sobre la legalidad de tal amenaza, dicho recurso no puede ser restringido ni abolido. Los recursos podrán interponerse por sí o por otra persona.

7. Nadie será detenido por deudas. Este principio no limita los mandatos de autoridad judicial competente dictados por incumplimientos de deberes alimentarios.

Artículo 8. Garantías Judiciales

1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.

2. Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:

a) derecho del inculcado de ser asistido gratuitamente por el traductor o intérprete, si no comprende o no habla el idioma del juzgado o tribunal;

b) comunicación previa y detallada al inculcado de la acusación formulada;

c) concesión al inculcado del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa;

d) derecho del inculcado de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con su defensor;

e) derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, remunerado o no según la legislación interna, si el inculcado no se defendiere por sí mismo ni nombrare defensor dentro del plazo establecido por la ley;

f) derecho de la defensa de interrogar a los testigos presentes en el tribunal y de obtener la comparecencia, como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos;

g) derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable, y

h) derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior.

3. La confesión del inculcado solamente es válida si es hecha sin coacción de ninguna naturaleza.

4. El inculcado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos.

5. El proceso penal debe ser público, salvo en lo que sea necesario para preservar los intereses de la justicia.

Artículo 9. Principio de Legalidad y de Retroactividad

Nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho aplicable. Tampoco se puede imponer pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello.

Artículo 10. Derecho a Indemnización

Toda persona tiene derecho a ser indemnizada conforme a la ley en caso de haber sido condenada en sentencia firme por error judicial.

Artículo 11. Protección de la Honra y de la Dignidad

1. Toda persona tiene derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad.

2. Nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación.

3. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques.

Artículo 12. Libertad de Conciencia y de Religión

1. Toda persona tiene derecho a la libertad de conciencia y de religión. Este derecho implica la libertad de conservar su religión o sus creencias, o de cambiar de religión o de creencias, así como la libertad de profesar y divulgar su religión

o sus creencias, individual o colectivamente, tanto en público como en privado.

2. Nadie puede ser objeto de medidas restrictivas que puedan menoscabar la libertad de conservar su religión o sus creencias o de cambiar de religión o de creencias.

3. La libertad de manifestar la propia religión y las propias creencias está sujeta únicamente a las limitaciones prescritas por la ley y que sean necesarias para proteger la seguridad, el orden, la salud o la moral públicos o los derechos o libertades de los demás.

4. Los padres, y en su caso los tutores, tienen derecho a que sus hijos o pupilos reciban la educación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones.

Artículo 13. Libertad de Pensamiento y de Expresión

1. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión. Este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección.

2. El ejercicio del derecho previsto en el inciso precedente no puede estar sujeto a previa censura sino a responsabilidades ulteriores, las que deben estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para asegurar:

- a) el respeto a los derechos o a la reputación de los demás, o
- b) la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas.

3. No se puede restringir el derecho de expresión por vías o medios indirectos, tales como el abuso de controles oficiales o particulares de papel para periódicos, de frecuencias radioeléctricas, o de enseres y aparatos usados en la difusión de información o por cualesquiera otros medios encaminados a impedir la comunicación y la circulación de ideas y opiniones.

4. Los espectáculos públicos pueden ser sometidos por la ley a censura previa con el exclusivo objeto de regular el acceso a ellos para la protección moral de la infancia y la adolescencia, sin perjuicio de lo establecido en el inciso 2.

5. Estará prohibida por la ley toda propaganda en favor de la guerra y toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituyan incitaciones a la violencia o cualquier otra acción ilegal similar contra cualquier persona o grupo de personas, por ningún motivo, inclusive los de raza, color, religión, idioma u origen nacional.

Artículo 14. Derecho de Rectificación o Respuesta

1. Toda persona afectada por informaciones inexactas o agraviantes emitidas en su perjuicio a través de medios de difusión legalmente reglamentados y que se dirijan al público en general, tiene derecho a efectuar por el mismo órgano de difusión su rectificación o respuesta en las condiciones que establezca la ley.

2. En ningún caso la rectificación o la respuesta eximirán de las otras responsabilidades legales en que se hubiese incurrido.

3. Para la efectiva protección de la honra y la reputación, toda publicación o empresa periodística, cinematográfica, de radio o televisión tendrá una persona responsable que no esté protegida por inmunidades ni disponga de fuero especial.

Artículo 15. Derecho de Reunión

Se reconoce el derecho de reunión pacífica y sin armas. El ejercicio de tal derecho sólo puede estar sujeto a las restricciones previstas por la ley, que sean necesarias en una sociedad democrática, en interés de la seguridad nacional, de la seguridad o del orden públicos, o para proteger la salud o la moral públicas o los derechos o libertades de los demás.

Artículo 16. Libertad de Asociación

1. Todas las personas tienen derecho a asociarse libremente con fines ideológicos, religiosos, políticos, económicos, laborales, sociales, culturales, deportivos o de cualquiera otra índole.

2. El ejercicio de tal derecho sólo puede estar sujeto a las restricciones previstas por la ley que sean necesarias en una sociedad democrática, en interés de la seguridad nacional, de la seguridad o del orden públicos, o para proteger la salud o la moral públicas o los derechos y libertades de los demás.

3. Lo dispuesto en este artículo no impide la imposición de restricciones legales, y aun la privación del ejercicio del derecho de asociación, a los miembros de las fuerzas armadas y de la policía.

Artículo 17. Protección a la Familia

1. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el Estado.

2. Se reconoce el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tienen la edad y las condiciones requeridas para ello por las leyes internas, en la medida en que éstas no afecten al principio de no discriminación establecido en esta Convención.

3. El matrimonio no puede celebrarse sin el libre y pleno consentimiento de los contrayentes.

4. Los Estados Partes deben tomar medidas apropiadas para asegurar la igualdad de derechos y la adecuada equivalencia de responsabilidades de los cónyuges en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del mismo. En caso de disolución, se adoptarán disposiciones que aseguren la protección necesaria de los hijos, sobre la base única del interés y conveniencia de ellos.

5. La ley debe reconocer iguales derechos tanto a los hijos nacidos fuera de matrimonio como a los nacidos dentro del mismo.

Artículo 18. Derecho al Nombre

Toda persona tiene derecho a un nombre propio y a los apellidos de sus padres o al de uno de ellos. La ley reglamentará la forma de asegurar este derecho para todos, mediante nombres supuestos, si fuere necesario.

