



Centro de Estudos da
Consultoria do Senado

Brasil condenado a legislar pela Corte Interamericana de Direitos Humanos: da obrigação de tipificar o crime de desaparecimento forçado de pessoas

Tarciso Dal Maso Jardim

Textos para Discussão **83**

Janeiro/2011

SENADO FEDERAL

CONSULTORIA LEGISLATIVA

Bruno Dantas – Consultor Geral

O conteúdo deste trabalho é de responsabilidade dos autores e não representa posicionamento oficial do Senado Federal.

CONSULTORIA DE ORÇAMENTOS

Orlando de Sá Cavalcante Neto – Consultor Geral

É permitida a reprodução deste texto e dos dados contidos, desde que citada a fonte. Reproduções para fins comerciais são proibidas.



Criado pelo Ato da Comissão Diretora nº 09, de 2007, o Centro de Estudos da Consultoria do Senado Federal tem por objetivo aprofundar o entendimento de temas relevantes para a ação parlamentar.

CENTRO DE ESTUDOS

Fernando B. Meneguim – Diretor

CONSELHO CIENTÍFICO

Caetano Ernesto Pereira de Araujo

Fernando B. Meneguim

Luís Otávio Barroso da Graça

Luiz Renato Vieira

Paulo Springer de Freitas

Raphael Borges Leal de Souza

Contato:

conlegestudos@senado.gov.br

URL:

<http://www.senado.gov.br/conleg/centroaltosestudos1.html>

ISSN 1983-0645

SUMÁRIO

1	Introdução.....	5
2	Da responsabilidade internacional do Estado por ato ou omissão legislativa.....	6
3	Dos projetos de tipificação do crime de desaparecimento e sua adequação ao sentido interamericano.....	9
3.1	Da tipificação do crime de desaparecimento forçado de pessoas segundo o Estatuto de Roma.....	12
3.2	Desaparecimento forçado não somente como crime contra a humanidade.....	16
3.3	Guerrilheiro também pode ser vítima de crime contra a humanidade	21
3.4	Do crime continuado ou permanente, imprescritível e não anistiável	24
3.5	Do exercício da jurisdição militar	32
4	Conclusão – Do efeito vinculante da sentença internacional	34

Brasil condenado a legislar pela Corte Interamericana de Direitos Humanos: da obrigação de tipificar o crime de desaparecimento forçado de pessoas

Tarciso Dal Maso Jardim¹

1 INTRODUÇÃO

A Corte Interamericana de Direitos Humanos (CorteIDH), no *Caso Gomes Lund e outros (Guerrilha do Araguaia)*, em sentença de 24 de novembro de 2010², responsabilizou o Brasil a tipificar o crime de desaparecimento forçado de pessoas, entre outras medidas. O caso diz respeito à responsabilidade do Estado brasileiro pela detenção arbitrária, tortura e desaparecimento forçado de membros do Partido Comunista do Brasil e camponeses, em decorrência de operações do Exército entre 1972 e 1975 para erradicar a *Guerrilha do Araguaia*.

Mais precisamente, o § 109 da mencionada sentença determina que o Brasil deva regulamentar o desaparecimento forçado como delito autônomo, a fim de permitir a persecução penal de um crime que se caracteriza justamente pelo objetivo de impedir o exercício dos recursos legais pelas vítimas e familiares, e eliminar todos os obstáculos jurídicos para julgar seus responsáveis. Os §§ 284-7 determinam que a tipificação do delito do desaparecimento forçado de pessoas é uma garantia de não repetição do ilícito. No item 15 da parte resolutiva da sentença, a CorteIDH dispõe que o Brasil deve tipificar o delito de desaparecimento forçado de pessoas em conformidade com os parâmetros interamericanos, nos termos do estabelecido no § 287 da sentença.

O § 287 insta o Brasil a seguir com a tramitação dos Projetos de Lei nº 301, de 2007 e nº 4.038, de 2008 e ratificar a Convenção Interamericana sobre Desaparecimento Forçado de Pessoas. Sobre esses projetos, no § 285, determina a CorteIDH que eles não atendem por completo ao padrão interamericano porque correspondem à definição de

¹ Consultor legislativo do Senado Federal, observador internacional na Conferência diplomática (Roma) e nas reuniões (sede das Nações Unidas) constitutivas do Tribunal Penal Internacional, membro da delegação brasileira na primeira conferência de revisão do Estatuto de Roma (Uganda), membro dos grupos de trabalho que elaboraram o projeto de implementação do Estatuto de Roma.

² CorteIDH. *Caso Gomes Lund e outros (Guerrilha do Araguaia) c. Brasil. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 24 de novembro de 2010. Série C nº 219.

crime contra humanidade posta no Estatuto de Roma, ou seja, de atos sistemáticos ou generalizados cometidos como parte de um ataque contra a população civil. Diferentemente, segundo a CorteIDH, a adequada tipificação deve incluir: a) a eliminação de instituições jurídicas como a anistia e a prescrição; b) a eliminação da competência da justiça militar; c) a investigação da totalidade das condutas das pessoas implicadas, e d) a determinação das sanções proporcionais à gravidade do crime.

Passo, então, a analisar a sentença nesse aspecto particular, a condenação do Brasil a tipificar o crime de desaparecimento forçado de pessoas.

2 DA RESPONSABILIDADE INTERNACIONAL DO ESTADO POR ATO OU OMISSÃO LEGISLATIVA

Há mais de 10 anos adverti que nosso comportamento em relação à Convenção Americana de Direitos Humanos constituía *verdadeiro ilícito internacional, no qual incorre o Brasil mediante a prática dos três poderes constituídos*³. Em relação à responsabilidade por omissão legislativa, afirmei à época:

o desaparecimento forçado é um crime que tem variação em seus motivos (por vezes, sem motivos, de forma gratuita, equivocada), além de possuir caráter continuado e permanente. Enquanto uma espécie de violação múltipla de direitos fundamentais, de extrema gravidade, deve ser tipificado de forma genérica pelo Estado⁴.

O fato ilícito que caracteriza a responsabilidade internacional do Estado pode ser de qualquer de seus órgãos, independente de sua natureza, inclusive legislativa e judiciária. Entre vários casos sobre o assunto⁵, cabe destacar o que versa sobre o mandado de prisão de ministro congolês emitido pela Bélgica, com base em lei de jurisdição universal sobre crimes internacionais, com possibilidade de julgamento *in absentia* e sem considerar imunidades de autoridades estrangeiras⁶. Nesse caso, a

³ JARDIM, Tarciso Dal Maso. *O Crime do Desaparecimento Forçado de Pessoas*. Brasília-DF: Brasília Jurídica, 1999, p. 198.

⁴ Idem, op. cit, p. 199.

⁵ O art. 4.1 do projeto da Comissão de Direito Internacional das Nações Unidas sobre responsabilidade dos Estados por fato internacionalmente ilícito é taxativo: *1. The conduct of any State organ shall be considered an act of that State under international law, whether the organ exercises legislative, executive, judicial or any other functions, whatever position it holds in the organization of the State, and whatever its character as an organ of the central government or of a territorial unit of the State* (Doc. A/RES/56/83).

⁶ CIJ. *Arrest Warrant of 11 April 2000 (Democratic Republic of the Congo v. Belgium)*, Judgment, I.C.J. Reports 2002, p. 3.

Corte Internacional de Justiça ordenou anular esse mandado e a Bélgica refez sua legislação⁷.

No caso *Guerrilha do Araguaia*, a ausência de tipificação do desaparecimento forçado assume variado caráter. Primeiro, diz respeito ao princípio pelo qual o Estado que ratifica um tratado deve introduzir no seu direito interno modificações de adequação⁸, que a CorteIDH considera com status consuetudinário⁹. No caso da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (CADH) essa obrigação geral decorre de seu art. 2º¹⁰ e devem ser efetivas¹¹. Segundo, ela é fato gerador de responsabilidade por impedir julgamentos de acusados por crime no caso concreto. Terceiro, diz respeito à obrigação do Estado responsável pelo fato internacionalmente ilícito de oferecer garantias de sua não-repetição¹². Essa obrigação, pela Convenção Internacional para a Proteção de Todas as Pessoas Contra o Desaparecimento Forçado (CIDF), é uma forma de reparação, ao lado da indenização, da restituição, da reabilitação e da satisfação, a

⁷ A lei belga objeto de polêmica é de 16 de junho de 1993, sobre a repressão de infrações graves às Convenções de Genebra de 12 de agosto de 1949 e seus Protocolos adicionais I e II de 8 de junho de 1977, e foi emendada por lei de 10 de fevereiro de 1999 a fim de abranger também o crime de genocídio e os crimes contra a humanidade. A questão envolvia a competência universal da Bélgica sobre crimes internacionais, independente do local do crime ou da nacionalidade de seus autores (art. 7º), e o fato de não respeitar imunidades de autoridades estrangeiras, seja a *ratione personae* (altas autoridades em exercício não poderiam ser julgadas por tribunal estrangeiro em nenhuma hipótese), seja a funcional (certos atos são considerados típicos de Estado e não poderiam ser questionados em tribunal estrangeiro) – art. 5º emendado em 1999. Ademais, dois aspectos processuais permitiram o uso excessivo dessa competência, a incluir acusação do Ministro de Relações Exteriores da República Democrática do Congo, o que levou a situação à Corte Internacional de Justiça (CIJ). O primeiro aspecto é o fato de essa competência superar o art. 12 da introdução do Código de Processo Penal belga e permitir julgamento mesmo na ausência dos acusados em território belga. Segundo, o CPP belga permite que parte civil inicie esse tipo de ação, independente do Ministério Público ou do Juiz. Em 23 de abril de 2003, nova emenda à essa lei foi promulgada, a fim de adequar a legislação interna à sentença da CIJ. Entre as modificações, garantem-se certas imunidades e adequa-se a lei ao Tribunal Penal Internacional (TPI). Entretanto, a emenda do art. 7º feita por essa lei permite um filtro da ação sob o comando do Executivo, o que gerou muita controvérsia. Como resultado, a lei de 5 de agosto de 2003 revoga a lei de 1993 e suas emendas, promovendo alterações nos códigos penais e processuais penais belgas e garantindo a imunidade *ratione personae* de altas autoridades, reduzindo a competência universal e conferindo ao Ministério Público o controle da ação (Art. 10, 1 bis, da introdução do CPP belga).

⁸ Esse princípio também é conhecido como *principe allant de soi*. RAMÍREZ, Sergio García. *La jurisdicción internacional. Derechos humanos y la justicia penal*. México: Porrúa, 2003 p.313.

⁹ CorteIDH. *Caso Garrido y Baigorria c. Argentina. Reparaciones y Costas*. Sentença de 27 de agosto de 1998. Série C nº 39, § 68; *Caso Zambrano Vélez y otros c. Ecuador. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentença de 4 de julho de 2007. Série C nº 166, § 55; *Caso La Cantuta c. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentença de 29 de novembro de 2006. Série C nº 162, § 170.

¹⁰ CorteIDH. *Caso “La Última Tentación de Cristo” (Olmedo Bustos y otros) c. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentença de 5 de fevereiro de 2001. Série C nº 73, § 87; *Caso La Cantuta*, § 171, ver nota 6; *Caso Zambrano Vélez y otros*, § 56, ver nota 6.

¹¹ *Caso Ivcher Bronstein c. Perú. Competencia*. Sentença de 24 de setembro de 1999. Série C nº 54, § 37; *Caso La Cantuta*, § 171, ver nota 6; *Caso Zambrano Vélez y otros*, § 56, ver nota 6.

