



DESAPARECIMENTO FORÇADO DE PESSOAS: OBRIGAÇÃO JURÍDICA DE TIPIFICÁ-LO E ANÁLISE COMPARADA ENTRE A LEGISLAÇÃO BRASILEIRA E A ARGENTINA À LUZ DO ESTATUTO DE ROMA

ENFORCED DISAPPEARANCE OF PERSONS: THE LEGAL OBLIGATION TO CLASSIFY IT AND COMPARATIVE ANALYSIS BETWEEN BRAZILIAN' AND ARGENTINEANS' LEGISLATION IN LIGHT OF THE ROME STATUTE

Guilherme Martelli Moreira¹

¹ Bacharelado em Direito pela Universidade Federal do Paraná (UFPR) e intercambista junto à Faculdade de Direito da Université Grenoble-Alpes (UGA), durante o segundo semestre de 2016. Voluntário do Programa de Iniciação Científica Direito Penal Internacional, do Centro Universitário Curitiba (UNICURITIBA), sob a orientação do Prof. Me. José Carlos Portella Júnior, e bolsista do Programa de Iniciação Científica da Universidade Federal do Paraná (UFPR), sob a orientação do Prof. Dr. Rui Carlo Dissenha. Membro-fundador do Grupo de Prática Penal Internacional da UFPR (GEPPI/UFPR). Endereço eletrônico: guilhermemartellimoreira@gmail.com

Resumo: Inicialmente, analisa-se brevemente o fenômeno do desaparecimento forçado ao longo da História. Em seguida, estuda-se as peculiaridades deste tipo penal no Estatuto de Roma e a obrigação imposta ao Brasil de prevê-lo na legislação pátria. Os capítulos subsequentes realizam uma comparação das legislações argentina e brasileira, ressaltando as singularidades de cada caso sul-americano, antes de chegar à conclusão de que o crime de desaparecimento forçado não pode ser visto como um crime comum ante a ordem jurídica pátria, devendo nele ser inserido.

Palavras-chave: Tribunal Penal Internacional. Estatuto de Roma. Crimes contra a humanidade. Crime de desaparecimento forçado. Direito comparado. Argentina. Brasil.

Abstract: Initially, this article briefly analyses the phenomena of enforced disappearance of persons under the eyes of History. Next, it is studied the peculiarities of this crime on the Rome Statue as well as the obligation imposed to Brazil to implement this crime in the national law. The following chapters compare the Argentinean's and the Brazilian's legislation, highlighting each one's singularities, before concluding that the enforced disappearance

of persons can not be seen as a common crime in the national legislation, and should be added into it.

Keywords: International Criminal Court; Rome Statute; Crimes Against Humanity; Enforced disappearance of persons; Comparative Law. Argentina. Brazil.

1. Introdução

O desaparecimento forçado é um crime tipificado pelo Estatuto de Roma, que rege o Tribunal Penal Internacional, caracterizado pelo ataque amplo ou generalizado, como um atentado à segurança de toda humanidade, o que revela a sua especial gravidade.

Nos termos desta lei penal internacional, desaparecimento forçado de pessoas é a detenção, a prisão ou o seqüestro de pessoas por um Estado ou uma organização política ou com a autorização, o apoio ou a concordância destes, seguidos de recusa a reconhecer tal estado de privação de liberdade ou a prestar qualquer informação sobre a situação ou localização dessas pessoas, com o propósito de lhes negar a proteção da lei por um prolongado período de tempo.

Impende estudar o tema, dado que se revela como um tema sensível e importante para as sociedades brasileira e argentina, dado que as ditaduras militares dos respectivos países utilizaram-se desta tática para reprimir a dissidência política, bem como amedrontar suas populações. Cita-se o caso em que ambas atuaram juntas para a consecução destes mesmos fins, qual seja, o Plano Condor.

Todavia, a prática dos atos perpetuam-se na contemporaneidade, mesmo com o advento de Constituições típicas de Estados de Direito e com a realização de Comissões da Verdade.