Artículo 19. Derechos del Niño

Todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requieren por parte de su familia, de la sociedad y del Estado.

Artículo 20. Derecho a la Nacionalidad

1. Toda persona tiene derecho a una nacionalidad.

2. Toda persona tiene derecho a la nacionalidad del Estado en cuyo territorio nació si no tiene derecho a otra.

3. A nadie se privará arbitrariamente de su nacionalidad ni del derecho a cambiarla.

Artículo 21. Derecho a la Propiedad Privada

1. Toda persona tiene derecho al uso y goce de sus bienes. La ley puede subordinar tal uso y goce al interés social.

2. Ninguna persona puede ser privada de sus bienes, excepto mediante el pago de indemnización justa, por razones de utilidad pública o de interés social y en los casos y según las formas establecidas por la ley.

3. Tanto la usura como cualquier otra forma de explotación del hombre por el hombre, deben ser prohibidas por la ley.

Artículo 22. Derecho de Circulación y de Residencia

1. Toda persona que se halle legalmente en el territorio de un Estado tiene derecho a circular por el mismo y, a residir en él con sujeción a las disposiciones legales.

2. Toda persona tiene derecho a salir libremente de cualquier país, inclusive del propio.

3. El ejercicio de los derechos anteriores no puede ser restringido sino en virtud de una ley, en la medida indispensable en una sociedad democrática, para prevenir infracciones penales o para proteger la seguridad nacional, la seguridad o el orden públicos, la moral o la salud públicas o los derechos y libertades de los demás.

4. El ejercicio de los derechos reconocidos en el inciso 1 puede asimismo ser restringido por la ley, en zonas determinadas, por razones de interés público.

5. Nadie puede ser expulsado del territorio del Estado del cual es nacional, ni ser privado del derecho a ingresar en el mismo.

6. El extranjero que se halle legalmente en el territorio de un Estado parte en la presente Convención, sólo podrá ser expulsado de él en cumplimiento de una decisión adoptada conforme a la ley.

7. Toda persona tiene el derecho de buscar y recibir asilo en territorio extranjero en caso de persecución por delitos políticos o comunes conexos con los políticos y de acuerdo con la

legislación de cada Estado y los convenios internacionales.

8. En ningún caso el extranjero puede ser expulsado o devuelto a otro país, sea o no de origen, donde su derecho a la vida o a la libertad personal está en riesgo de violación a causa de raza, nacionalidad, religión, condición social o de sus opiniones políticas.

9. Es prohibida la expulsión colectiva de extranjeros.

Artículo 23. Derechos Políticos

1. Todos los ciudadanos deben gozar de los siguientes derechos y oportunidades:

- a) de participar en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos;
- b) de votar y ser elegidos en elecciones periódicas auténticas, realizadas por sufragio universal e igual y por voto secreto que garantice la libre expresión de la voluntad de los electores, y
- c) de tener acceso, en condiciones generales de igualdad, a las funciones públicas de su país.

2. La ley puede reglamentar el ejercicio de los derechos y oportunidades a que se refiere el inciso anterior, exclusivamente por razones de edad, nacionalidad, residencia, idioma, instrucción, capacidad civil o mental, o condena, por juez competente, en proceso penal.

Artículo 24. Igualdad ante la Ley

Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley.

Artículo 25. Protección Judicial

1. Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales.

2. Los Estados Partes se comprometen:

- a) a garantizar que la autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso;
- b) a desarrollar las posibilidades de recurso judicial, y
- c) a garantizar el cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso.

CAPITULO III

DERECHOS ECONOMICOS, SOCIALES Y CULTURALES

Artículo 26. Desarrollo Progresivo

Los Estados Partes se comprometen a adoptar providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, especialmente económica y técnica, para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires, en la medida de los recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados.

CAPITULO IV

SUSPENSION DE GARANTIAS, INTERPRETACION Y APLICACION

Artículo 27. Suspensión de Garantías

1. En caso de guerra, de peligro público o de otra emergencia que amenace la independencia o seguridad del Estado parte, éste podrá adoptar disposiciones que, en la medida y por el tiempo estrictamente limitados a las exigencias de la situación, suspendan las obligaciones contraídas en virtud de esta Convención, siempre que tales disposiciones no sean incompatibles con las demás obligaciones que les impone el derecho internacional y no entrañen discriminación alguna fundada en motivos de raza, color, sexo, idioma, religión u origen social.

2. La disposición precedente no autoriza la suspensión de los derechos determinados en los siguientes artículos: 3 (Derecho al Reconocimiento de la Personalidad Jurídica); 4 (Derecho a la Vida); 5 (Derecho a la Integridad Personal); 6 (Prohibición de la Esclavitud y Servidumbre); 9 (Principio de Legalidad y de Retroactividad); 12 (Libertad de Conciencia y de Religión); 17 (Protección a la Familia); 18 (Derecho al Nombre); 19 (Derechos del Niño); 20 (Derecho a la Nacionalidad), y 23 (Derechos Políticos), ni de las garantías judiciales indispensables para la protección de tales derechos.

3. Todo Estado parte que haga uso del derecho de suspensión deberá informar inmediatamente a los demás Estados Partes en la presente Convención, por conducto del Secretario General de la Organización de los Estados Americanos, de las disposiciones cuya aplicación haya suspendido, de los motivos que hayan suscitado la suspensión y de la fecha en que haya dado por terminada tal suspensión.

Artículo 28. Cláusula Federal

1. Cuando se trate de un Estado parte constituido como Estado Federal, el gobierno nacional de dicho Estado parte cumplirá todas las disposiciones de la presente Convención relacionadas con las materias sobre las que ejerce jurisdicción legislativa y judicial.

2. Con respecto a las disposiciones relativas a las materias que corresponden a la jurisdicción de las entidades componentes de la federación, el gobierno nacional debe tomar de inmediato las medidas pertinentes, conforme a su constitución y sus leyes, a fin de que las autoridades competentes de dichas entidades puedan adoptar las disposiciones del caso para el cumplimiento de esta Convención.

3. Cuando dos o más Estados Partes acuerden integrar entre sí una federación u otra clase de asociación, cuidarán de que el pacto comunitario correspondiente contenga las disposiciones necesarias para que continúen haciéndose efectivas en el nuevo Estado así organizado, las normas de la presente Convención.