¹² Art. 30 do projeto da Comissão de Direito Internacional das Nações Unidas sobre responsabilidade dos Estados por fato internacionalmente ilícito (Doc. A/RES/56/83).

qual o Estado Parte deve assegurar que sua legislação garanta às vítimas de desaparecimento (art. 24, §§ 4º e 5º).

Literalmente, o mencionado item 15 do desfecho da sentença do Caso *Guerrilha do Araguaia* assim dispõe:

15. O Estado deve 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.

Primeiro, por sua jurisprudência, a CorteIDH considera que a adequação do direito interno à CADH pode ser de duas ordens: 1. revogação de normas e supressão de práticas que violem direitos humanos ali reconhecidos, ou impedem ou imponham obstáculos a seu exercício; e 2. legislar ou desenvolver práticas para a efetiva observância desses direitos¹³.

Segundo, a ausência de tipificação não deve impedir o julgamento dos casos de desaparecimentos forçados. Ela auxiliará nessa repressão por ser mais eficaz. No caso *Caballero Delgado y Santana*, claramente a CorteIDH determina que a tipificação segundo a Convenção Interamericana de Desaparecimento Forçado de Pessoas, de 1994 (CIDFP), é desejável, mas a falta dela não evitou os processos na justiça colombiana e esse é o objetivo, julgar¹⁴. A obrigação do Estado Parte da CADH é a repressão penal imediata dos responsáveis pela violação grave aos direitos humanos e, para tanto, *in casu* é melhor tipificar o crime do desaparecimento forçado. Diferentemente, para os Estados Partes da Convenção interamericana de 1994 (CIDFP), essa tipificação passa a ser obrigação jurídica por força de seu art. III. Esse raciocínio é confirmado no Caso *Heliodoro Portugal vs. Panamá*¹⁵.

¹³ CorteIDH. *Caso Castillo Petruzzi y otros c. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentença de 30 de maio de 1999. Série C nº 52, § 207; *Caso Almonacid Arellano y otros c. Chile. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentença de 26 de setembro de 2006. Série C nº 154, § 118; *Caso Salvador Chiriboga c. Ecuador. Excepción Preliminar y Fondo*. Sentença de 6 de maio de 2008. Série C nº 179, § 122.

¹⁴ CorteIDH. *Caballero Delgado y Santana. Reparaciones y Costas*. Sentença de 29 de janeiro de 1997. Série C nº 31, § 56.

¹⁵ CorteIDH. *Caso Heliodoro Portugal vs. Panamá. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentença de 12 de agosto de 2008. Série C nº 186, §§ 184-5.

Incidentalmente, a CorteIDH insta o Brasil a ratificar a CIDFP, que atualmente está sob análise da Comissão de Relações Exteriores do Senado Federal e serviria de base para essa tipificação¹⁶. Entretanto, estranhamente não há referências sobre a Convenção Internacional para a Proteção de Todas as Pessoas Contra o Desaparecimento Forçado (CIDF), assinada em Paris em 6 de fevereiro de 2007. Essa Convenção foi aprovada em 1º de setembro de 2010¹⁷ e ratificada dia 29 de novembro de 2010. Essa omissão é inexplicável, já que essa Convenção preenche várias lacunas na legislação pátria e servirá para responder parte do recomendado pela CorteIDH.

Entre seus dispositivos, o art. 4º da CIDF dispõe que cada Estado Parte tomará as medidas necessárias para assegurar que o desaparecimento forçado constitua crime em conformidade com seu direito penal. Portanto, a CorteIDH condenou o Brasil a fazer algo que norma por ele aceita agora o obriga a fazer. Contudo, não fosse assim, estaria indicando garantia de não-repetição, que é obrigação do Estado. Eis o trecho em comentário:

287. De acordo com o anteriormente exposto, o Tribunal insta o Estado a que dê prosseguimento à tramitação legislativa e a que adote, em prazo razoável, todas as medidas necessárias para ratificar a Convenção Interamericana sobre o Desaparecimento Forçado de Pessoas. Por outro lado, de acordo com a obrigação decorrente do artigo 2 da Convenção Americana, o Brasil deve adotar as medidas que sejam necessárias para tipificar o delito de desaparecimento forçado de pessoas, em conformidade com os parâmetros interamericanos. Essa obrigação vincula a todos os poderes e órgãos estatais em seu conjunto. Nesse sentido, como esta Corte salientou anteriormente, o Estado não deve limitar-se a promover o projeto de lei de que se trata, mas assegurar sua pronta sanção e entrada em vigor, de acordo com os procedimentos estabelecidos no ordenamento jurídico interno. Enquanto cumpre essa medida, o Estado deverá adotar todas aquelas ações que garantam o efetivo julgamento e, se for o caso, punição dos fatos constitutivos do desaparecimento forçado, através dos mecanismos existentes no direito interno.

3 DOS PROJETOS DE TIPIFICAÇÃO DO CRIME DE DESAPARECIMENTO E SUA ADEQUAÇÃO AO SENTIDO INTERAMERICANO

A CorteIDH insta o Brasil a seguir com a tramitação dos Projetos de Lei nº 301, de 2007 e nº 4.038, de 2008, porém complementando-os com tipificação em sentido

¹⁶ Projeto de Decreto Legislativo nº 116, de 2008.

¹⁷ Decreto Legislativo nº 661, de 2010.

interamericano. O Projeto de Lei 301/07 (apensado o Projeto de Lei 4.038/08) define condutas que constituem crimes internacionais, de violação do direito internacional humanitário e dos direitos humanos, e estabelece normas para a cooperação judiciária com o Tribunal Penal Internacional. Essa construção legislativa corresponde, em última instância, a obrigações derivadas do Estatuto do Tribunal Penal Internacional (TPI)¹⁸.

O processo que culminou nos projetos de lei de implementação do Estatuto de Roma pode ser considerado pleno de particularidades, a respeito da incorporação de um tratado internacional no ordenamento interno. Não há, é verdade, metodologia coordenada ou procedimento fixo para, uma vez promulgado um tratado internacional no Brasil, adaptar a legislação brasileira de acordo com seus preceitos. Tal situação não favorece a eficácia dos tratados no plano nacional e limita as possibilidades de o Brasil respeitar totalmente suas obrigações internacionais. Contudo, importa aclarar que a implementação do Estatuto de Roma não será o primeiro exemplo pátrio exitoso dessa ordem e, de temática afim, são dignas de nota as leis internas sobre o genocídio¹⁹, a tortura²⁰ e as minas antipessoais²¹. Por oportuno, o mesmo deve ser feito em relação à CIDF, que será outra base de tipificação do crime de desaparecimento forçado, ao lado do Estatuto de Roma e da sentença *Guerrilha do Araguaia*, já que não ratificamos a Convenção interamericana sobre o assunto (CIDFP).

Alerto para a originalidade do caso em espécie porque o primeiro anteprojeto de lei de implementação do Estatuto de Roma foi produto de demanda da Comissão de Direitos Humanos da Câmara dos Deputados, aliada a várias organizações, antes mesmo da ratificação do tratado²². Diante esse movimento, o Ministério da Justiça criou grupo

¹⁸ Sobre esse assunto, ver: JARDIM, Tarciso Dal Maso. “Le projet Brésilien de mise en oeuvre du Statut de Rome”. In Matthias Neuner (Org.). *National Legislation Incorporating International Crimes*. Berlin: *Berliner Wissenschafts Verlag*, 2003, pp. 209-220; JARDIM, Tarciso Dal Maso, GUEVARA, J. *La Corte Penal Internacional: una visión iberoamericana*. Ciudad de México: Editorial Porrúa, 2005; JARDIM, Tarciso Dal Maso, STEINER, S. “Implementation of the Rome Statute in Brazil”. In Roy S. Lee. (Org.). *States' Responses to Issues Arising from the ICC Statute: Constitutional, Sovereignty, Judicial Cooperation and Criminal Law*. Nova Iorque: Transnational Publishers, 2005, pp. 179-214.

¹⁹ Lei nº 2.889, de 1º de outubro de 1956, e os arts. 208, 401 e 402 do Código Penal Militar, de 21 de outubro de 1969, que tipifica crimes previstos na Convenção de 1948 para a Prevenção e a Repressão do Crime de Genocídio.

²⁰ Lei nº 9.455, de 7 de abril de 1997, e a Convenção contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes, de 1984, e a Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura, de 1985.

²¹ Lei nº 10.300, de 31 de outubro de 2001, e a Convenção sobre a Proibição do Uso, Armazenamento, Produção e Transferência de Minas Antipessoal e sobre sua Destruição, de 1997.

²² Sempre em 2002, o Estatuto de Roma foi aprovado pelo Decreto Legislativo nº 112, em 6 de junho, ratificado em 20 de junho e promulgado pelo Decreto nº 4.388, de 25 de setembro.

de trabalho intitulado *Estatuto de Roma*, composto por juristas, procuradores civis e militares, representantes do Ministério da Justiça, do Ministério das Relações Exteriores e do Judiciário²³. O primeiro anteprojeto foi finalizado após seis meses de labor e entregue ao Ministro da Justiça em sessão solene²⁴. Após mudança de governo e sugestões da Subchefia de Assuntos Jurídicos da Casa Civil²⁵, outro grupo foi instalado pela Secretaria Especial de Direitos Humanos para rever esse anteprojeto, em 2004²⁶, e uma sucessão de debates foi sendo travado. A fim de acelerar o envio de projeto de lei pelo Executivo, o Dep. Fantazzini elaborou o PL nº 6.830, de 2006, que foi reapresentado pelo Dep. Rosinha sob o nº 301, de 2007. Essa proposição foi sendo aprovada e, quando já estava na CCJC (Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania) da Câmara dos Deputados, o Executivo Federal foi forçado, então, a apresentar o PL nº 4.038, de 2008. Outra particularidade desse movimento legislativo é a constitucionalização do Estatuto de Roma pela aceitação de sua jurisdição mediante o § 4º do art. 5º da CF²⁷.

Desde 2002, a opção legislativa foi elaborar regime geral especial dedicado ao assunto, ao invés de modificar a legislação existente de direito penal e processual penal, comum e militar, ou de elaborar mais de um projeto (um para o exercício da complementaridade da jurisdição interna e outro para a cooperação com o TPI²⁸). Esse regime particular apresenta vantagens, como o didatismo de reunir em um só instrumento a normativa sobre o exercício da jurisdição brasileira e a cooperação internacional com o Tribunal Penal Internacional (TPI), e de sistematizar a tipificação

²³ Portarias nº 1.036, de 13 de novembro de 2001, e nº 416, de 23 de abril de 2002.

²⁴ Sessão de 25 de outubro de 2002.

²⁵ Nota SAJ nº 613/04 DCF.

²⁶ Portaria nº 58, de 10 de maio de 2004.