O caso mais emblemático no Brasil ocorreu em 2013, quando Amarildo Dias de Souza foi detido por Policiais Militares e conduzido à Unidade de Polícia Pacificadora do Bairro da Favela da Rocinha. Neste ínterim, acabou desaparecido, sem quaisquer explicações coerentes de seu paradeiro pelos agentes de segurança pública. Apenas após a pressão popular é que o caso foi levado ao Poder Judiciário para que houvesse uma resposta, no que pese a discussão jurídica versou sobre outros tipos penais.



Desta forma, o principal problema é a falta de tipificação da conduta do desaparecimento no ordenamento jurídico brasileiro para responder às especificidades da nossa complexa sociedade, assim como uma réplica à obrigação internacional de tipificação.

Nesse mesmo sentido, o artigo objetiva analisar as legislações brasileira e argentina - bem como os projetos de lei -, à luz do Estatuto de Roma e de Princípios do Direito Internacional, a fim de averiguar e confirmar se o desaparecimento forçado foi incorporado por estes Estados Nacionais. Em um segundo momento, estuda-se como foi tipificada a prática na Argentina. Por fim, compara-se, naquilo que é possível comparar, as leis latino-americanas, para averiguar como elas podem se complementar e se aperfeiçoarem.

A análise foi realizada pelo estudo dos Códigos penais dos países em questão, bem como o Estatuto de Roma e doutrinas nacionais e internacionais.

Parte-se da hipótese de que o Brasil não possui uma legislação capaz de tutelar os bens jurídicos que a tipificação proposta pelo Estatuto de Roma propõe. Ocorre que o crime tipificado pela legislação pátria como sequestro e cárcere privado se diferencia do desaparecimento forçado pelo bem jurídico a ser tutelado, bem como técnica legislativa e o modo em que o delito ocorre.

Levante-se a tese de que a tipificação do desaparecimento forçado cumprirá com uma função político-criminal, de caráter preventivo-informativo, que incrementará a proteção aos bens jurídicos indispensáveis para uma vida harmoniosa em sociedade.

2. O fenômeno do desaparecimento forçado ao longo da história: da guerra civil americana ao caso amarildo

A prática do desaparecimento forçado de pessoas não se revela como um fenômeno inédito da História. Muito pelo contrário, dado que os primeiros relatos desta prática foram o sumiço de corpos de soldados mortos na Guerra Civil Americana. Tamanha a relevância que soldados passaram a utilizar colares com placas de metal com seus nomes inscritos, a fim de possibilitar a localização de seus corpos em caso de perecimento nas batalhas (PERRUSO, 2010, p. 17).

Se no Século XIX ocorria o desaparecimento dos corpos dos soldados, o Século XX trouxe consigo uma nova modalidade de desaparecimento, qual seja de pessoas.

O Estado Nazista, ao perseguir com sua ideologia de extermínio, intimidava, reprimia e executava civis judeus e opositores. Com tais atos, buscava-se a implantação da ideia de *Volksgemeinschaft*² (TEATER, 2012, p. 10).

Nesta toada, Hitler ansiava por criar um Estado para alemães, sob o denominador comum de superioridade da "cultura alemã". Representavam eles a "raça pura", ao passo que as outras, inferiores (TEATER, 2012, p. 9 e 12).

A fim de implantar este plano, começou-se a intimidar a população sobretudo com o desaparecimento forçado, tanto na Alemanha quanto nas regiões ocupadas. As ações foram posteriormente legalizadas pelo Decreto "Noite e Neblina", em 1941 (ALEMANHA NAZISTA, 1941), legislação que permitia que agentes estatais desaparecessem com as pessoas, com o objetivo de amedrontar as populações, na medida em que tornava incerto se suas vidas e/ou direitos seriam respeitados.

Após a Segunda Guerra Mundial, o grande referencial desta prática torna-se a América Latina. Na década de 1970, o fenômeno do desaparecimento forçado se alastrou pela América do Sul, sobretudo Chile e Brasil (PERRUSO, 2010, p. 14). A prática do desaparecimento forçado pode ser atrelada na ascensão das ditaduras de extrema direita ao poder neste período histórico.