Artículo 29. Normas de Interpretación

Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de:

a) permitir a alguno de los Estados Partes, grupo o persona, suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella;

b) limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados;

c) excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno, y

d) excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza.

Artículo 30. Alcance de las Restricciones

Las restricciones permitidas, de acuerdo con esta Convención, al goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidas en la misma, no pueden ser aplicadas sino conforme a leyes que se dictaren por razones de interés general y con el propósito para el cual han sido establecidas.

Artículo 31. Reconocimiento de Otros Derechos

Podrán ser incluidos en el régimen de protección de esta Convención otros derechos y libertades que sean reconocidos de acuerdo con los procedimientos establecidos en los artículos 76 y 77.

CAPITULO V

DEBERES DE LAS PERSONAS

Artículo 32. Correlación entre Deberes y Derechos

1. Toda persona tiene deberes para con la familia, la comunidad y la humanidad.

2. Los derechos de cada persona están limitados por los derechos de los demás, por la seguridad de todos y por las justas exigencias del bien común, en una sociedad democrática.

PARTE II - MEDIOS DE LA PROTECCION

CAPITULO VI

DE LOS ORGANOS COMPETENTES

Artículo 33.

Son competentes para conocer de los asuntos relacionados con el cumplimiento de los compromisos contraídos por los Estados Partes en esta Convención:

a) la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, llamada en adelante la Comisión, y

b) la Corte Interamericana de Derechos Humanos, llamada en adelante la Corte.

CAPITULO VII

LA COMISION INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

Sección 1. Organización

Artículo 34

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos se compondrá de siete miembros, que deberán ser personas de alta autoridad moral y reconocida versación en materia de derechos humanos.

Artículo 35

La Comisión representa a todos los miembros que integran la Organización de los Estados Americanos.

Artículo 36

1. Los Miembros de la Comisión serán elegidos a título personal por la Asamblea General de la Organización de una lista de candidatos propuestos por los gobiernos de los Estados miembros.

2. Cada uno de dichos gobiernos puede proponer hasta tres candidatos, nacionales del Estado que los proponga o de cualquier otro Estado miembro de la Organización de los Estados Americanos. Cuando se proponga una terna, por lo menos uno de los candidatos deberá ser nacional de un Estado distinto del proponente.

Artículo 37

1. Los miembros de la Comisión serán elegidos por cuatro años y sólo podrán ser reelegidos una vez, pero el mandato de tres de los miembros designados en la primera elección expirará al cabo de dos años. Inmediatamente después de dicha elección se determinarán por sorteo en la Asamblea General los nombres de estos tres miembros.

2. No puede formar parte de la Comisión más de un nacional de un mismo Estado.

Artículo 38

Las vacantes que ocurrieren en la Comisión, que no se deban a expiración normal del mandato, se llenarán por el Consejo Permanente de la Organización de acuerdo con lo que disponga el Estatuto de la Comisión.

Artículo 39

La Comisión preparará su Estatuto, lo someterá a la aprobación de la Asamblea General, y dictará su propio Reglamento.

Artículo 40

Los servicios de Secretaría de la Comisión deben ser desempeñados por la unidad funcional especializada que forma parte de la Secretaría General de la Organización y debe disponer de los recursos necesarios para cumplir las tareas que le sean encomendadas por la Comisión.

Sección 2. Funciones

Artículo 41

La Comisión tiene la función principal de promover la observancia y la defensa de los derechos humanos, y en el ejercicio de su mandato tiene las siguientes funciones y atribuciones:

- a) estimular la conciencia de los derechos humanos en los pueblos de América;
- b) formular recomendaciones, cuando lo estime conveniente, a los gobiernos de los Estados miembros para que adopten medidas progresivas en favor de los derechos humanos dentro del marco de sus leyes internas y sus preceptos constitucionales, al igual que disposiciones apropiadas para fomentar el debido respeto a esos derechos;
- c) preparar los estudios e informes que considere convenientes para el desempeño de sus funciones;
- d) solicitar de los gobiernos de los Estados miembros que le proporcionen informes sobre las medidas que adopten en materia de derechos humanos;
- e) atender las consultas que, por medio de la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos, le formulen los Estados miembros en cuestiones relacionadas con los derechos humanos y, dentro de sus posibilidades, les prestará el asesoramiento que éstos le soliciten;
- f) actuar respecto de las peticiones y otras comunicaciones en ejercicio de su autoridad de conformidad con lo dispuesto en los artículos 44 al 51 de esta Convención, y
- g) rendir un informe anual a la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos.

Artículo 42

Los Estados Partes deben remitir a la Comisión copia de los informes y estudios que en sus respectivos campos someten anualmente a las Comisiones Ejecutivas del Consejo Interamericano Económico y Social y del Consejo

Interamericano para la Educación, la Ciencia y la Cultura, a fin de que aquella vele porque se promuevan los derechos derivados de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires.

Artículo 43

Los Estados Partes se obligan a proporcionar a la Comisión las informaciones que ésta les solicite sobre la manera en que su derecho interno asegura la aplicación efectiva de cualesquiera disposiciones de esta Convención.

Sección 3. Competencia

Artículo 44

Cualquier persona o grupo de personas, o entidad no gubernamental legalmente reconocida en uno o más Estados miembros de la Organización, puede presentar a la Comisión peticiones que contengan denuncias o quejas de violación de esta Convención por un Estado parte.

Artículo 45

1. Todo Estado parte puede, en el momento del depósito de su instrumento de ratificación o adhesión de esta Convención, o en cualquier momento posterior, declarar que reconoce la competencia de la Comisión para recibir y examinar las comunicaciones en que un Estado parte alegue que otro Estado parte ha incurrido en violaciones de los derechos humanos establecidos en esta Convención.

2. Las comunicaciones hechas en virtud del presente artículo sólo se pueden admitir y examinar si son presentadas por un Estado parte que haya hecho una declaración por la cual reconozca la referida competencia de la Comisión. La Comisión no admitirá ninguna comunicación contra un Estado parte que no haya hecho tal declaración.

3. Las declaraciones sobre reconocimiento de competencia pueden hacerse para que ésta rija por tiempo indefinido, por un período determinado o para casos específicos.

4. Las declaraciones se depositarán en la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos, la que transmitirá copia de las mismas a los Estados miembros de dicha Organización.