²⁷ Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004, o § 4º, do art. 5º, dispõe: *§ 4º O Brasil se submete à jurisdição de Tribunal Penal Internacional a cuja criação tenha manifestado adesão.*

²⁸ Até maio de 2010, trinta e três (33) Estados-Partes haviam promulgado legislação implementando a complementaridade e a cooperação: Argentina, Austrália, Bélgica, Canadá, Croácia, Estônia, Finlândia, Geórgia, Alemanha, Islândia, Quênia, Irlanda, República da Coreia, Letônia, Lituânia, Macedônia, Malta, Montenegro, Holanda, Nova Zelândia, Noruega, Polônia, Samoa, Portugal, Senegal, Sérvia, Eslováquia, Eslovênia, África do Sul, Espanha, Trinidad e Tobago, Reino Unido, Uruguai; onze Estados-Partes haviam promulgado legislação só de cooperação, sendo que três deles haviam elaborado projeto de complementaridade (França, Peru e Suíça) e oito não (Áustria, Bulgária, Comores, Dinamarca, Japão, Liechtenstein, Romênia, Suécia); doze (12) Estados-Partes haviam promulgado legislação de complementaridade, dos quais dois já haviam elaborado projeto sobre cooperação (República Checa e Fiji) e os demais não (Albânia, Bósnia e Herzegovina, Burundi, Chile, República do Congo, Chipre, Mali, Níger, Panamá, Timor-Leste). AMNESTY INTERNACIONAL. *International Criminal Court: Rome Statute Implementation Report Card (part one)*. London: Amnesty Internacional, 2010.

das condutas envolvidas. Trata-se de criação de sistema autônomo²⁹, novo, que permitirá prever penas adequadas para reprimir crimes internacionais, evitará obstáculos ao julgamento de seus responsáveis e viabilizará a cooperação internacional³⁰.

Optou-se pela máxima fidelidade ao Estatuto de Roma do TPI, incluindo a didática repetição de certos artigos, a fim de facilitar a tarefa dos operadores jurídicos brasileiros, apesar de seus dispositivos já possuírem eficácia interna, inclusive com recepção constitucional. Entretanto, em outros momentos foi necessário se distanciar da fidelidade ao Estatuto para adotar posição mais severa, como a proibição de recrutamento de menores de 18 anos (não de 15 anos), ou mais branda, como a não aceitação da pena de prisão perpétua. Em outros termos, pretende-se possibilitar julgamento interno de crimes internacionais em respeito à Constituição, ao idioma e a cultura jurídica brasileira, bem como em cumprimento a outras obrigações internacionais assumidas pelo Brasil.

Evidentemente, a tipificação do desaparecimento forçado de pessoas nos Projetos de Lei 301/07 e 4.038/08 pretende se aproximar ao máximo do previsto no Estatuto do Tribunal Penal Internacional (TPI) como um crime contra a humanidade.

3.1 Da tipificação do crime de desaparecimento forçado de pessoas segundo o Estatuto de Roma

O Anteprojeto do Estatuto do TPI, elaborado pela Comissão de Direito Internacional das Nações Unidas em 1994³¹, não especificava o rol de crimes que deveriam ser enquadrados como crimes contra a humanidade³². Entretanto, no Relatório do Comitê Preparatório para o Estabelecimento de um Tribunal Penal Internacional

²⁹ Isso não significa rejeição da regra de subsidiariedade. Ver art. 3º do Substitutivo aos Projetos de Lei 301/07 e 4.038/08, aprovado na CCJC da Câmara dos Deputados: “Aplicam-se subsidiariamente aos crimes previstos nesta Lei o Código Penal e o Código de Processo Penal, quando processados e julgados pela Justiça Federal, e o Código Penal Militar e o Código de Processo Penal Militar, quando processados e julgados pela Justiça Militar da União”.

³⁰ O art. 1º do Substitutivo aprovado na CCJC da Câmara dos Deputados, objeto desse trabalho confirma essa decisão: *Esta Lei dispõe sobre o crime de genocídio, define os crimes contra a humanidade, os crimes de guerra e os crimes contra administração da justiça do Tribunal Penal Internacional, institui normas processuais específicas e dispõe sobre a cooperação com Tribunal Penal Internacional.*

³¹ Doc. G. A., 49th Sess., Supp. nº 10, A/49/10, 2 May-22 July, 1994.

³² Art. 20, alínea e, do Anteprojeto. Além dos crimes contra a humanidade, esse *Draft* do Estatuto previa, em seu art. 20, o crime de genocídio (alínea a), o crime de agressão (alínea b), as sérias violações dos direitos e costumes aplicados em conflitos armados (alínea c) e os crimes consagrados nos tratados listados no Anexo do *Draft*, chamados de *treaty crimes* (alínea e).

(volume II – compilação de propostas)³³, inspirado pelo princípio da legalidade e pela posição geral dos Estados de especificar os crimes, houve proposta, dentre várias, que mencionava o *sequestro seguido do desaparecimento da pessoa* como crime contra a humanidade. A controvérsia sobre a inclusão desse crime continuou, como ficaria explícito nas decisões tomadas pelo Comitê Preparatório, entre 11 e 21 de fevereiro de 1997, no que diz respeito à definição de crimes³⁴. Nessa oportunidade, o *desaparecimento forçado de pessoas* aparece como crime contra a humanidade, mas com a ressalva da necessidade de mais tempo para refletir sobre a sua inclusão.

Sobre a definição desse crime, houve duas propostas básicas. A primeira propunha que as bases de definição desse crime deveriam ser a Convenção Interamericana de Desaparecimento Forçado de Pessoas (CIDFP) e a Declaração sobre a Proteção de Todas as Pessoas contra o Desaparecimento Forçado ou Involuntário (DPCDF)³⁵. Já a segunda sugestionava os seguintes termos: por *desaparecimento forçado de pessoas* entende-se a situação em que pessoas sejam presas, detidas ou sequestradas, contra suas vontades, por Estado ou organização política ou com a autorização, o apoio ou a aquiescência destes, seguida pela negativa de informar sobre a privação de liberdade ou de dar informações sobre a sorte ou o paradeiro dessas pessoas, deixando-as assim fora do amparo da lei.

O Projeto de Estatuto do TPI final³⁶, que foi a base das discussões em Roma, adotaria a segunda proposta, ainda sob ressalva. Durante a Conferência de Roma, de um lado, houve pressão de organizações não governamentais pela inclusão do crime do desaparecimento forçado, com a contrapartida de alguns Estados para excluir esse crime da competência do Tribunal. De outro lado, havia a tendência de alguns governos incluírem na tipificação dos crimes alguma intencionalidade específica, a fim de dificultar o momento probatório.

Assim, o desaparecimento forçado de pessoas foi admitido no pacote de acordos do dia 6 de julho de 1998³⁷ e confirmado enquanto art. 7º, § 2º, alínea *i* do Estatuto de Roma. Essa foi a primeira vez que esse crime foi tipificado por Estatuto de tribunal internacional penal. Por exemplo, o Tribunal Penal Internacional para a Ex-Iugoslávia

³³ Doc. G. A., 51st Sess., Supp. nº 22, A/51/22, 1996.

³⁴ Doc. A/AC. 249/1997/L.5, 1997.

³⁵ Não havia sido celebrada a CIDF.

³⁶ Doc. A/CONF.183/2/Add.1, de 14 de abril de 1998.

³⁷ Doc. A/CONF.183/C.1/L.53.

(TPIY), quando se deparou com desapareções forçadas, classificou-as como crime contra a humanidade na categoria de *outros atos desumanos*, por ausência de tipificação específica. No caso *Kupreškić e outros*, o TPIY considerou que na categoria de *outros atos desumanos* de seu Estatuto figuraria o desaparecimento forçado de pessoas, desde que praticado de forma sistemática ou generalizada, a fim de alcançar a gravidade das demais categorias ínsitas no art. 5º de seu Estatuto³⁸.

Enfim, o conceito do Estatuto de Roma é o seguinte: por desaparecimento forçado de pessoas entende-se a prisão, detenção ou sequestro de pessoas por um Estado ou por organização política, ou com a autorização, apoio ou aquiescência destes, seguidos da negativa de informar sobre a privação de liberdade ou dar informação sobre a sorte ou o paradeiro dessas pessoas, com a intenção de deixá-las fora do amparo da lei por um período prolongado. Esse conceito foi mantido no Estatuto definitivo, enquanto crime contra a humanidade.

Na realidade, essa definição é inspirada na CIDFP e na DPCDF, mas guarda diferenças³⁹. A primeira distinção a ser feita é sobre sentido mais abrangente do Estatuto de Roma, pois considera qualquer organização política ou o Estado como responsáveis diretos pelo crime, sem excluir a responsabilidade penal dos agentes envolvidos de forma indireta (mediante autorização, apoio ou aquiescência), mesmo quando, por exemplo, esse crime for praticado por grupos irregulares, o que é muito comum⁴⁰. Distintamente, o sistema interamericano atribui essa responsabilidade somente ao Estado e seus cúmplices.

A segunda diferença conduz a termos mais restritivos do Estatuto de Roma, em comparação aos do sistema interamericano. Ela diz respeito a considerar o desaparecimento forçado como parte de ataque generalizado ou sistemático contra população civil, e não simplesmente como ação contra *pessoas ou grupos de pessoas*, como dispõe o art. 2º da CIDFP, conforme será detalhado no próximo item.

A terceira diferença é a de que no Estatuto de Roma o começo do desaparecimento se realiza pela prisão, detenção ou sequestro da vítima principal,

³⁸ TPIY. *Kupreškić et al. (Lašva Valley)*. Trial Judgement. Sentença de 14 de janeiro de 2000, § 566.

³⁹ CARRASCO, Salvador Martín Herencia. *La Implementación del Estatuto de Roma en la Región Andina: los casos de Bolivia, Colombia y Perú*. Perú: Comisión Andina de Juristas, 2005, p.130. Ver também CorteIDH, *Caso Blanco Romero y otros c. Venezuela. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentença de 28 de novembro de 2005. Série C nº 138, § 105.

⁴⁰ Esse quadro não se alterou no Relatório do Encontro Entre Sessões de 19 a 30 de Janeiro de 1998, em Zutphen (Holanda). Doc. A/AC.249/1998/L.13, 1998.

enquanto no sistema interamericano não importa esse método. Nesse aspecto, o art. 2º da CIDF corrigiu a restrição e abriria o ato executório inicial do desaparecimento também a *qualquer outra forma de privação de liberdade*, além das possibilidades do Estatuto de Roma.

Por fim, outra diferença é o indesejável dolo especial exigido na parte final do conceito do Estatuto de Roma: (...), *com a intenção de deixá-las fora do amparo da lei por um período prolongado*. O conjunto dos atos do desaparecimento forçado impede, sem dúvida, o exercício dos recursos legais e das garantias processuais pertinentes: pelo próprio desaparecido, em razão da detenção arbitrária, e pelos familiares, companheiros e amigos, a fim de saberem a sorte ou o paradeiro do desaparecido. Entretanto, o desaparecimento forçado é um crime complexo, sempre envolvendo várias pessoas, geralmente com divisão de tarefas (e.g., planejamento, cooperação, sequestro, encarceramento, isolamento, tortura psicológica, tortura física e, na maioria dos casos, assassinato e ocultação do cadáver). Não é lógico confundir a consequência de privar pessoas da proteção legal com a necessidade de provar dolo específico de deixar a vítima privada desse amparo *por tempo prolongado*.

A quanto tempo corresponderia o *período prolongado* e quem precisamente teria a intenção de deixar alguém sem amparo da lei por período prolongado? A responsabilidade internacional do Estado nesse caso dista da responsabilidade penal individual, já que aquela envolve todos os fatos em um sujeito, o Estado, enquanto a responsabilidade penal envolverá várias pessoas. Funções distintas são exercidas na concretização desse crime complexo e, muitas vezes, há partícipe de determinada fase do crime que desconhece os sujeitos e os atos de outras fases. É verdade que o tempo é um elemento chave do crime do desaparecimento forçado, mas não na caracterização matemática da *mens rea* de todos os criminosos envolvidos. Felizmente, os elementos constitutivos do crime do desaparecimento forçado⁴¹, definidos após o Estatuto de Roma, atenuaram esse problema ao identificar o dolo desse tipo penal como a consciência de que: 1. essa privação de liberdade no curso normal dos acontecimentos seria sucedida pela negativa de seu reconhecimento ou de informações sobre o ocorrido com a vítima; ou 2. essa negativa precedeu ou acompanhou a privação de liberdade.