Mas o problema não pertence aos livros de História do século XX, uma vez que mesmo após a Constituição de 1988, a prática ainda ocorre em solo nacional, não obstante os inegáveis avanços legais para promover o respeito ao cidadão e ao ordenamento jurídico criado pela Constituição Federal de 1988. Ocorre que a população brasileira ainda sofre com ataques aos seus direitos, sobretudo com a violência policial.

O caso Amarildo, que atraiu a atenção da mídia nacional e internacional, adveio da Operação Paz Armada. Envolvendo 300 policiais da 15ª Delegacia de Polícia e da Unidade de Polícia Pacificadora da Rocinha, tinha por objetivo cumprir 58 mandados de prisão expedidos pela 35ª Vara Criminal (POLÍCIA CIVIL DO RIO DE JANEIRO, 2013; BRASIL: DIVISÃO DE HOMICÍDIOS DO RIO DE JANEIRO, 2013).

O Inquérito Policial nº 015 - 01318/2013 foi instaurado quando um policial militar, numa operação de rotina, encontrou um celular abandonado. Após apreensão, supostamente o agente público foi questionado por um transeunte se desejava cooperar com o tráfico de drogas mediante favorecimento financeiro. Diante dos fatos, a Polícia Civil se utilizou da ação controlada (BRASIL: 35ª VARA CRIMINAL DO RIO DE JANEIRO, 2016, p. 55 - 58).

Entre os dias 13 e 14 de julho de 2013, o pedreiro Amarildo, morador da favela da Rocinha, na zona Sul do Rio de Janeiro, foi preso por policiais militares da Unidade de Polícia Pacificadora. "Boi", como era conhecido, tinha 43 anos e foi levado para uma suposta averiguação. Suspeitava-se que ele sabia onde traficantes escondiam armas e drogas.

Enquanto a Polícia Militar informava que Amarildo tinha sido interrogado e liberado por volta das 19h30, o delegado Orlando Zaccone era enfático que nenhum indício foi encontrado sobre a liberdade do pedreiro.

² Palavra alemã empregada por Hitler, que significa "comunidade nacional", ou "comunidade do povo". Buscava-se combinar as ideias de unidade, devoção para com a comunidade, ajuda mutual.



A Excelentíssima Juíza Daniella Alvarez Prado, da 35ª Vara Criminal da Capital do Rio de Janeiro, entendeu que 13 dos 25 policiais militares envolvidos no caso foram os responsáveis pelos crimes de tortura seguida de morte, ocultação de cadáver e fraude processual.

Cumpra salientar que o pedreiro foi vítima de um desaparecimento forçado, também cometido pelos agentes de segurança pública. Ora, durante a ação policial, o pedreiro desapareceu, sem que quaisquer de seus direitos fossem respeitados, com a atuação de agentes estatais e com a aquiescência do Estado. Nesse sentido, houve, igualmente, uma recusa em reconhecer ou informar o seu paradeiro.

Por fim, pode-se citar o Programa Nacional de Direitos Humanos, criado com fulcro no artigo 84, IV, da CF/88, pelo Decreto nº 1904/96. Concede-se, desde então, que os direitos humanos devem ser encarados como uma política de Estado, sempre ao centrar a dignidade da pessoa humana como princípio essencial da consolidação da democracia pátria (BRASIL: OBSERVATÓRIO DO PNDH-3, 2013).

Atualmente, o PNDH encontra-se em sua terceira versão, segundo o Decreto nº 7.037/2009 e atualizado pelo Decreto nº 7.177/2010. Revela-se à sociedade

como um produto de uma construção democrática e participativa, além de aprovar propostas em áreas como segurança alimentar, educação, saúde, habitação, igualdade racial, direitos da mulher, juventude, crianças e adolescentes, pessoas com deficiência, idosos, meio ambiente etc³.

Estruturado em seis eixos orientadores, concentrar-se brevemente na Diretriz 14 - "Combate à violência institucional, com ênfase na erradicação da tortura e na redução de letalidade policial e carcerária", do Eixo Orientador IV: "Segurança Pública, Acesso à Justiça e Combate à Violência" (BRASIL, 2009).