Artículo 46

1. Para que una petición o comunicación presentada conforme a los artículos 44 ó 45 sea admitida por la Comisión, se requerirá:

a) que se hayan interpuesto y agotado los recursos de jurisdicción interna, conforme a los principios del Derecho Internacional generalmente reconocidos;

b) que sea presentada dentro del plazo de seis meses, a partir de la fecha en que el presunto lesionado en sus derechos haya sido notificado de la decisión definitiva;

c) que la materia de la petición o comunicación no esté pendiente de otro procedimiento de arreglo internacional, y

d) que en el caso del artículo 44 la petición contenga el nombre, la nacionalidad, la profesión, el domicilio y la firma de la persona o personas o del representante legal de la entidad que somete la petición.

2. Las disposiciones de los incisos 1.a. y 1.b. del presente artículo no se aplicarán cuando:

a) no exista en la legislación interna del Estado de que se trata el debido proceso legal para la protección del derecho o derechos que se alega han sido violados;

b) no se haya permitido al presunto lesionado en sus derechos el acceso a los recursos de la jurisdicción interna, o haya sido impedido de agotarlos, y

c) haya retardo injustificado en la decisión sobre los mencionados recursos.

Artículo 47

La Comisión declarará inadmisibles toda petición o comunicación presentada de acuerdo con los artículos 44 ó 45 cuando:

a) falte alguno de los requisitos indicados en el artículo 46;

b) no exponga hechos que caractericen una violación de los derechos garantizados por esta Convención;

c) resulte de la exposición del propio peticionario o del Estado manifiestamente infundada la petición o comunicación o sea evidente su total improcedencia, y

d) sea sustancialmente la reproducción de petición o comunicación anterior ya examinada por la Comisión u otro

organismo internacional.

Sección 4. Procedimiento

Artículo 48

1. La Comisión, al recibir una petición o comunicación en la que se alegue la violación de cualquiera de los derechos que consagra esta Convención, procederá en los siguientes términos:

a) si reconoce la admisibilidad de la petición o comunicación solicitará informaciones al Gobierno del Estado al cual pertenezca la autoridad señalada como responsable de la violación alegada, transcribiendo las partes pertinentes de la petición o comunicación. Dichas informaciones deben ser enviadas dentro de un plazo razonable, fijado por la Comisión al considerar las circunstancias de cada caso;

b) recibidas las informaciones o transcurrido el plazo fijado sin que sean recibidas, verificará si existen o subsisten los motivos de la petición o comunicación. De no existir o subsistir, mandará archivar el expediente;

c) podrá también declarar la inadmisibilidad o la improcedencia de la petición o comunicación, sobre la base de una información o prueba sobrevinientes;

d) si el expediente no se ha archivado y con el fin de comprobar los hechos, la Comisión realizará, con conocimiento de las partes, un examen del asunto planteado en la petición o comunicación. Si fuere necesario y conveniente, la Comisión realizará una investigación para cuyo eficaz cumplimiento solicitará, y los Estados interesados le proporcionarán, todas las facilidades necesarias;

e) podrá pedir a los Estados interesados cualquier información pertinente y recibirá, si así se le solicita, las exposiciones verbales o escritas que presenten los interesados;

f) se pondrá a disposición de las partes interesadas, a fin de llegar a una solución amistosa del asunto fundada en el respeto a los derechos humanos reconocidos en esta Convención.

2. Sin embargo, en casos graves y urgentes, puede realizarse una investigación previo consentimiento del Estado en cuyo territorio se alegue haberse cometido la violación, tan sólo con la presentación de una petición o comunicación que reúna todos los requisitos formales de admisibilidad.

Artículo 49

Si se ha llegado a una solución amistosa con arreglo a las disposiciones del inciso 1.f. del artículo 48 la Comisión redactará un informe que será transmitido al peticionario y a los Estados Partes en esta Convención y comunicado después, para su publicación, al Secretario General de la Organización de los Estados Americanos. Este informe contendrá una breve exposición de los hechos y de la solución lograda. Si cualquiera de las partes en el caso lo solicitan, se les suministrará la más amplia información posible.

Artículo 50

1. De no llegarse a una solución, y dentro del plazo que fije el Estatuto de la Comisión, ésta redactará un informe en el que expondrá los hechos y sus conclusiones. Si el informe no representa, en todo o en parte, la opinión unánime de los miembros de la Comisión, cualquiera de ellos podrá agregar a dicho informe su opinión por separado. También se agregarán al informe las exposiciones verbales o escritas que hayan hecho los interesados en virtud del inciso 1.e. del artículo 48.

2. El informe será transmitido a los Estados interesados, quienes no estarán facultados para publicarlo.

3. Al transmitir el informe, la Comisión puede formular las proposiciones y recomendaciones que juzgue adecuadas.

Artículo 51

1. Si en el plazo de tres meses, a partir de la remisión a los Estados interesados del informe de la Comisión, el asunto no ha sido solucionado o sometido a la decisión de la Corte por la Comisión o por el Estado interesado, aceptando su competencia, la Comisión podrá emitir, por mayoría absoluta de votos de sus miembros, su opinión y conclusiones sobre la cuestión sometida a su consideración.

2. La Comisión hará las recomendaciones pertinentes y fijará un plazo dentro del cual el Estado debe tomar las medidas que le competen para remediar la situación examinada.

3. Transcurrido el período fijado, la Comisión decidirá, por la mayoría absoluta de votos de sus miembros, si el Estado ha tomado o no medidas adecuadas y si publica o no su informe.

CAPITULO VIII

LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

Sección 1. Organización

Artículo 52

1. La Corte se compondrá de siete jueces, nacionales de los Estados miembros de la Organización, elegidos a título personal entre juristas de la más alta autoridad moral, de reconocida competencia en materia de derechos humanos, que reúnan las condiciones requeridas para el ejercicio de las más elevadas funciones judiciales conforme a la ley del país del cual sean nacionales o del Estado que los proponga como candidatos.

2. No debe haber dos jueces de la misma nacionalidad.

Artículo 53

1. Los jueces de la Corte serán elegidos, en votación secreta y por mayoría absoluta de votos de los Estados Partes en la Convención, en la Asamblea General de la Organización, de una lista de candidatos propuestos por esos mismos Estados.