⁴¹ Doc. ICC-ASP/1/3.

A considerar essas observações, o Substitutivo aos projetos em trâmite na Câmara dos Deputados (PL 301/2007 e o apensado PL 4.038/2008), aprovado por sua CCJC, dispõe que: primeiro, todo tipo de privação de liberdade é admitido como ato inicial; segundo, esse crime não se reduz a ato de Estado, estendendo-se a qualquer organização política, e de seus cúmplices; terceiro, a ocultação ou negativa da privação de liberdade ou de informação sobre o destino da vítima se transforma em ato secundário essencial; quarto, deixar o detido fora do amparo legal é resultado, não intenção, e tem tempo fixo de, no mínimo, quarenta e oito horas; se for superior a trinta dias, o crime tem forma qualificada, com aumento considerável de pena; quinto, esse crime é permanente até o esclarecimento da sorte ou paradeiro da vítima, *textus*:

Crime contra a humanidade por desaparecimento forçado

Art. 30. Apreender, deter, sequestrar ou de outro modo privar alguém de liberdade, ainda que legalmente, em nome do Estado ou de organização política, ou com a autorização, apoio ou aquiescência destes, ocultando ou negando a privação da liberdade ou informação sobre sua sorte ou paradeiro a quem tenha o direito de sabê-lo, deixando o detido fora do amparo legal por período superior a quarenta e oito horas:

Pena: reclusão, de cinco a quinze anos, sem prejuízo da concorrência de outros crimes.

§ 1º Na mesma pena incorre quem ordena os atos definidos neste artigo ou mantém a pessoa detida sob sua guarda, custódia ou vigilância.

§ 2º O crime perdura enquanto não seja esclarecida a sorte ou o paradeiro da pessoa detida, ainda que sua morte ocorra em data anterior.

Desaparecimento forçado qualificado

§ 3º A pena será de dez a trinta anos de reclusão, se o desaparecimento durar mais de trinta dias.

3.2 Desaparecimento forçado não somente como crime contra a humanidade

A CorteIDH adverte, em sua sentença contra o Brasil, que a definição ligada ao Estatuto de Roma não é suficiente e que necessitaria incorporar o tipo penal no sentido interamericano. Apesar de a CorteIDH nessa sentença não ser clara, cotejo o desaparecimento forçado como crime contra a humanidade ou como violação de direitos humanos em geral, sem ser na sua forma mais grave. Portanto, duas tipificações são necessárias e, em minha opinião, o tipo destacado do art. 30 do Substitutivo aprovado

na CCJC da Câmara é adequado para ambos os casos e supera as incongruências entre o sistema interamericano, o Estatuto de Roma e a CIDF.

Portanto, restaria separar, de um lado, tipo penal como crime contra humanidade, que é violação grave de direitos humanos caracterizada por ser parte de ataque generalizado ou sistemático contra população civil. De outro lado, tipo penal no sentido singular, que é ato contra uma ou mais pessoas.

O § 1º, do art. 7º, do Estatuto de Roma, menciona que crime contra a humanidade são os cometidos como parte de um ataque generalizado ou sistemático contra uma população civil e com o conhecimento de tal ataque. E o § 2º, do mesmo artigo, determina que por *ataque contra uma população civil* entende-se uma linha de conduta que implique a comissão múltipla de atos, contra uma população civil, sendo tais atos cometidos ou promovidos por políticas de um Estado ou de uma organização.

O conceito de crime contra a humanidade passou por muitas controvérsias. O Projeto Final de Estatuto de Roma sintetizava tais controvérsias em duas opções, repletas de colchetes. A primeira opção afirmando que é crime contra a humanidade qualquer dos atos (enumerados nas alíneas) que se cometam:

[como parte da comissão generalizada [e] [ou] sistemática de tais atos contra qualquer população]. E a segunda opção: [como parte de um ataque generalizado [e] [ou] sistemático contra uma população [civil] [em escala maciça] [em um conflito armado] [por motivos políticos, filosóficos, nacionais, étnicos ou religiosos ou por qualquer outro motivo arbitrariamente definido].

Os pontos específicos, que estavam sendo discutidos sobre o conceito de crime contra a humanidade, poderiam ser traduzidos nas seguintes indagações: Conceituar ou não o que se entende por *generalizado* e *sistemático*? Essa categoria de crimes seria aplicada para situações de paz e de guerra? Incluir ou não motivações para conceituar essa categoria de crimes?

O conceito de *ataque contra uma população civil*, exposto na alínea *a*, do § 2º do art. 7º, é a síntese dos conceitos de *generalizado* (*widespread*) e *sistemático* (*systematic*) trabalhados nas reuniões preparatórias⁴². Por *generalizado* entendia-se a ação dirigida contra um grande número de pessoas ou em larga escala geograficamente. Trata-se de

⁴² Ver, por exemplo, o Relatório do Comitê Preparatório, volume II, compilação de propostas, Doc. G. A., 51st Sess., Supp. nº 22, A/51/22, 1996.

elemento quantitativo, que mede a amplitude da conduta criminosa e a envergadura dos meios utilizados. Por *sistemático* entendia-se o ataque constituído, ao menos em parte, por atos cometidos ou promovidos por uma política ou um plano, ou por uma prática repetida por um período de tempo. Ora, o conceito de generalizado está assegurado na chamada *comissão múltipla de atos* e, por sua vez, o conceito de sistemático está consagrado no que se chamou de *linha de conduta* ou de *atos cometidos ou promovidos por políticas de um Estado ou de uma organização*. Então, embora o conceito do § 1º, do art. 7º do Estatuto, enquadra o crime contra a humanidade a partir de atos cometidos como parte de um ataque *generalizado ou sistemático*, na prática envolve ataque *generalizado e sistemático*, pois é o que se infere da alínea *a*, do § 2º do art. 7º do Estatuto⁴³. Essa contradição se resolve na responsabilidade individual penal, que pode recair sobre um ato parte do ataque generalizado ou parte do ataque sistemático. Entretanto, fração dessas violações também seria considerada como crime contra a humanidade, ou, em outros termos, vários atos compõem ataque sistemático ou generalizado e cada um pode ser enquadrado como crime contra a humanidade⁴⁴. Uma vez esclarecida essa cláusula, a diferença com o que pretende a CorteIDH no caso *Guerrilha do Araguaia* seria em parte satisfeita, ou seja, o desaparecimento forçado como crimes contra a humanidade no Estatuto de Roma ou como violação grave de direitos humanos no sistema interamericano se equivalem.

A inspiração desse conceito de crimes contra a humanidade advém do art. 3º do Estatuto do Tribunal Penal Internacional para Ruanda (TPIR), de 1994, porém as versões de seu Estatuto ora requerem um ataque generalizado e sistemático (francês, por exemplo), ora um ataque generalizado ou sistemático (inglês, por exemplo), além de relacionar a ação contra grupo nacional, político, étnico, racial ou religioso. Esse último aspecto não foi mantido pelo Estatuto de Roma e não deve constar na tipificação interna.

⁴³ AMBOS, Kai. *Nuevo Derecho Penal Internacional*. México: Instituto Nacional de Ciencias Penales, 2002, p. 287.

⁴⁴ Por exemplo, TPIY, *Kunarac et al.* (IT-96-23/1-A), Judgment, sentence de 12 de junho de 2002, § 96: *As correctly stated by the Trial Chamber, “only the attack, not the individual acts of the accused, must be widespread or systematic”.113 In addition, the acts of the accused need only be a part of this attack and, all other conditions being met, a single or relatively limited number of acts on his or her part would qualify as a crime against humanity, unless those acts may be said to be isolated or random.*

Como diz Schabas, o conceito do direito internacional consuetudinário não necessariamente corresponde *ipsis litteris* sequer ao disposto no Estatuto de Roma⁴⁵. Corretamente, no art. 14 do Substitutivo da Câmara aos projetos de implementação, definem-se crimes contra a humanidade como os praticados no contexto de ataque, generalizado **ou** sistemático, dirigido contra população civil. Portanto, devemos considerar parte de atos múltiplos, ou de larga escala, **ou** de planejados pelo Estado ou organização política para caracterizar responsabilidade penal individual.

O importante é ter em mente que o crime contra a humanidade vai além da vítima e atinge a consciência da humanidade. No caso Dražen Erdemović⁴⁶, para a humanidade ser negada e atingida, o TPIY requereu que são necessários sérios atos de violência contra os seres humanos, atingindo o que têm de mais essencial: suas vidas, liberdades, bem-estar físico, saúde e/ou dignidade. Não bastam ser atos desumanos para caracterizar um crime contra a humanidade, mas devem ultrapassar em alcance e gravidade os limites toleráveis para a comunidade internacional, atingindo a consciência da humanidade.

Por isso, a tipificação interna deve ter legislação para crimes internacionais, cujo debate gira em torno do PL 301/2007, e leis esparsas para certos crimes que são violações singulares de direitos humanos, como tortura e desaparecimento forçado. A CIDF claramente distingue essas duas situações. O desaparecimento forçado enquanto crime contra a humanidade está previsto em seu art. 5º: *A prática generalizada ou sistemática de desaparecimento forçado constitui crime contra a humanidade, tal como define o direito internacional aplicável, e estará sujeito às consequências previstas no direito internacional aplicável*. Entre essas consequências está a imprescritibilidade e não a não suscetibilidade a anistias, o que a CorteIDH no caso *Guerrilha do Araguaia* parece estender a todas as situações de desaparecimento forçado num primeiro momento⁴⁷, mas em seu desfecho, no item 3, indica que dizem respeito somente a violações graves:

3. *As disposições da Lei de Anistia brasileira que impedem a investigação e sanção de graves violações de direitos humanos são incompatíveis com a Convenção Americana, carecem de efeitos*

⁴⁵ SCHABAS, William A. *The International Criminal Court: a commentary on the Rome Statute*. New York: Oxford University Press, 2010, p. 144.

⁴⁶ TPIY. Dražen Erdemović (IT-96-22-T). Sentença de 29 de novembro de 1996, § 28.

⁴⁷ CorteIDH. *Caso Gomes Lund e outros (Guerrilha do Araguaia) c. Brasil*, § 285, ver nota 2.

*jurídicos e não podem seguir representando um obstáculo para a investigação dos fatos do presente caso, nem para a identificação e punição dos responsáveis, e tampouco podem ter igual ou semelhante impacto a respeito de outros casos de graves violações de direitos humanos consagrados na Convenção Americana ocorridos no Brasil.*⁴⁸
(grifo nosso)

Crimes contra a humanidade são violações graves aos direitos humanos que foram consagradas sob esse título no Estatuto do Tribunal Internacional Militar de Nuremberg, por sugestão de Sir Hersch Lauterpacht capitaneada pelo Juiz Robert Jackson, a fim de substituir a expressão *perseguições, atrocidades e deportações*⁴⁹. A Comissão de Direito Internacional das Nações chegou a usar a expressão *violações de direitos humanos sistemáticas ou generalizadas* como alternativa a *crimes contra a humanidade*, em 1991⁵⁰.