No decreto em análise, há objetivos estratégicos, assim como ações programáticas voltadas para o aumento do controle das atividades policiais, como a criação de ouvidorias e publicação de dados acerca de suas ações, bem como a elaboração de procedimentos operacionais padronizados com fundamento no respeito aos Direitos Humanos. Por fim, há o combate à tortura, bem como às execuções extrajudiciais realizadas por agentes estatais.

Esta construção da Secretaria Especial dos Direitos Humanos da Presidência da República e do Ministério da Justiça comprovam que existe, realmente, um problema contemporâneo no Brasil relacionado à atividade dos agentes policiais. Outrossim, isso revela que há, ainda que timidamente, uma tentativa de prevenção e repressão aos crimes correlatos ao desaparecimento forçado.

³BRASIL. Observatório do PNDH-3: O que é. 2013. Disponível em: <<http://www.pndh3.sdh.gov.br/portal/sistema/sobre-o-pndh3>>. Acesso em: 11 jul. 2017.

3. A tipificação do crime de desaparecimento forçado de pessoas como crime contra a humanidade no estatuto de Roma

Em 1998, o Estatuto de Roma instituiu o Tribunal Penal Internacional (TPI), uma instituição judiciária permanente com jurisdição complementar às nacionais⁴, ao estabelecer critérios para a responsabilidade penal do indivíduo (ACCIOLY, 2012, p. 202), definindo os crimes de interesse da comunidade internacional, a saber: o genocídio, os crimes contra a humanidade e os crimes de guerra (REZEK, 2014, p. 391).

Pode-se afirmar que, com a tipificação destes delitos, "o Direito Internacional Penal protege (...) interesses fundamentais, bens supremos, como a paz e a dignidade do ser humano" (PERRONE-MOISÉS, 2009, p. 9).

Sob os auspícios do referido tratado, o crime de desaparecimento forçado figura como uma das formas de perpetração do crime contra a humanidade, conforme tipificado no art. 7º (1)(i) e definido no art. 7º(2)(i), do Estatuto de Roma, dispendo, *in verbis*:

1. Para os efeitos do presente Estatuto, entende-se por "crime contra a humanidade", qualquer um dos atos seguintes, quando cometido no quadro de um ataque, generalizado ou sistemático, contra qualquer população civil, havendo conhecimento desse ataque:

i) Desaparecimento forçado de pessoas;

2. Para efeitos do parágrafo 1º:

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

Nessa seara, o desaparecimento forçado de pessoas é considerado como um crime de Estado - uma prática do governo ou de seus integrantes -; ou de uma organização política que age por si mesma ou que tem apoio ou a concordância do Estado, com o objetivo de desarticular os opositores políticos (ACOSTA, 2004, p. 11).

Esse crime possui dois momentos de execução (AMBOS, 2005, p. 34): primeiramente, ocorre a privação de liberdade da vítima; em seguida, o reconhecimento da agressão à liberdade, bem como a negação de informações sobre o paradeiro do desaparecido pelos autores do delito (ACOSTA, 2004, p. 12). Essa negativa pode ocorrer ou a ilegalidade do ato é rechaçada ou não se informa aos interessados a lo-

⁴ A jurisdição do Tribunal é acionada quando um Estado não busca responsabilizar os perpetradores do delito ou quando não consegue fazê-lo satisfatoriamente.



calização do desaparecido (GOMEZ LOPES, 1998, p. 52).

Reitera-se o papel central do Estado como sujeito ativo, mas não se excluem aquelas situações em que o delito é consubstanciado por organizações políticas (DAZA apus AFLEN, 2013, p. 34). Assim, reconhece-se a prática do crime por guerrilhas em períodos políticos conturbados⁵.

A tipificação proposta pelo Estatuto foi a primeira a reconhecer a possibilidade de outras entidades senão o Estado de cometerem a infração. Assim, o particular poderá ser responsabilizado pela conduta em questão, quando o desaparecimento for perpetrado a partir de uma política organizacional ou quando este sujeito recebe auxílio do Estado ou age com a concordância desse (AMBOS, 2005, p. 34).