2. Cada uno de los Estados Partes puede proponer hasta tres candidatos, nacionales del Estado que los propone o de cualquier otro Estado miembro de la Organización de los Estados Americanos. Cuando se proponga una terna, por lo menos uno de los candidatos deberá ser nacional de un Estado distinto del proponente.

Artículo 54

1. Los jueces de la Corte serán elegidos para un período de seis años y sólo podrán ser reelegidos una vez. El mandato de tres de los jueces designados en la primera elección, expirará al cabo de tres años. Inmediatamente después de dicha elección, se determinarán por sorteo en la Asamblea General los nombres de estos tres jueces.

2. El juez elegido para reemplazar a otro cuyo mandato no ha expirado, completará el período de éste.

3. Los jueces permanecerán en funciones hasta el término de su mandato. Sin embargo, seguirán conociendo de los casos a que ya se hubieran abocado y que se encuentren en estado de sentencia, a cuyos efectos no serán sustituidos por los nuevos jueces elegidos.

Artículo 55

1. El juez que sea nacional de alguno de los Estados Partes en el caso sometido a la Corte, conservará su derecho a conocer del mismo.

2. Si uno de los jueces llamados a conocer del caso fuere de la nacionalidad de uno de los Estados Partes, otro Estado parte en el caso podrá designar a una persona de su elección para que integre la Corte en calidad de juez ad hoc.

3. Si entre los jueces llamados a conocer del caso ninguno fuere de la nacionalidad de los Estados Partes, cada uno de éstos podrá designar un juez ad hoc.

4. El juez ad hoc debe reunir las calidades señaladas en el artículo 52.

5. Si varios Estados Partes en la Convención tuvieran un mismo interés en el caso, se considerarán como una sola parte para los fines de las disposiciones precedentes. En caso de duda, la Corte decidirá.

Artículo 56

El quórum para las deliberaciones de la Corte es de cinco jueces.

Artículo 57

La Comisión comparecerá en todos los casos ante la Corte.

Artículo 58

1. La Corte tendrá su sede en el lugar que determinen, en la Asamblea General de la Organización, los Estados Partes en la Convención, pero podrá celebrar reuniones en el territorio de cualquier Estado miembro de la Organización de los Estados Americanos en que lo considere conveniente por mayoría de sus miembros y previa aquiescencia del Estado respectivo. Los Estados Partes en la Convención pueden, en la Asamblea General por dos tercios de sus votos, cambiar la sede de la Corte.

2. La Corte designará a su Secretario.

3. El Secretario residirá en la sede de la Corte y deberá asistir a las reuniones que ella celebre fuera de la misma.

Artículo 59

La Secretaría de la Corte será establecida por ésta y funcionará bajo la dirección del Secretario de la Corte, de acuerdo con las normas administrativas de la Secretaría General de la Organización en todo lo que no sea incompatible con la

independencia de la Corte. Sus funcionarios serán nombrados por el Secretario General de la Organización, en consulta con el Secretario de la Corte.

Artículo 60

La Corte preparará su Estatuto y lo someterá a la aprobación de la Asamblea General, y dictará su Reglamento.

Sección 2. Competencia y Funciones

Artículo 61

1. Sólo los Estados Partes y la Comisión tienen derecho a someter un caso a la decisión de la Corte.
2. Para que la Corte pueda conocer de cualquier caso, es necesario que sean agotados los procedimientos previstos en los artículos 48 a 50.

Artículo 62

1. Todo Estado parte puede, en el momento del depósito de su instrumento de ratificación o adhesión de esta Convención, o en cualquier momento posterior, declarar que reconoce como obligatoria de pleno derecho y sin convención especial, la competencia de la Corte sobre todos los casos relativos a la interpretación o aplicación de esta Convención.

2. La declaración puede ser hecha incondicionalmente, o bajo condición de reciprocidad, por un plazo determinado o para casos específicos. Deberá ser presentada al Secretario General de la Organización, quien transmitirá copias de la misma a los otros Estados miembros de la Organización y al Secretario de la Corte.

3. La Corte tiene competencia para conocer de cualquier caso relativo a la interpretación y aplicación de las disposiciones de esta Convención que le sea sometido, siempre que los Estados Partes en el caso hayan reconocido o reconozcan dicha competencia, ora por declaración especial, como se indica en los incisos anteriores, ora por convención especial.

Artículo 63

1. Cuando decida que hubo violación de un derecho o libertad protegidos en esta Convención, la Corte dispondrá que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados. Dispondrá asimismo, si ello fuera procedente, que se reparen las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos y el pago de una justa indemnización a la parte lesionada.

2. En casos de extrema gravedad y urgencia, y cuando se haga necesario evitar daños irreparables a las personas, la Corte, en los asuntos que esté conociendo, podrá tomar las medidas provisionales que considere pertinentes. Si se tratare de asuntos que aún no estén sometidos a su conocimiento, podrá actuar a solicitud de la Comisión.

Artículo 64

1. Los Estados miembros de la Organización podrán consultar a la Corte acerca de la interpretación de esta Convención o de otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados americanos. Asimismo, podrán consultarla, en lo que les compete, los órganos enumerados en el capítulo X de la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires.

2. La Corte, a solicitud de un Estado miembro de la Organización, podrá darle opiniones acerca de la compatibilidad entre cualquiera de sus leyes internas y los mencionados instrumentos internacionales.

Artículo 65

La Corte someterá a la consideración de la Asamblea General de la Organización en cada período ordinario de sesiones un informe sobre su labor en el año anterior. De manera especial y con las recomendaciones pertinentes, señalará los casos en que un Estado no haya dado cumplimiento a sus fallos.

Sección 3. Procedimiento

Artículo 66

1. El fallo de la Corte será motivado.
2. Si el fallo no expresare en todo o en parte la opinión unánime de los jueces, cualquiera de éstos tendrá derecho a que se agregue al fallo su opinión disidente o individual.

Artículo 67

El fallo de la Corte será definitivo e inapelable. En caso de desacuerdo sobre el sentido o alcance del fallo, la Corte lo interpretará a solicitud de cualquiera de las partes, siempre que dicha solicitud se presente dentro de los noventa días a

partir de la fecha de la notificación del fallo.

Artículo 68

1. Los Estados Partes en la Convención se comprometen a cumplir la decisión de la Corte en todo caso en que sean partes.

2. La parte del fallo que disponga indemnización compensatoria se podrá ejecutar en el respectivo país por el procedimiento interno vigente para la ejecución de sentencias contra el Estado.