A CorteIDH, por sua vez, tem diferenciado as violações graves aos direitos humanos, associando-as aos crimes contra a humanidade, e lhe conferindo consequências específicas, como tornar sem efeito anistias, prescrições ou outra causa de extinção de punibilidade⁵¹. O próprio preâmbulo da Convenção interamericana de 1994 (CIDFP) reafirma *que a prática sistemática do desaparecimento forçado de pessoas constitui um crime de lesa-humanidade*. Como exemplificação do pensamento da CorteIDH, cito caso *Goiburú e outros c/Paraguai*⁵²:

*82. Al respecto, en su jurisprudencia constante sobre casos de desaparición forzada de personas, la Corte ha reiterado que ésta constituye un hecho ilícito que genera una violación múltiple y continuada de varios derechos protegidos por la Convención Americana y coloca a la víctima en un estado de completa indefensión, acarreando otros delitos conexos. **La responsabilidad internacional del Estado se ve agravada cuando la desaparición forma parte de un patrón sistemático o práctica aplicada o tolerada***

⁴⁸ Sobre esse assunto, ver item 3.4 desse trabalho.

⁴⁹ SCHABAS, William A. *The International Criminal Court: a commentary on the Rome Statute*. New York: Oxford University Press, 2010, pp.139-40.

⁵⁰ Draft Code of Crimes against the Peace and Security of Mankind, Doc. A/CN.4/SER.A/1991/Add.1 (part. 2), pp. 103-4.

⁵¹ Por exemplo, CorteIDH, *Mack Chang vs. Guatemala*, 25 de novembro de 2003, § 103, e voto separado de Caçado Trindade; *Hermanos Gómez Paquiyauri vs. Peru*, 8 de julho de 2004, § 76; *Molina Theissen vs. Guatemala*, 3 de julho de 2004, § 41; *Goiburú e outros vs. Paraguai*, 22 de setembro de 2006, §§ 86-93, e voto separado de Caçado Trindade; voto separado de Caçado Trindade em *Penal Miguel Castro vs. Peru*, 25 de novembro de 2006; *La Cantuta vs. Peru*, 29 de novembro de 2006, §§ 115-6, e voto separado de Caçado Trindade.

⁵² CorteIDH, *Goiburú e outros c/Paraguai*, 22 de setembro de 2006, § 82.

por el Estado. Se trata, en suma, de un delito de lesa humanidad que implica un craso abandono de los principios esenciales en que se fundamenta el sistema interamericano. Si bien la comunidad internacional adoptó la primera declaración y el primer tratado empleando la calificación de desaparición forzada de personas recién en 1992 y 1994, respectivamente, ya en la década de los setenta el tema era analizado como tal en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y fue desarrollado a partir de la década de los ochenta en el marco del sistema de Naciones Unidas. Por su parte, en el sistema regional interamericano se había utilizado frecuentemente dicha calificación para referirse a ese conjunto de hechos y violaciones como un delito contra la humanidad. Incluso es caracterizado como tal por el artículo 7(1)(i) del Estatuto de la Corte Penal Internacional de 1998, cuando sea cometido como parte de una práctica generalizada o sistemática contra los miembros de una población civil. Esta caracterización del delito de referencia ha sido reiterada en el texto de los artículos 5 y 8(1)(b) de la Convención Internacional de Naciones Unidas sobre la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas, aprobada en junio de 2006 por el recién creado Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas. (grifo nosso)

3.3 Guerrilheiro também pode ser vítima de crime contra a humanidade

Nesse item, pretendo discutir se o desaparecimento forçado, como crime contra a humanidade, pode ter como vítimas pessoas que participam de um conflito armado, seja ele internacional ou interno. Com esse fim, é preciso averiguar a ligação entre crimes contra a humanidade e conflitos armados.

A ideia de crimes contra a humanidade advém de situações de guerra e flerta até mesmo com o direito internacional humanitário, como sinaliza a declaração de São Petersburgo, de 1868, limitando usos de projéteis explosivos e incendiários, e o preâmbulo das convenções da Haia de 1899 e 1907 relativas às leis e costumes da guerra em campanha. Também é associado à noção de genocídio em tempo de conflito armado, como o dos armênios, provocado pelos turcos na Primeira Guerra Mundial. Refiro-me à Declaração para o Império Otomano, feita pelos governos russo, francês e britânico em maio de 1915 (Petrogrado), qualificando o massacre como crimes da Turquia contra a humanidade e a civilização⁵³. Posteriormente, os tribunais penais internacionais *ad hoc* evoluem esse conceito a partir do Estatuto do Tribunal de

⁵³ BASSIOUNI, Cherif. *Crimes Against Humanity in International Criminal Law*. New York: Springer, 1992, p. 168.

Nuremberg e da resolução 95(I) de 1946 da Assembleia Geral da ONU. Porém, nesse momento o genocídio ainda estava inserido no conceito de crimes contra a humanidade e ambos associados à guerra. Somente em 1948 o genocídio seria um tipo autônomo.

O Estatuto do TPIY, art. 5º, reforçaria esse vínculo com os conflitos armados, interno ou internacional. Contudo, o tribunal afirmaria que o direito internacional consuetudinário suprimiu essa exigência e que se tratava somente de um limite jurisdicional de um tribunal *ad hoc*⁵⁴. Já o Estatuto do TPIR, art. 4º, não confirma essa associação, tampouco a convenção de 1948 sobre o crime de genocídio o fizera.

Igualmente, a Convenção sobre a Imprescritibilidade dos Crimes de Guerra e dos Crimes Contra a Humanidade (1968), em seu art. 1º, § 2º, considera esse crime para paz e guerra:

Artigo 1º

São imprescritíveis, independentemente da data em que tenham sido cometidos, os seguintes crimes: (...)

§ 2. 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 nº 3 (I) e 95 (I) da Assembleia 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. (grifo nosso)

O Estatuto de Roma acabou com o vínculo dos crimes contra a humanidade e os conflitos armados e o reporta a qualquer situação parte de *ataque contra a população civil*. Essa última expressão deriva justamente do debate sobre seu nexos com o conflito armado⁵⁵. Entretanto, por *ataque* entenda-se a violência do contexto em que atos caracterizadores do crime contra a humanidade são cometidos, e não um ato militar⁵⁶. Por *população civil*, não se trata do sentido puro de direito internacional humanitário,

⁵⁴ Sobretudo, ver TPIY, *Tadić* (IT-94-1), *Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction*, sentença de 2 de outubro de 1995, § 141; e *Šešelj*, (IT-03-67-AR72.1), *Decision on the Interlocutory Appeal Concerning Jurisdiction*, sentença de 31 de agosto de 2004, § 13.

⁵⁵ SCHABAS, William A. *The International Criminal Court: a commentary on the Rome Statute*. New York: Oxford University Press, 2010, pp.147, 152.

⁵⁶ Elementos constitutivos dos Crimes do TPI, Crimes contra a Humanidade, introdução, § 3º (Doc. ICC-ASP/1/3).

que a considera como coletivo de pessoas que não participam das hostilidades. Então, o que significa? Quem são as vítimas de um crime contra a humanidade? A CorteIDH não esclareceu esse ponto, nem desenvolveu sua própria jurisprudência, no caso *Guerrilha do Araguaia*! Afinal, quem participa de conflito armado interno, como no caso brasileiro, pode ser vítima de crime contra a humanidade? Seriam parte de população civil?

A CorteIDH, no Caso *Bámaca Velásquez*, que versa sobre o desaparecimento forçado de um guerrilheiro, detido em enfrentamento com o exército guatemalteco em 1992, responsabilizou a Guatemala por violação da CADH interpretada à luz do art. 3º comum das Convenções de Genebra de 1949. Em suma, a CorteIDH considerava que em situação de conflito armado interno deve-se interpretar tratado de direitos humanos após verificar o direito internacional humanitário⁵⁷. Como se sabe, por exemplo, a morte entre combatentes ou entre um guerrilheiro e agentes de Estado não é um ilícito sob a ótica do direito internacional humanitário se fora cometida no curso da ação armada. Já a tortura, a execução extrajudicial ou o desaparecimento forçado de pessoa não seriam em nenhuma hipótese admitidos. Essa análise não é reafirmada, lamentavelmente, no caso *Guerrilha do Araguaia*. No caso brasileiro, seria aplicável o mesmo ditado outrora:

207. La Corte ha considerado demostrado que, al momento de los hechos del presente caso, se desarrollaba en Guatemala un conflicto interno (supra 121 b). Como ya se ha afirmado (supra 143 y 174) este hecho, en vez de exonerar al Estado de sus obligaciones de respetar y garantizar los derechos de las personas, lo obligaban a actuar en manera concordante con dichas obligaciones. Así, y según lo establece el artículo 3 común de los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949, el Estado enfrentado a un conflicto armado de carácter no internacional debe brindar a las personas que no participen directamente en las hostilidades o que hayan quedado fuera de combate por cualquier razón, un trato humano y sin distinción alguna de índole desfavorable. En particular, el Derecho Internacional Humanitario prohíbe en cualquier tiempo y lugar los atentados a la

⁵⁷ O art. 43 da CIDF ratifica esse entendimento: *Artigo 43. A presente Convenção não afeta as disposições de direito internacional humanitário, incluindo as obrigações das Altas Partes Contratantes das quatro Convenções de Genebra de 12 de agosto de 1949 e de seus dois Protocolos Adicionais de 8 de junho de 1977, nem a possibilidade que qualquer Estado Parte tem de autorizar o Comitê Internacional da Cruz Vermelha a visitar locais de detenção, em situações não previstas pelo direito internacional humanitário.*

vida y a la integridad personal de las personas nombradas anteriormente.⁵⁸

Do ponto de vista do direito internacional penal, para efeito de caracterização de crime contra a humanidade como ataque a *população civil*, entende esta última categoria como pessoas que não participam ou deixaram de participar das hostilidades. Portanto, podem ser vítimas os militares, combatentes e membros de grupo armado organizado, quando fora de combate, a depender do caso, o que é perfeitamente compatível com a jurisprudência da CorteIDH. É farta a jurisprudência do TPIY nesse sentido. O caso *Blaškić*, por exemplo:

214. Crimes against humanity therefore do not mean only acts committed against civilians in the strict sense of the term but include also crimes against two categories of people: those who were members of a resistance movement and former combatants – regardless of whether they wore wear uniform or not – but who were no longer taking part in hostilities when the crimes were perpetrated because they had either left the army or were no longer bearing arms or, ultimately, had been placed hors de combat, in particular, due to their wounds or their being detained. It also follows that the specific situation of the victim at the moment the crimes were committed, rather than his status, must be taken into account in determining his standing as a civilian. Finally, it can be concluded that the presence of soldiers within an intentionally targeted civilian population does not alter the civilian nature of that population.⁵⁹

3.4 Do crime continuado ou permanente, imprescritível e não anistiável

O desaparecimento forçado de pessoas é uma espécie de crime que perdura sua execução no tempo e vitima muitas pessoas, além do próprio desaparecido, o que inclui familiares, amigos e coletividades. Esse aspecto explica o conceito de vítima para a CIDF (art. 24, § 1º), que seria a pessoa desaparecida e todo indivíduo que tiver sofrido dano como resultado direto de um desaparecimento forçado.

O dano direto de um desaparecimento forçado, para além do desaparecido, está relacionado ou a alguma agressão física ou psicológica sofrida durante o ato inicial do desaparecimento, que é um sequestro, detenção, prisão ou outra forma de privação de liberdade; ou durante a busca por informação sobre o destino da pessoa desaparecida.