O sujeito passivo, por sua vez, poderá ser qualquer cidadão, que tem sua liberdade violada e a proteção jurídica negada com sua subtração.

Estudiosos afirmam que o desaparecimento forçado seria qualquer forma de privação de liberdade por motivos políticos via a negação da liberdade ou a dissimulação do real local da pessoa a ela mesma e a qualquer pessoa que a procure (AMBOS, 2013, p. 66).

Ainda, é crucial identificar os bens jurídicos lesados no delito de desaparecimento forçado, quais sejam, o direito à liberdade, o direito ao devido processo legal e o direito à segurança privada (AMBOS, 2013, p. 40; ACOSTA, 2004, p. 34). Significa dizer que o “interesse coletivo do normal funcionamento da administração justiça” (AFLEN, 2013, p. 37) estará afetado.

Neste contexto de agressão ao coletivo de maneira sistemática e reiterada, temos o efeito do amedrontamento da população., na medida em que se o pânico e a resignação ao poder de quem implementa uma política de desaparecimentos. A sociedade, assim, acaba sendo prisioneira de si mesma (CONDE, 2018).

4. O Estatuto de Roma e a obrigação jurídica internacional do Brasil de implementar a criminalização do desaparecimento forçado de pessoas

O Tratado Internacional é “ato jurídico por meio do qual se manifesta o acordo de vontades entre dois ou mais sujeitos de direito internacional” (ACCIOLY, 2012, p. 299). Ou seja, o instituto jurídico revela-se como uma congruência das vontades de, no mínimo, dois sujeitos de Direito Internacional.

Enquanto que no direito internacional clássico o sujeito por excelência é o Estado, desde as Convenções de Viena sobre direito dos tratados de 1969 e de 1986 inclui-se as Organizações Internacionais neste rol (REZEK, 2014, p. 73).

Adiante, para um tratado ser válido, imperioso observar que as partes tenham capacidade para celebrá-lo, que os seus agentes estejam habilitados, que haja consentimen-

to mútuo e que o objeto do tratado seja lícito e possível.

Quanto aos princípios do Direito Internacional, alguns podem ser retirados da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados de 1969, sendo fundamentais para a sua interpretação.

Neste sentido, aponta-se o disposto no seu artigo 26: a *pacta sunt servanda*, cujo significado é “os pactos devem ser respeitados” ou mesmo “os acordos devem ser cumpridos”. Além dela, a primazia do Direito Internacional sobre o Direito Interno pode ser identificada no artigo subsequente. Preconiza o princípio que o direito interno de uma nação não pode ser utilizado para desrespeitar os tratados. Assim, se um país vier a aceitar determinado acordo internacional, ele não poderá alegar, num segundo momento, que a sua ordem jurídica pátria restou desrespeitada.

No caso brasileiro, após ratificados segundo o rito previsto na Constituição, os tratados passam a integrar a ordem jurídica nacional. Tais instrumentos podem ser invocados para embasar tutelas judiciais em âmbito nacional e também obrigam o Poder Público a implementá-los nas suas políticas, assim como a adaptar seus atos normativos às suas disposições. Nessa mesma lógica, insere-se o Estatuto de Roma Penal, que foi ratificado pelo Brasil (Decreto 4.388, de 25 de Setembro de 2002), fato que tornou o tratado incorporado à ordem jurídica nacional.

Até mesmo antes das rodadas de negociação do Estatuto de Roma, o Brasil participava nas Comissões Preparatórias para Estabelecimento de um Tribunal Penal Internacional - PrepCom. A delegação brasileira não apenas participou dessas conferências, como também aprovou, como integrante do Conselho de Segurança da ONU, a instauração de Tribunais ad hoc para a ex-Iugoslávia, em 1993, e para Ruanda, em 1994, de forma a revelar suas intenções em perseguir os ideais do Estatuto.