Artículo 69

El fallo de la Corte será notificado a las partes en el caso y transmitido a los Estados partes en la Convención.

CAPITULO IX

DISPOSICIONES COMUNES

Artículo 70

1. Los jueces de la Corte y los miembros de la Comisión gozan, desde el momento de su elección y mientras dure su mandato, de las inmunidades reconocidas a los agentes diplomáticos por el derecho internacional. Durante el ejercicio de sus cargos gozan, además, de los privilegios diplomáticos necesarios para el desempeño de sus funciones.

2. No podrá exigirse responsabilidad en ningún tiempo a los jueces de la Corte ni a los miembros de la Comisión por votos y opiniones emitidos en el ejercicio de sus funciones.

Artículo 71

Son incompatibles los cargos de juez de la Corte o miembros de la Comisión con otras actividades que pudieren afectar su independencia o imparcialidad conforme a lo que se determine en los respectivos Estatutos.

Artículo 72

Los jueces de la Corte y los miembros de la Comisión percibirán emolumentos y gastos de viaje en la forma y condiciones que determinen sus Estatutos, teniendo en cuenta la importancia e independencia de sus funciones. Tales emolumentos y gastos de viaje será fijados en el programa-presupuesto de la Organización de los Estados Americanos, el que debe incluir, además, los gastos de la Corte y de su Secretaría. A estos efectos, la Corte elaborará su propio proyecto de presupuesto y lo someterá a la aprobación de la Asamblea General, por conducto de la Secretaría General. Esta última no podrá introducirle modificaciones.

Artículo 73

Solamente a solicitud de la Comisión o de la Corte, según el caso, corresponde a la Asamblea General de la Organización resolver sobre las sanciones aplicables a los miembros de la Comisión o jueces de la Corte que hubiesen incurrido en las causales previstas en los respectivos Estatutos. Para dictar una resolución se requerirá una mayoría de los dos tercios de los votos de los Estados miembros de la Organización en el caso de los miembros de la Comisión y, además, de los dos tercios de los votos de los Estados Partes en la Convención, si se tratare de jueces de la Corte.

PARTE III - DISPOSICIONES GENERALES Y TRANSITORIAS

CAPITULO X

FIRMA, RATIFICACION, RESERVA, ENMIENDA, PROTOCOLO Y DENUNCIA

Artículo 74

1. Esta Convención queda abierta a la firma y a la ratificación o adhesión de todo Estado miembro de la Organización de los Estados Americanos.

2. La ratificación de esta Convención o la adhesión a la misma se efectuará mediante el depósito de un instrumento de ratificación o de adhesión en la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos. Tan pronto como once Estados hayan depositado sus respectivos instrumentos de ratificación o de adhesión, la Convención entrará en vigor. Respecto a todo otro Estado que la ratifique o adhiera a ella ulteriormente, la Convención entrará en vigor en la fecha del depósito de su instrumento de ratificación o de adhesión.

3. El Secretario General informará a todos los Estados miembros de la Organización de la entrada en vigor de la Convención.

Artículo 75

Esta Convención sólo puede ser objeto de reservas conforme a las disposiciones de la Convención de Viena sobre

Derecho de los Tratados, suscrita el 23 de mayo de 1969.

Artículo 76

1. Cualquier Estado parte directamente y la Comisión o la Corte por conducto del Secretario General, pueden someter a la Asamblea General, para lo que estime conveniente, una propuesta de enmienda a esta Convención.

2. Las enmiendas entrarán en vigor para los Estados ratificantes de las mismas en la fecha en que se haya depositado el respectivo instrumento de ratificación que corresponda al número de los dos tercios de los Estados Partes en esta Convención. En cuanto al resto de los Estados Partes, entrarán en vigor en la fecha en que depositen sus respectivos instrumentos de ratificación.

Artículo 77

1. De acuerdo con la facultad establecida en el artículo 31, cualquier Estado parte y la Comisión podrán someter a la consideración de los Estados Partes reunidos con ocasión de la Asamblea General, proyectos de protocolos adicionales a esta Convención, con la finalidad de incluir progresivamente en el régimen de protección de la misma otros derechos y libertades.

2. Cada protocolo debe fijar las modalidades de su entrada en vigor, y se aplicará sólo entre los Estados Partes en el mismo.

Artículo 78

1. Los Estados Partes podrán denunciar esta Convención después de la expiración de un plazo de cinco años a partir de la fecha de entrada en vigor de la misma y mediante un preaviso de un año, notificando al Secretario General de la Organización, quien debe informar a las otras partes.

2. Dicha denuncia no tendrá por efecto desligar al Estado parte interesado de las obligaciones contenidas en esta Convención en lo que concierne a todo hecho que, pudiendo constituir una violación de esas obligaciones, haya sido cumplido por él anteriormente a la fecha en la cual la denuncia produce efecto.

CAPITULO XI

DISPOSICIONES TRANSITORIAS

Sección 1. Comisión Interamericana de Derechos Humanos

Artículo 79

Al entrar en vigor esta Convención, el Secretario General pedirá por escrito a cada Estado Miembro de la Organización que presente, dentro de un plazo de noventa días, sus candidatos para miembros de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. El Secretario General preparará una lista por orden alfabético de los candidatos presentados y la comunicará a los Estados miembros de la Organización al menos treinta días antes de la próxima Asamblea General.

Artículo 80

La elección de miembros de la Comisión se hará de entre los candidatos que figuren en la lista a que se refiere el artículo 79, por votación secreta de la Asamblea General y se declararán elegidos los candidatos que obtengan mayor número de votos y la mayoría absoluta de los votos de los representantes de los Estados miembros. Si para elegir a todos los miembros de la Comisión resultare necesario efectuar varias votaciones, se eliminará sucesivamente, en la forma que determine la Asamblea General, a los candidatos que reciban menor número de votos.

Sección 2. Corte Interamericana de Derechos Humanos

Artículo 81

Al entrar en vigor esta Convención, el Secretario General pedirá por escrito a cada Estado parte que presente, dentro de un plazo de noventa días, sus candidatos para jueces de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. El Secretario General preparará una lista por orden alfabético de los candidatos presentados y la comunicará a los Estados Partes por lo menos treinta días antes de la próxima Asamblea General.