⁵⁸ CorteIDH. *Caso Bámaca Velásquez. Fondo*. Sentença de 25 de novembro de 2000. Série C nº 70, § 207.

⁵⁹ TPIY. *Blaškić* (IT-95-14), Judgment, 3 de março de 2000, § 214.

Ou se refere à angústia e à dor intermitentes do cônjuge, dos filhos, dos parentes e dos amigos, que as circunstâncias e execução desse crime causam, principalmente pelos sentimentos de ausência, de impotência e de incerteza acerca da sorte do ente próximo. Além disso, a América Latina é farta em exemplos de desaparecimento de grávidas e de filhos de desaparecidos (incluindo os nascidos no cativeiro). Nessas situações a criança pode ser levada a outro país, adotada por pessoas de boa ou má fé, entregues a sua família natural ou, executadas extrajudicialmente, sendo os seus restos ocultados. Em todos os casos, são vítimas diretas.

Deste contexto, em que as vítimas diretas são múltiplas e a execução do crime perdura, decorre o princípio de que o desaparecimento forçado de pessoas é considerado crime permanente ou continuado, enquanto não há revelação do destino ou paradeiro da pessoa desaparecida e não há o esclarecimento dos fatos⁶⁰. Dessa forma, ao condenar o Brasil, a CorteIDH determina:

103. Adicionalmente, no Direito Internacional, a jurisprudência deste Tribunal foi precursora da consolidação de uma perspectiva abrangente da gravidade e do caráter continuado ou permanente da figura do desaparecimento forçado de pessoas, na qual o ato de desaparecimento e sua execução se iniciam com a privação da liberdade da pessoa e a subsequente falta de informação sobre seu destino, e permanece enquanto não se conheça o paradeiro da pessoa desaparecida e se determine com certeza sua identidade. Em conformidade com todo o exposto, a Corte reiterou que o desaparecimento forçado constitui uma violação múltipla de vários direitos protegidos pela Convenção Americana, que coloca a vítima em um estado de completa desproteção e acarreta outras violações conexas, sendo especialmente grave quando faz parte de um padrão sistemático ou prática aplicada ou tolerada pelo Estado.⁶¹

Essa determinação, no caso brasileiro, deve ser somada à norma decorrente da ratificação da CIDF. Convenientemente, essa Convenção alia o tema à prescrição e separa o tratamento ao desaparecimento forçado enquanto violação de direitos humanos em geral e quando é crime contra a humanidade. Como visto, mesmo que imperfeitamente, a CorteIDH repercute essa diferenciação no § 103 (*in fine*, “quando faz parte de um padrão sistemático ou prática aplicada ou tolerada pelo Estado”), no § 285 e no item 3 do desfecho da sentença do Caso *Guerrilha do Araguaia*.

⁶⁰ Art. 17 da DPCDF; Art. 3º da CIDFP, art. 8º, I, *b*, da CIDF. CorteIDH, *Caso Blake vs. Guatemala*. Exceções Preliminares. Sentença de 2 de julho de 1996, §§ 33-40.

⁶¹ CorteIDH. *Caso Guerrilha do Araguaia*, § 103, ver nota 2,

Assim, o art. 8º da CIDF, resguardando a imprescritibilidade do crime do desaparecimento forçado enquanto crime contra a humanidade (art. 5º da CIDF), admite que os Estados Partes apliquem regime de prescrição para o desaparecimento forçado como violação de direitos humanos em forma menos severa. Entretanto, se assim o fizer, deve assegurar que a prescrição da ação penal *a) Seja de longa duração e proporcional à extrema seriedade desse crime; e b) Inicie no momento em que cessar o desaparecimento forçado, considerando-se a natureza contínua desse crime.* Ou seja, quando não se trata de crime contra a humanidade, a prescrição deve iniciar no momento em que seja revelada a sorte ou destino da pessoa desaparecida. Quando o caso for um crime contra a humanidade, como é a situação da *Guerrilha do Araguaia*, ele é imprescritível.

O Brasil não ratificou a Convenção interamericana (CIDFP), mas se o fizesse também teria reforçada a concepção de que a regra é a imprescritibilidade, pois em geral se trata de crime contra a humanidade, e excepcionalmente regime de prescrição é adotado. Ademais, esse regime de prescrição é atenuado, pois com a qualidade de ser um crime continuado ou permanente até a revelação do destino da vítima, em geral sequer seu prazo inicia. Nesses termos, o art. VII da CIDFP dispõe que 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.

Se ratificarmos a CIDFP, importa averiguar os impedimentos de caráter fundamental presentes em nossa Constituição Federal sobre a imprescritibilidade. Nessa linha de raciocínio, a conclusão seria que somente o desaparecimento forçado como crime contra a humanidade deveria ser considerado imprescritível e não toda forma desse tipo de violação de direitos humanos.

A rigor, a Constituição Federal não rejeita a imprescritibilidade, prevendo-a em seu art. 5º, incisos XLII e XLIV, aos crimes de racismo e aos de ações de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado democrático, respectivamente. À primeira vista, a Constituição Federal não possui posição hermética sobre o instituto da imprescritibilidade, pois a prevê para categoria ampla de crimes, como os contra a ordem constitucional e o Estado democrático. Cabe ao legislador

ordinário a definição de quais seriam esses crimes, o que demonstra não ter a Constituição estabelecido rígido *numerus clausus*, embora ao Congresso Nacional é imposto legislar com moderação. Contudo, caberia a ele internalizar certos crimes como imprescritíveis por força do direito internacional, como o crime de genocídio, crimes contra a humanidade e crimes de guerra, que fazem parte da competência material do Estatuto de Roma do TPI, aceito constitucionalmente pelo § 4º, do art. 5º da CF.

O Brasil ratificou o Estatuto de Roma, cujo art. 29 estabelece a imprescritibilidade desses crimes, porém não ratificou a Convenção Sobre a Imprescritibilidade dos Crimes de Guerra e Crimes de Lesa-Humanidade de 1968, sobretudo devido ao fato dela possuir efeito retroativo. Seu polêmico art. 1º considera os crimes lá mencionados como imprescritíveis, independentemente da data em que foram cometidos⁶², o que a doutrina considerou como um retrocesso da ciência penal⁶³ e provocou a não adesão por muitos países. Por esse motivo, essa cláusula não foi reafirmada na Convenção europeia de 1974 sobre o mesmo tema, tampouco no Estatuto de Roma.

À parte compromissos específicos sobre imprescritibilidade, a proibição incondicional desses crimes pertence a normas imperativas do direito internacional (*jus cogens*); por consequência, inaplicável seria a prescrição⁶⁴. Já quanto às competências internas para sua repressão penal, Paola Gaeta⁶⁵ classifica-as em três categorias. A primeira seria aquela que reconhece ao Estado o poder de viabilizar ou exercer sua jurisdição, sem tornar obrigatória a repressão penal, mas, se assim proceder, protege-o de possíveis arguições de terceiros fundada no princípio da não-ingerência nos assuntos internos alheios, como é exemplo o clássico caso *Lótus*⁶⁶. Outra categoria seria a que

⁶² A razão maior da retroatividade na Convenção de 1968 era o julgamento de criminosos da Segunda Guerra Mundial, mas esse argumento não foi suficiente para convencer autoridades brasileiras. Já o Estatuto de Roma, ratificado pelo Brasil, estabelece a imprescritibilidade sem retroatividade. Ver PONCELA Pierrette, *L'Imprescriptibilité*, in ASCENSIO, Hervé ; DECAUX, Emmanuel ; PELLET, Alain. *Droit International Pénal*. Paris: Editions A. Pedone, 2000, pp. 887-895.

⁶³ DALBORA, José Luix Guzmán. Crímenes internacionales y prescripción. In AMBOS, Kai; MALARINO, Ezequiel; WOISCHNIK, Jan. *Temas Actuales del Derecho Penal Internacional: contribuciones de América Latina, Alemanha y España*. Montevideo: Konrad-Adenauer, 2005, pp. 103-115.

⁶⁴ WYNGAERT, Christine Van den; DUGART, John. Non-applicability of statute of limitations. In CASSESE, Antonio; GAETA, Paola; JONES, John. *The Rome Statute of the International Criminal Court: a commentary*. New York: Oxford University Press, 2002, vol. I, 887.

⁶⁵ GAETA Paola, *Les règles internationales sur les critères de compétence des juges nationaux*, in CASSESE, Antonio; DELMA-MARTY (org). *Crimes Internationaux et Jurisdictions Internationales*. Paris: Presse Universitaire de France, 2002, p. 192.

⁶⁶ Corte Permanente de Justiça Internacional, *Caso Lotus* (França c. Turquia), sentença de 7 de setembro de 1927.

impõe aos Estados a obrigação de adotar medidas legislativas necessárias para a repressão penal, especialmente a tipificação interna do crime internacional. Essa obrigação está presente na CIDF e na CIDFP e foi sentenciada pela CorteIDH contra o Brasil no caso *Guerrilha do Araguaia*, sendo o objeto central desse trabalho. Por fim, a terceira categoria diz respeito à obrigação não só de tomar medidas legislativas, mas de exercer a repressão penal sobre os acusados de crimes internacionais, o que significa obrigação de eliminar barreiras como a da prescrição e a da anistia ou, se existirem, não gerariam efeitos sobre a intenção de julgar de outros Estados. Essa também é uma obrigação decorrente das convenções sobre desaparecimento forçado de pessoas e da sentença da CorteIDH no caso *Guerrilha do Araguaia*.

A obrigação de o Estado julgar criminosos internacionais ou, como alternativa, extraditá-los ou entregá-los para tribunal penal internacional julgar, tem sido interpretada como contrária à prescrição. Essa foi a decisão proferida pelo Tribunal Penal para a Ex-Iugoslávia (TPIY) no caso *Furundzija*, quando considerou que a natureza imperativa da proibição da tortura, correlata ao dever de os Estados julgarem os torturadores, torna-a crime imprescritível⁶⁷. Além disso, a obrigação de julgar, extraditar ou entregar é dada por força convencional. Primeiro, o Estatuto de Roma, que prevê a imprescritibilidade em seu artigo 29, dá poderes ao TPI para entender que o não julgamento interno por motivo de prescrição seria considerado *não disposição ou incapacidade de julgar* (artigo 17 do Estatuto) e que o Estado não pode invocar prescrição interna perante o Tribunal Penal Internacional⁶⁸. Segundo, no caso específico do desaparecimento forçado, a CIDF, já por nós ratificada, determina que:

Art. 9º, § 2º Cada Estado Parte tomará também as medidas necessárias para estabelecer sua jurisdição sobre o crime de desaparecimento forçado quando o suposto autor do crime encontrar-se em território sob sua jurisdição, salvo se extraditá-lo ou entregá-lo a outro Estado, de acordo com suas obrigações internacionais, ou entregá-lo a uma corte penal internacional, cuja jurisdição o Estado Parte reconheça.

Sobre o alcance das leis de anistia sobre graves violações de direitos humanos e sua incompatibilidade com as obrigações internacionais dos Estados que as emitem, a CorteIDH as declara sem efeito e assim o fez em relação à Lei de anistia brasileira:

⁶⁷ TPIY. Caso *Furundzija*. Sentença de 10 de dezembro de 1998, §§ 156 e 157.

⁶⁸ CASSESE, Antonio. *International Criminal Law*. New York: Oxford University Press, 2003, p. 319.