De igual importância, revela-se o art. 7º dos Atos das Disposições Transitórias (ADCT) da Constituição de 1988, a qual positiva a luta brasileira pela criação de um tribunal internacional dos direitos humanos.

A fim de dar maior eficácia à jurisdição do Tribunal Penal Internacional, foi acrescentado pela Emenda Constitucional nº 45/2004, o parágrafo 4º, no artigo 5º da Constituição, o qual estabelece que “o Brasil se submete à jurisdição de Tribunal Penal Internacional a cuja criação tenha manifestado adesão”.

Pelo exposto, conclui-se que o Brasil possui a obrigação - nacional e internacional - de julgar os perpetradores do crime de desaparecimento forçado de pessoas. Todavia, o Brasil ainda está em mora legislativa, pois inexistente até o momento a tipificação do crime de desaparecimento forçado na lei penal pátria.

A fim de verificar o melhor modelo legislativo para a adaptação da lei penal brasileira às disposições do Estatuto de Roma, passa-se à análise da legislação argentina,

⁵ É exemplo do caso das Forças Armadas Revolucionárias da Colômbia/FARCs ou do Sendero Luminoso, no Peru.



comparando com projetos de lei no Brasil acerca do tema.

5. Estudo comparado entre os projetos de lei brasileiros e a legislação argentina sobre o desaparecimento forçado

Inexiste no ordenamento jurídico nacional a figura típica do desaparecimento forçado. Há, contudo, projetos de lei que pretendem criminalizar a conduta, tema deste capítulo.

5.1 A legislação brasileira e o desaparecimento forçado

Ainda que inexista a figura típica do desaparecimento forçado de pessoas no ordenamento jurídico pátrio, existem projetos de lei que pretendem fazê-lo. Pontua-se que a legislação brasileira criminaliza crimes correlatos, mas que não expressam o terrorismo de Estado que é o crime internacional, como será explicado adiante.

O legislador pátrio optou por tipificar o sequestro e cárcere privado, uma figura de *crimen vis* do Direito Romano. Era considerado uma usurpação do poder soberano de encarceramento (BUSATO, 2017, p. 310). Positivado no art. 148 do Código Penal, essa figura típica foi inspirada no Código Penal Português de 1852 (BITENCOURT, 2015, p. 430).

A doutrina entende que o bem jurídico tutelado é a liberdade individual (BUSATO, 2017, p. 430),

especialmente a liberdade de locomoção, isto é, a liberdade de movimento, do direito de ir, vir e ficar: a liberdade de escolher o local em que deseja permanecer. Não deixa de ser, em sentido amplo, uma espécie de constrangimento ilegal, apenas diferenciado pela especialidade.

Desta forma, busca-se a punição de condutas de quem, de qualquer forma, atenta contra a liberdade de ambulatoria de modo absoluto,

mesmo aquele que se encontra legalmente detido pode ser vítima do crime em questão, quando lhe é imposto um regime de restrição à liberdade mais rígido do que aquele determinado pela lei de execuções penais.

É um bem jurídico disponível, tendo o consentimento da vítima como o pivô para a tipificação ou não do crime (BITENCOURT, 2015, p. 431). Nesta seara, nota-se uma diferença para o desaparecimento forçado, que pertence ao enquadramento dos Crimes Contra a Humanidade quando perpetrados a partir de um ataque, generalizado ou sistemático, contra qualquer população civil.

Segundo o referido artigo, a forma de realização do crime é variável, isto é, pouca importa o método o qual o sujeito ativo utilizou para restringir a liberdade do sujeito passivo. Além disso, não é necessário que a fuga da vítima seja completamente impossível para que o crime reste consumado, uma vez que a mera imposição de obstáculos configurará o preceito primário (BUSATO, 2017, p. 314).

A figura delitiva em questão é identificada como um

crime comum, de sorte que o sujeito ativo pode ser qualquer pessoa. Ressalva a doutrina que, caso um funcionário público o cometa, o crime de abuso de autoridade poderá ser tipificado, nos termos do artigo 4º, alínea a, da lei nº 4.898/65 (BUSATO, 2017, p. 431).