Artículo 82

La elección de jueces de la Corte se hará de entre los candidatos que figuren en la lista a que se refiere el artículo 81, por votación secreta de los Estados Partes en la Asamblea General y se declararán elegidos los candidatos que obtengan mayor número de votos y la mayoría absoluta de los votos de los representantes de los Estados Partes. Si para elegir a todos los jueces de la Corte resultare necesario efectuar varias votaciones, se eliminarán sucesivamente, en la forma que determinen los Estados Partes, a los candidatos que reciban menor número de votos.

EN FE DE LO CUAL, los Plenipotenciarios infrascritos, cuyos plenos poderes fueron hallados de buena y debida forma, firman esta Convención, que se llamará "PACTO DE SAN JOSE DE COSTA RICA", en la ciudad de San José, Costa Rica, el veintidós de noviembre de mil novecientos sesenta y nueve.¹⁷⁴

ANEXO II

CONVENÇÃO INTERAMERICANA SOBRE O DESAPARECIMENTO FORÇADO DE PESSOAS

(Adoptada en Belém do Pará, Brasil, el 9 de junio de 1994,
en el vigésimo cuarto período ordinario de sesiones de la Asamblea General)

PREÂMBULO

OS ESTADOS MEMBROS DA ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS,
PREOCUPADOS pelo fato de que subsiste o desaparecimento forçado de pessoas;

REAFIRMANDO que o verdadeiro sentido da solidariedade americana e da boa vizinhança só pode ser o de consolidar neste Hemisfério, no quadro das instituições democráticas, um regime de liberdade individual e de justiça social, fundado no respeito dos direitos essenciais do homem;

CONSIDERANDO que o desaparecimento forçado de pessoas constitui uma afronta à consciência do Hemisfério e uma grave ofensa de natureza hedionda à dignidade inerente à pessoa humana, em contradição com os princípios e propósitos consagrados na Carta da Organização dos Estados Americanos;

CONSIDERANDO que o desaparecimento forçado de pessoas viola múltiplos direitos essenciais da pessoa humana, de caráter irrevogável, conforme consagrados na Convenção Americana sobre Direitos Humanos, na Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem e na Declaração Universal dos Direitos Humanos;

RECORDANDO que a proteção internacional dos direitos humanos é de natureza convencional coadjuvante ou complementar da que oferece o direito interno, e tem como fundamento os atributos da pessoa humana;

REAFIRMANDO que a prática sistemática do desaparecimento forçado de pessoas constitui um crime de lesa-humanidade;

ESPERANDO que esta Convenção contribua para prevenir, punir e eliminar o desaparecimento forçado de pessoas no Hemisfério e constitua uma contribuição decisiva para a proteção dos direitos humanos e para o Estado de Direito,

RESOLVEM adotar a seguinte Convenção Interamericana sobre o Desaparecimento Forçado de Pessoas:

Artigo I

Os Estados Partes nesta Convenção comprometem-se a:

a. não praticar, nem permitir, nem tolerar o desaparecimento forçado de pessoas, nem mesmo em estado de emergência, exceção ou suspensão de garantias individuais;

¹⁷⁴Disponível em: <http://www.oas.org/dil/esp/tratados_B32_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos.htm>. Acesso em: 12 abr. 2013.

- b. punir, no âmbito de sua jurisdição, os autores, cúmplices e encobridores do delito do desaparecimento forçado de pessoas, bem como da tentativa de prática do mesmo;
- c. cooperar entre si a fim de contribuir para a prevenção, punição e erradicação do desaparecimento forçado de pessoas; e
- d. tomar as medidas de caráter legislativo, administrativo, judicial ou de qualquer outra natureza que sejam necessárias para cumprir os compromissos assumidos nesta Convenção.

Artigo II

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 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.

Artigo III

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.

Artigo IV

Os atos constitutivos do desaparecimento forçado de pessoas serão considerados delitos em qualquer Estado Parte. Em consequência, cada Estado Parte adotará as medidas para estabelecer sua jurisdição sobre a causa nos seguintes casos:

- a. quando o desaparecimento forçado de pessoas ou qualquer de seus atos constitutivos tiverem sido perpetrados no âmbito de sua jurisdição;
- b. quando o acusado for nacional desse Estado;
- c. quando a vítima for nacional desse Estado e este o considerar apropriado.

Todo Estado Parte tomará também as medidas necessárias para estabelecer sua jurisdição sobre o delito descrito nesta Convenção, quando o suspeito se encontrar no seu território e o Estado não o extraditar.

Esta Convenção não faculta um Estado Parte a empreender no território de outro Estado Parte o exercício da jurisdição nem o desempenho das funções reservadas exclusivamente às autoridades da outra Parte por sua legislação interna.

Artigo V

O desaparecimento forçado de pessoas não será considerado delito político para os efeitos de extradição.

O desaparecimento forçado será considerado incluído entre os delitos que justificam extradição em todo tratado de extradição celebrado entre Estados Partes.

Os Estados Partes comprometem-se a incluir o delito de desaparecimento forçado como passível de extradição em todo tratado de extradição que celebrarem entre si no futuro.

Todo Estado Parte que sujeitar a extradição à existência de um tratado e receber de outro Estado Parte com o qual não tiver tratado uma solicitação de extradição poderá considerar esta Convenção como base jurídica necessária para a extradição referente ao delito de desaparecimento forçado.

Os Estados Partes que não subordinarem a extradição à existência de um tratado reconhecerão esse delito como passível de extradição, sujeita às condições exigidas pelo direito do Estado requerido.

A extradição estará sujeita às disposições previstas na Constituição e demais leis do Estado requerido.

Artigo VI

Quando um Estado Parte não conceder a extradição, submeterá o caso a suas autoridades competentes como se

o delito tivesse sido cometido no âmbito de sua jurisdição, para fins de investigação e, quando for cabível, de ação penal, de conformidade com sua legislação nacional. A decisão que adotarem essas autoridades será comunicada ao Estado que tiver solicitado a extradição.

Artigo VII

A ação penal decorrente do desaparecimento forçado de pessoas e a pena que for imposta judicialmente ao responsável por ela não estarão sujeitas a prescrição.

No entanto, quando existir uma norma de caráter fundamental que impeça a aplicação do estipulado no parágrafo anterior, o prazo da prescrição deverá ser igual ao do delito mais grave na legislação interna do respectivo Estado Parte.