172. A Corte Interamericana considera que a forma na qual foi interpretada e aplicada a Lei de Anistia aprovada pelo Brasil (*supra* pars. 87, 135 e 136) afetou o dever internacional do Estado de investigar e punir as graves violações de direitos humanos, ao impedir que os familiares das vítimas no presente caso fossem ouvidos por um juiz, conforme estabelece o artigo 8.1 da Convenção Americana, e violou o direito à proteção judicial consagrado no artigo 25 do mesmo instrumento, precisamente pela falta de investigação, persecução, captura, julgamento e punição dos responsáveis pelos fatos, descumprindo também o artigo 1.1 da Convenção. Adicionalmente, ao aplicar a Lei de Anistia impedindo a investigação dos fatos e a identificação, julgamento e eventual sanção dos possíveis responsáveis por violações continuadas e permanentes, como os desaparecimentos forçados, o Estado descumpriu sua obrigação de adequar seu direito interno, consagrada no artigo 2 da Convenção Americana⁶⁹.

O art. 18 (1) da Declaração adotada pela Assembleia Geral das Nações Unidas sobre a Proteção de Todas as Pessoas Contra as Desaparições Forçadas (DPCDF)⁷⁰ determina que os responsáveis por atos de desapareções forçadas *não se beneficiarão de nenhuma lei de anistia especial e outras medidas análogas que tenham por fim exonerá-los de qualquer procedimento ou sanção penal*. Em sessão de 1992, o Comitê de direitos humanos das Nações Unidas, por seu comentário geral nº 20 sobre o art. 7º do Pacto Internacional relativos aos Direitos Civis e Políticos, declarou que para os atos de tortura *a anistia é geralmente incompatível com o dever que os Estados possuem de investigar tais atos; de garantir a proteção contra tais atos sob suas jurisdições; e de zelar para que eles não se reproduzam no futuro*⁷¹.

A CorteIDH não admite as anistias aos responsáveis de violações graves de direitos humanos, a exemplo da tortura, das execuções sumárias, extralegais ou arbitrárias e desapareções forçadas de pessoas. Segundo a CorteIDH, elas são contrárias à Convenção americana relativa aos direitos humanos (CADH) e, conseqüentemente, elas não produzem efeito desde sua origem (*ex tunc*) e devem ser eliminadas pelo Estado. Igualmente, a CorteIDH ordena aos Estados a investigar e julgar responsáveis

⁶⁹ CorteIDH, *Guerrilha do Araguaia c. Brasil*, §§ 170-2, ver nota 2.

⁷⁰ Res. 47/133 de 18 de dezembro de 1992.

⁷¹ Doc. O.N.U HRI/GEN/1/Rev.1, 1994, § 15.

pela violação grave dos direitos humanos que foram anistiados⁷². No caso *Almonacid Arellano y otros c. Chile*, a CorteIDH associa as violações graves de direitos humanos ao crime contra a humanidade e declara que os Estados não podem se abster de investigar, buscar e reprimir os responsáveis por crimes contra a humanidade, incluindo o genocídio, mediante edição de anistias ou outro tipo de norma interna. De acordo com a CorteIDH, anistiar os responsáveis de crimes contra a humanidade é incompatível com a CADH⁷³.

No caso *Malawi African Association e outros c. Mauritânia*⁷⁴, a Comissão africana dos Direitos Humanos e dos Povos considerou que a lei de anistia mauritana violou os direitos das vítimas a um recurso efetivo. Em 2001, a Comissão africana estabeleceu Diretrizes e princípios sobre o direito a um processo equitativo e à assistência judiciária na África, cuja alínea C(d) determina que: *A outorga de uma anistia para absolver os autores de violações de direitos humanos viola o direito de vítimas a um recurso efetivo.*

A Corte Europeia dos Direitos Humanos (CorteEDH) afirma que para os acusados pela tortura (artigo 3º) *o procedimento ou a condenação não poderiam ser considerados prescritos, e a aplicação de medidas tais como a anistia ou a graça não seriam autorizadas*⁷⁵. Recentemente, a CorteEDH declarou inadmissível a petição *Ould Dah c. França* em razão de considerar *que a anistia é geralmente incompatível com o dever de investigar atos de tortura*. A CorteEDH nesta mesma oportunidade determina que a lei de anistia mauritana, *suscetível de ser qualificado de abusivo na ótica do direito internacional*, não impediria o exercício de competência universal pela França, *o que decorre, por exemplo, do artigo 17 do Estatuto do Tribunal Penal Internacional que não inclui essa situação entre as causas de não admissibilidade de um caso*⁷⁶. Portanto, a CorteEDH reafirma a incompatibilidade da anistia em relação ao princípio *aut dedere*

⁷² CorteIDH, *Barrios Altos c. Peru*, 14 de março de 2001, § 41, e 3 de setembro de 2001, §§ 17-18; *Bulacio c. Argentina*, 18 de setembro de 2003, § 116; CorteIDH, *Blanco Romero y otros c. Venezuela*, 28 de novembro de 2005, § 98; *Guerrilha do Araguaia c. Brasil*, § 256, ver nota 2.

⁷³ CorteIDH, *Almonacid Arellano y otros c. Chile*, 26 de setembro de 2006, §§ 114-116, 171 – ponto resolutivo 3; CorteIDH, *La Cantuta c. Peru*, 29 de novembro de 2006, §§ 168-169.

⁷⁴ Comissão Africana dos Direitos Humanos e dos Povos. Caso *Malawi African Association e outros c. Mauritânia* (nºs 54/91, 61/91, 98/93, 164/97 à 196/97 e 210/98 (2000), §§ 82 e 83).

⁷⁵ CorteEDH. Ver, entre outros, *Abdiülsamet Yaman c. Turquia*, nº 32446/96, sentença de 2 de novembro de 2004, § 55.; *Okkali c. Turquia*, nº 52067/99, sentença de 17 de outubro de 2006, § 76; *Lexa c. Eslováquia*, nº 54334/00, sentença de 23 de setembro de 2008, § 139.

⁷⁶ CorteEDH, 5º sect. décision sur la recevabilité, 17 de março de 2009, req. nº 13113/03.

aut iudicare e à competência universal dos Estados para julgar os responsáveis por crimes de tortura, o que poderia ser estendida a outros crimes internacionais.

Diante o exposto, o § 2º, do art. 30, do Substitutivo aos projetos em trâmite na Câmara reconhece o princípio do caráter permanente ou continuado desse crime: *Art. 30. (...) § 2º. O crime perdura enquanto não seja esclarecida a sorte ou o paradeiro da pessoa detida, ainda que sua morte ocorra em data anterior.* Já o art. 8º desse Substitutivo declara taxativamente que o desaparecimento, enquanto crime contra a humanidade, é imprescritível: *Art. 8º Os crimes de que trata esta lei são imprescritíveis e não serão considerados crimes políticos para efeito de extradição ou entrega ao Tribunal Penal Internacional.* Sobre a anistia, fora suprimida norma do primeiro anteprojeto, que determinava: *Art. 2º Os crimes definidos nesta lei são imprescritíveis, inafiançáveis e insuscetíveis de anistia, graça ou indulto. Parágrafo único. Extingue-se a punibilidade apenas pela morte do agente e pela retroatividade de lei que não mais considera o fato como criminoso.* Esse dispositivo sofria a crítica de que lei de anistia posterior revogaria lei de implementação do Estatuto de Roma e, portanto, seria inócuo e de má técnica. Entretanto, tinha o caráter didático de apontar regra derivada do direito internacional e, portanto, com *status* diferenciado.

De qualquer forma, quanto à lei de anistia brasileira (Lei nº 6.683, de 10 de agosto de 1979), aplicável a crimes políticos ou conexos com estes e crimes eleitorais cometidos entre 2 de setembro de 1961 e 15 de agosto de 1979, não gera efeitos sobre persecução penal de crimes contra a humanidade cometidos no período, de acordo com a própria sentença da CorteIDH sobre a *Guerrilha do Araguaia* e não creio ser necessário legislar sobre esse assunto. De qualquer maneira, o Congresso Nacional, ao aprovar a CIDF, legislou; conseqüentemente, no Brasil devem ser julgados os responsáveis pelos desaparecimentos forçados de pessoas. Para tanto, esse crime não é considerado crime político, ou delito conexo a crime político, nem crime com motivação política sequer para fins de extradição (art. 13, § 1º, da CIDF). Ora, com essa manifestação legislativa, não resta dúvida sobre a não aplicabilidade da Lei de anistia para garantir a impunidade de responsáveis por crimes contra a humanidade.

3.5 Do exercício da jurisdição militar

A sentença da *Guerrilha do Araguaia* determina que causas penais contra acusados por desaparecimentos forçados não sejam julgados pelo foro militar⁷⁷. Quanto à tipificação desse crime, para seguir essa parte da sentença da CorteIDH, deve-se alterar os projetos em trâmite⁷⁸.

O art. 2º do Substitutivo aos projetos em curso na Câmara reserva a aplicação do Código Penal Militar (CPM) a respeito de crimes militares e daqueles que *tiverem conexão com os interesses militares da defesa do Estado Brasileiro*. Este dispositivo pretende resguardar a aplicação da legislação militar paralelamente à legislação especial que o projeto pretende regular. Entretanto, deveria estar restrita aos crimes considerados no próprio Código Penal Militar para tempo de paz ou de guerra, nos termos de seus arts. 9º e 10, que não incluem essa espécie indeterminada e arbitrária de conexão. O que são interesses militares em matéria penal? A normativa penal não permite esse tipo de indeterminação e insegurança, razão pela qual esse dispositivo deveria ser banido.

Igualmente inadequado é o art. 126 do Substitutivo, que insere art. 10-A ao CPM, cujo *caput* seria:

Art. 10-A. São também crimes militares, sujeitos à lei brasileira, ainda que cometidos fora do território nacional, os crimes de guerra, qualquer que seja o seu agente, e os crimes de genocídio, contra a humanidade e contra a administração da justiça do Tribunal Penal Internacional, quando praticados por militar ou combatente, nacional, estrangeiro ou apátrida, nas situações descritas no inciso II do art. 9º.

Inicialmente, entre os crimes mencionados, diga-se somente existe no CPM o crime de genocídio, o que demonstra a má técnica desse artigo. Além disso, de acordo com esse dispositivo, somente a justiça militar julgará crimes de guerra, pois independe de seu agente e de suas vítimas. O atual art. 10 do CPM admite jurisdição militar para crimes nele previstos em tempo de guerra, considerando somente conflitos entre Estados, qualquer que seja o agente, se praticados em território militarmente ocupado ou *se comprometem ou podem comprometer a preparação, a eficiência ou as operações*

⁷⁷ CorteIDH. Caso *Guerrilha do Araguaia c. Brasil*, §§ 285 e 257. Ver nota 2.

⁷⁸ MARTIN-CHENUT Kathia, *Les juridictions militaires et d'exception au Brésil*, in LAMBERT-ABDELGAWAD Elisabeth (dir.), *Tribunaux militaires et juridictions d'exception en mutation : perspectives comparées et internationales*. Paris : Editions des Archives contemporaines, 2007, pp. 49-89 ; MARTIN-CHENUT Kathia, *La jurisprudence interaméricaine des droits de l'homme sur l'exercice de la justice par des tribunaux militaires*, in RSC, n° 2, 2009, pp. 442-453.

militares ou, de qualquer outra forma, atentam contra a segurança externa do País ou podem expô-la a perigo. Para crimes definidos em lei penal comum ou especial, que seria o caso do Substitutivo em análise, o inciso IV do mencionado art. 10 dispõe que a jurisdição militar agiria quando os crimes forem praticados em zona de efetivas operações militares ou em território estrangeiro, militarmente ocupado. Pela lógica desses dispositivos podemos concluir que crimes entre combatentes em conflito armado internacional deveriam ser julgados pela justiça militar. Ademais, em caso de deslocamento dessa justiça para o cenário de conflito internacional, os demais tipos de crimes comuns igualmente seriam julgados. O art. 66 da IV Convenção de Genebra de 1949, sobre proteção de civis em tempo de guerra, admite julgamento de acusado pelos tribunais militares, não políticos e regularmente constituídos, sob a condição de estarem no país ocupado e, de preferência, também as instâncias superiores lá deverão se encontrar.