Estas características específicas apresentadas faz com seja constatado que o desaparecimento forçado não se confunde com o de cárcere privado ou sequestro, tal qual tipificado pelo Código Penal Brasileiro.

Importa dizer que o tipo penal do cárcere privado e sequestro se diferencia do desaparecimento forçado devido aos diferentes fins de agir.

Ocorre que no desaparecimento forçado, o sujeito ativo busca impedir o exercício dos recursos legais e das garantias processuais pertinentes da vítima e de seus familiares. Ainda, o crime internacional classifica-se como crime próprio, pois exige uma especial qualidade do agente ativo, ao contrário do crime pátrio. Em um terceiro momento, o tipo sequestro e cárcere privado é unissubjetivo, dado que necessita apenas de um sujeito para realizá-lo, enquanto que o desaparecimento forçado, de concurso necessário. Por fim, o Código Penal tutela a liberdade pessoal, enquanto que o Estatuto de Roma tutela a integridade física, a liberdade, o direito de não ser torturado e aos maus tratos ou penas cruéis, desumanas ou degradantes, bem como o bom funcionamento da administração da justiça (AFLEN, 2013, pgs. 13-49).

Para configurar o delito de desaparecimento forçado segundo o Estatuto de Roma, além da aquiescência estatal, o agente deve negar qualquer informação sobre o paradeiro da vítima, bem como negar o conhecimento deste desaparecimento. Por esse motivo, remove-se a vítima por um longo tempo da proteção garantida pelo Direito à pessoa detida (como o direito de ter sua prisão informada a um juiz, de ter assistência da família e de advogado, de não ter sua integridade física e psicológica violada, de não sofrer tortura, *inter alia*).

Em vista da obrigação internacional de criminalizar o desaparecimento forçado de pessoas, o Brasil busca adaptar sua lei penal com Projeto de Lei do Senado nº 245, de 2011, que, à época, pretendia inserir o artigo 149-A no Código Penal brasileiro⁶ e inseriria o crime de desaparecimento forçado de pessoas (BRASIL, 2011).

Autoria do Senador Vidal do Rêgo, a proposta foi aclamada pelos senadores, na medida em que adequa a legislação brasileira a decisões do Corte Interamericana de Direitos Humanos, à Convenção Interamericana sobre Desaparecimentos Forçados e ao Estatuto de Roma.

A proposta do senador propunha a tipificação da

⁶ Ao entrar em vigor, a Lei nº 13.344/16 inseriu o art. 149-A, no referido Código, que tipificou o tráfico de pessoas.



conduta de (BRASIL, 2011)

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

A pena prevista por esta legislação seria de 06 (seis) a 12 (doze) anos, além de multa.

Neste mesmo preceito secundário recairia quem ordena, autoriza, consente ou de qualquer forma atue para encobrir, ocultar ou manter ocultos os atos definidos no *caput* do artigo, inclusive deixando de informar ou de entregar documentos que permitam localizar a vítima ou seus restos mortais. Da mesma forma, quem mantém a pessoa desaparecida sob sua guarda, custódia ou vigilância seria punida nos termos do *caput* do artigo 149-A.

Proporia a lei, no §2º do referido artigo, que seja declarada manifestamente ilegal qualquer ordem, decisão ou determinação de praticar o desaparecimento forçado de uma pessoa ou ocultar os documentos essenciais à localização da vítima ou de seus restos mortais.

Haveria, ainda, a tipificação do desaparecimento forçado qualificado com aprovação desta lei. Os §§4º, 5º e 6º o identificam da seguinte maneira:

§4º Se houver emprego de tortura ou outro meio insidioso ou cruel, ou se do fato resultar aborto ou lesão corporal de natureza grave ou gravíssima:

Pena - reclusão, de 12 (doze) a 24 (vinte e quatro) anos, e multa

§5º Se resulta morte

Pena - reclusão, de 20 (vinte) a 30 (trinta) anos, e multa

§ 6 A pena é aumentada de 1/3 (um terço) até 1/2 (metade):

I - se o desaparecimento durar mais de 30 (trinta) dias;

II - se o agente for funcionário público;

III - se a vítima for criança ou adolescente, idosa, portadora de necessidades especiais ou gestante ou tiver diminuída, por qualquer causa, sua capacidade de resistência.