Artigo VIII

Não se admitirá como causa dirimente a obediência devida a ordens ou instruções superiores que disponham, autorizem ou incentivem o desaparecimento forçado. Toda pessoa que receber tais ordens tem o direito e o dever de não obedecê-las.

Os Estados Partes velarão também para que, na formação do pessoal ou dos funcionários públicos encarregados da aplicação da lei, seja ministrada a educação necessária sobre o delito de desaparecimento forçado de pessoas.

Artigo IX

Os suspeitos dos atos constitutivos do delito do desaparecimento forçado de pessoas só poderão ser julgados pelas jurisdições de direito comum competentes, em cada Estado, com exclusão de qualquer outra jurisdição especial, particularmente a militar.

Os atos constitutivos do desaparecimento forçado não poderão ser considerados como cometidos no exercício das funções militares.

Não serão admitidos privilégios, imunidades nem dispensas especiais nesses processos, sem prejuízo das disposições que figuram na Convenção de Viena sobre Relações Diplomáticas.

Artigo X

Em nenhum caso poderão ser invocadas circunstâncias excepcionais, tais como estado de guerra ou ameaça de guerra, instabilidade política interna ou qualquer outra emergência pública, para justificar o desaparecimento forçado de pessoas. Nesses casos, será mantido o direito a procedimentos ou recursos judiciais rápidos e eficazes, como meio de determinar o paradeiro das pessoas privadas de liberdade ou seu estado de saúde, ou de identificar a autoridade que ordenou a privação de liberdade ou a tornou efetiva.

Na tramitação desses procedimentos ou recursos e de conformidade com o direito interno respectivo, as autoridades judiciárias competentes terão livre e imediato acesso a todo centro de detenção e a cada uma de suas dependências, bem como a todo lugar onde houver motivo para crer que se possa encontrar a pessoa desaparecida, inclusive lugares sujeitos à jurisdição militar.

Artigo XI

Toda pessoa privada de liberdade deve ser mantida em lugares de detenção oficialmente reconhecidos e apresentada, sem demora e de acordo com a legislação interna respectiva, à autoridade judiciária competente.

Os Estados Partes estabelecerão e manterão registros oficiais atualizados sobre seus detidos e, de conformidade com sua legislação interna, os colocarão à disposição dos familiares dos detidos, bem como dos juizes, advogados, qualquer pessoa com interesse legítimo e outras autoridades.

Artigo XII

Os Estados Partes prestar-se-ão cooperação recíproca na busca, identificação, localização e restituição de menores que tenham sido transportados para outro Estado ou retidos neste em consequência do desaparecimento forçado de seus pais, tutores ou guardiães.

Artigo XIII

Para os efeitos desta Convenção, a tramitação de petições ou comunicações apresentadas à Comissão Interamericana de Direitos Humanos em que se alegar o desaparecimento forçado de pessoas estará sujeita aos procedimentos estabelecidos na Convenção Americana sobre Direitos Humanos e nos Estatutos e Regulamentos da Comissão e da Corte Interamericana de Direitos Humanos, inclusive as normas relativas a medidas cautelares.

Artigo XIV

Sem prejuízo do disposto no artigo anterior, quando a Comissão Interamericana de Direitos Humanos receber uma petição ou comunicação sobre um suposto desaparecimento forçado dirigir-se-á, por meio de sua Secretaria Executiva, de forma urgente e confidencial, ao governo pertinente, solicitando-lhe que proporcione, com a maior brevidade possível, a informação sobre o paradeiro da pessoa supostamente desaparecida e qualquer outra informação que julgar pertinente, sem que tal solicitação prejudique a admissibilidade da petição.

Artigo XV

Nada do disposto nesta Convenção será interpretado no sentido de restringir outros tratados bilaterais ou multilaterais ou outros acordos assinados entre as Partes.

Esta Convenção não se aplicará a conflitos armados internacionais regidos pelas Convenções de Genebra de 1949 e seus Protocolos, relativos à proteção dos feridos, doentes e náufragos das forças armadas, e a prisioneiros e civis em tempo de guerra.

Artigo XVI

Esta Convenção estará aberta à assinatura dos Estados membros da Organização dos Estados Americanos.

Artigo XVII

Esta Convenção estará sujeita a ratificação. Os instrumentos de ratificação serão depositados na Secretaria-Geral da Organização dos Estados Americanos.

Artigo XVIII

Esta Convenção ficará aberta à adesão de qualquer outro Estado. Os instrumentos de adesão serão depositados na Secretaria-Geral da Organização dos Estados Americanos.

Artigo XIX

Os Estados poderão formular reservas a esta Convenção no momento de aprová-la, assiná-la, ratificá-la ou de a ela aderir, contanto que não sejam incompatíveis com o objeto e o propósito da Convenção e versem sobre uma ou mais disposições específicas.

Artigo XX

Esta Convenção entrará em vigor para os Estados ratificantes no trigésimo dia a partir da data em que tenha sido depositado o segundo instrumento de ratificação.

Para cada Estado que ratificar a Convenção ou a ela aderir depois de haver sido depositado o segundo instrumento de ratificação, a Convenção entrará em vigor no trigésimo dia a partir da data em que esse Estado tenha depositado seu instrumento de ratificação ou adesão.

Artigo XXI

Esta Convenção vigorará indefinidamente, mas qualquer dos Estados Partes poderá denunciá-la. O instrumento de denúncia será depositado na Secretaria-Geral da Organização dos Estados Americanos. Transcorrido um ano, contado a partir da data de depósito do instrumento de denúncia, a Convenção cessará em seus efeitos para o Estado denunciante, permanecendo em vigor para os demais Estados Partes.

Artigo XXII

O instrumento original desta Convenção, cujos textos em espanhol, francês, inglês e português são igualmente autênticos, será depositado na Secretaria-Geral da Organização dos Estados Americanos, que enviará cópia autenticada do seu texto para registro e publicação ao Secretariado das Nações Unidas, de conformidade com o artigo 102 da Carta das Nações Unidas. A Secretaria-Geral da Organização dos Estados Americanos comunicará aos Estados membros da referida Organização e aos Estados que tenham aderido à Convenção as assinaturas e os depósitos de instrumentos de ratificação, adesão e denúncia, bem como as reservas que houver.