Ainda sobre esse tópico, o art. 84 da III Convenção de Genebra de 1949, relativa ao tratamento dos prisioneiros de guerra, determina que somente tribunais militares possam julgar prisioneiro de guerra, a menos que a Potência Detentora autorize expressamente tribunais civis a julgarem membro das forças armadas dessa Potência pela mesma infração pela qual o prisioneiro é processado. Entretanto, se o acusado for civil, em conflito armado não internacional, deveríamos também admitir a justiça militar como a mais apta a julgar? E se a vítima for civil também? E se o caso ocorreu em outro Estado e por estrangeiros, estando o acusado no Brasil? O Protocolo Adicional II às Convenções de Genebra, relativo à proteção das vítimas dos conflitos armados sem caráter internacional, não faz menção a nenhuma prerrogativa da justiça militar nesse particular.

Se a onipotência da justiça em matéria de crimes de guerra é contestável, com muito maior razão o é em matéria de crimes contra a humanidade, genocídio e crimes contra a administração do TPI, apesar dessa hipótese estar restrita no Substitutivo à prática por militar ou combatente e às hipóteses do inc. II do art. 9º do CPM, ou seja, os crimes previstos nesse Código quando praticados:

- a) por militar em situação de atividade ou assemelhado, contra militar na mesma situação ou assemelhado;
- b) por militar em situação de atividade ou assemelhado, em lugar sujeito à administração militar, contra militar da reserva, ou reformado, ou assemelhado, ou civil;
- c) por militar em serviço ou atuando em razão da função, em comissão

de natureza militar, ou em formatura, ainda que fora do lugar sujeito à administração militar contra militar da reserva, ou reformado, ou civil; d) por militar durante o período de manobras ou exercício, contra militar da reserva, ou reformado, ou assemelhado, ou civil; e) por militar em situação de atividade, ou assemelhado, contra o patrimônio sob a administração militar, ou a ordem administrativa militar.

De qualquer modo, creio que o projeto deve restringir a jurisdição castrense. Os crimes contra a humanidade, genocídio e crimes contra a administração do TPI podem ocorrer a qualquer tempo, no geral são cometidos contra a população civil e se distinguem das situações típicas militares. Por essa razão, a jurisprudência internacional e alguns textos legais, como o art. 9º da Convenção interamericana contra o desaparecimento forçado de pessoas (CIDFP), ainda não ratificada pelo Brasil, ou o Conjunto de princípios para a proteção e a promoção dos direitos humanos para a luta contra a impunidade⁷⁹ (princípios 22 e 29) expressamente excluem o julgamento por tribunais especiais, notadamente os militares, desse tipo de crime.

De acordo com o princípio 29 citado:

PRINCIPIO 29. RESTRICCIONES A LA COMPETENCIA DE LOS TRIBUNALES MILITARES

La competencia de los tribunales militares deberá limitarse a las infracciones de carácter específicamente militar cometidas por militares, con exclusión de las violaciones de los derechos humanos, las cuales son competencia de los tribunales nacionales ordinarios o, en su caso, cuando se trate de delitos graves conforme al derecho internacional, de un tribunal penal internacional o internacionalizado.

Portanto, a fim de atender o disposto pela CorteIDH no caso *Guerrilha do Araguaia*, deve-se emendar o Substitutivo aprovado na Câmara, além de não prever competência de jurisdição militar para novo projeto sobre o crime de desaparecimento forçado não classificado como crime contra a humanidade.

4 CONCLUSÃO – DO EFEITO VINCULANTE DA SENTENÇA INTERNACIONAL

Inicialmente, gostaria de afirmar que as sentenças da CorteIDH são de caráter obrigatório, não político, inapeláveis e definitivas (arts. 67 e 68, § 2º, da CADH).

⁷⁹ Reproduzido no documento E/CN.4/2005/102/Add.1, de 8 de fevereiro de 2005.

Conforme demonstrei em artigo recente⁸⁰, contudo, há muitas dificuldades de aplicação dessas sentenças, pois elas requerem amplo espectro de reparação às vítimas. De qualquer forma, podemos separar as reparações em duas para efeito de execução: as indenizações e as demais, em geral, com mais óbices para o cumprimento estatal⁸¹.

Sobre a indenização, a CADH prevê a regra de que a parte da sentença que as prevê podem ser executadas no país responsável mediante procedimento interno previsto para execução de julgamentos proferidos contra o Estado (art. 68, § 1º, da CADH). Esse privilégio conferido à indenização é explicável pela praticidade executória dessa forma de reparação, embora por vezes há necessidade de esforço legislativo interno para garanti-la. Por exemplo, como resultado de solução amistosa perante a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, para indenizar José Pereira Ferreira por trabalho escravo foi elaborada a Lei nº 10.706, de 30 de junho de 2003; ou, para executar a sentença da CorteIDH contra o Brasil no caso *Ximenes Lopes*, foi elaborado o Decreto nº 6.185, de 13 de agosto de 2007.

Contudo, nosso objetivo neste trabalho recai sobre outras formas de reparação, no caso, de garantias de não-repetição do ilícito mediante elaboração de normas legais. Para esses tipos de reparação não há previsão específica na CADH, o que pode ser considerado uma vantagem, em nome da flexibilidade⁸². De início, devemos lembrar a Convenção de Viena sobre direitos dos tratados, ratificada pelo Brasil, e que consagra o princípio *pacta sunt servanda*, pelo qual os tratados devem ser cumpridos e executados de boa fé por seus Estados Partes (art. 26). Além disso, essa Convenção determina que os Estados não podem invocar o direito interno como viciando seu consentimento nem justificando sua não execução (arts. 46, § 1º, e 27). Tais princípios a própria CorteIDH já os reafirmou⁸³.

⁸⁰ JARDIM, Tarciso Dal Maso. *Les difficultés et limites aux réparations pour graves violations de droits de l'homme dans le système interaméricain*, in ABDELGAWAD, Elisabeth Lambert; MARTIN-CHENUT, Kathia. *Réparer les violations graves et massives des droits de l'homme: la cour interaméricaine, pionnière et modèle ? Paris : Société Législation Comparée*, 2010, pp. 181-204.

⁸¹ GARCIA-SAYAN Diego, *Una viva interacción: corte interamericana y tribunales internas in CorteIDH, La Corte Interamericana de derechos humanos – un cuarto de siglo: 1979-2004*. San José : CorteIDH , 2005, p. 346.

⁸² KRSTICEVIC Viviana, *Reflexiones sobre la ejecución de las decisiones del sistema interamericano de protección de derechos humanos*, in KRSTICEVIC Viviana, TOJO Liliana (org.), *Implementación de las decisiones del sistema interamericano de derechos humanos: jurisprudencia, normativa y experiencias nacionales*. Buenos Aires: CEJIL, 2007, pp. 16 e 31.

⁸³ Por exemplo, CorteIDH, *Baena Ricardo c. Panama*, sentença de 28 novembro de 2003, § 61: “La obligación de cumplir con lo dispuesto en las decisiones del Tribunal corresponde a un principio básico del derecho de la responsabilidad internacional del Estado, respaldado por la jurisprudencia internacional, según el cual los Estados deben cumplir sus obligaciones convencionales internacionales de buena fe (*pacta sunt servanda*) y, como ya ha señalado esta Corte y como lo

Consideradas essas afirmações e pelo disposto nesse texto, a sentença *Guerrilha do Araguaia*, da CorteIDH, possui considerável impacto na atividade legislativa brasileira, sobretudo na necessidade de tipificar o crime de desaparecimento forçado. Para essa obrigação estar consoante à sentença são necessários dois regimes legais, um pertinente aos crimes contra a humanidade e outro como violação de direitos humanos em geral.

O Substitutivo ao Projeto de Lei 301/07 (apensado Projeto de Lei 4.038/08) aprovado na CCJC da Câmara dos Deputados, atende à tipificação do desaparecimento forçado como crime contra a humanidade, desde que entendido esse conceito e suprimida a jurisdição militar sobre a matéria. Se necessário, poderia ser acrescido parágrafo ao art. 14 desse Substitutivo, que define crime contra a humanidade, explicitando que *ataque, generalizado ou sistemático, contra população civil* é um contexto que envolveria qualquer ato parte de violência com múltiplas vítimas ou em larga escala geograficamente, ou planejados pelo Estado ou organização política, contra pessoas que não participam ou deixaram de participar de hostilidades.

Além desse, importa elaborar projeto de lei que tipifique desaparecimento forçado como violação de direitos humanos em geral e, para tanto, o art. 30 do Substitutivo ao Projeto de Lei 301/07 (apensado Projeto de Lei 4.038/08) é suficiente. A maioria dos casos de desaparecimento forçado julgados pela CorteIDH são violações graves aos direitos humanos e, portanto, crimes contra a humanidade. Contudo, a violação singular deve ser reprimida também. Nessa esteira, devem ser lembrados não somente os conhecidos desaparecidos políticos, mas também os demais casos, que ocorrem atualmente no Brasil, em geral contra excluídos sociais ou infratores e criminosos.

Ademais, outras iniciativas poderiam contribuir para dar cumprimento à sentença da *Guerrilha do Araguaia* no Brasil, como é o caso da aprovação do Projeto de Lei nº 7.376, de 2010, que propõe criação de Comissão Nacional da Verdade. Essa Comissão poderia suprir com a violação do direito à verdade, que detém as vítimas e a sociedade, sobre o destino ou paradeiro dos desaparecidos. Contudo, destaca a CorteIDH que as atividades e informações eventualmente recolhidas por essa Comissão

dispone el artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969, no pueden, por razones de orden interno, dejar de atender la responsabilidad internacional ya establecida. En lo que atañe a la ejecución, en el ámbito del derecho interno, de las reparaciones ordenadas por la Corte, los Estados responsables no pueden modificarlas o incumplirlas invocando para ello disposiciones de su ordenamiento jurídico interno". Ver igualmente a Opinião consultiva OC-14/94, 9 de dezembro de 1994, nº 14, § 35; *Baldeón García c. Perú*, Supervisão de execução de sentença, Resolução da CorteIDH, 3 de abril de 2009.

*não substituem a obrigação do Estado de estabelecer a verdade e assegurar a determinação judicial de responsabilidades individuais, através dos processos judiciais penais*⁸⁴.

Por fim, importa celebrar que a Convenção Internacional para a Proteção de Todas as Pessoas Contra o Desaparecimento Forçado (CIDF), ratificada pelo Brasil dia 29 de novembro de 2010, que absorve entre nossas obrigações boa parte do sentenciado pela CorteIDH na sentença *Guerrilha do Araguaia*. Esse passo importante dado pelo Brasil deve servir de guia para futuras ações legislativas, que urgem.

⁸⁴ CorteIDH. Caso *Guerrilha do Araguaia c. Brasil*, § 297 . Ver nota 2.