Em comparação aos tipos penais existentes no Código Penal, haveria uma pena superior no seu tipo mais gravoso: de 20 (vinte) a 30 (trinta) anos. Ela seria superior ao do homicídio (seis a vinte anos), da lesão corporal seguida de morte (quatro a doze anos) e do sequestro e do cárcere privado, na sua modalidade mais gravosa (dois a oito anos). Ainda, a pena seria superior ao Projeto de Lei nº 301, de 2007, na medida em que prevê 08 (oito) a 30 (trinta) anos de reclusão.

Pugnava o Senador que o magistrado poderia proceder com uma redução de pena ou a requerimento das partes ou de ofício, de um a dois terços, ao acusado que tenha colaborado efetiva e voluntariamente com a investigação e o processo criminal, desde que a vítima seja localizada com sua integridade física preservada ou identifique os coautores ou partícipes da ação criminosa e das circunstâncias do desaparecimento. Ainda, fundamental que o acusado fosse réu primário.

Os §§8º e 9º afirmavam que o desaparecimento forçado seria considerado um crime imprescritível e que eventual perdão, extinção de punibilidade ou absolvição efetuadas no estrangeiro poderiam ser desconsideradas, caso o objetivo tenha sido subtrair do acusado à investigação ou responsabilização por seus atos, ou que foram conduzidas de forma dependente e parcial.

Por fim, o §10º apontava que o desaparecimento forçados seria um delito de natureza permanente e seriam consumados de forma contínua enquanto a pessoa não fosse libertada ou não fosse esclarecida sua sorte, condição e paradeiro, ainda que já houvesse falecido.

Visto como o desaparecimento forçado de pessoas não se encaixa no tipo sequestro e cárcere privado, do atual Código Penal brasileiro, bem como o Projeto de Lei nº 245, de 2011, passa-se ao estudo do caso argentino, para fins de análise comparada.

5.2 A legislação argentina e o desaparecimento forçado

A prática do desaparecimento forçado foi o principal método de luta contra a dissidência política e ideológica durante a Ditadura militar argentina entre os anos de 1976 e 1983 (MALARINO, 2009, p. 5).

Seguiu-se o *modus operandi* do Plano Condor, qual seja, a abdução da vítima por parte de agentes do Estado por motivos predominantemente ideológicos, além da posterior negação tanto dos fatos quanto o paradeiro ao próprio abduzido quanto à família.

Em virtude do recebimento considerável de denúncias acerca desta prática estatal, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, órgão da Organização dos Estados Americanos produziu um informe do país, em 1980.

Na ocasião, reiterou-se os Informes Gerais à Assembleia Argentina de 1976 e de 1977, acerca da prática destes atos (OEA, 1980, doc. 19). Lembrou-se que era um instrumento extralegal conveniente utilizado pelo Governo no sentido de findar ou mitigar a oposição política no país. Outrossim, classificou-se a conduta como "cruel e desumana", a qual causava grandes prejuízos à sociedade argentina.

Finalmente, concluiu-se que esta repressão adveio dos mais altos escalões das Forças Armadas argentinas, a fim de combater a subversão por meio de pequenos grupos estatais com poderes ilimitados quanto à eliminação daqueles considerados terroristas.

Com a ascensão de Raúl Alfonsín ao cargo de presi-



dente eleito da Argentina após a Ditadura em 1983, sobre a criação da Comisión Nacional sobre la Desaparición de Personas (CONADEP).

Em dezembro do mesmo ano, foi promulgado o Decreto nº 187, sustentando transcendência da questão dos Direitos Humanos sobre os poderes públicos, de forma a interessar diretamente a sociedade civil argentina e a internacional.

Assim, coube à CONADEP esclarecer os fatos decorrentes do desaparecimento forçados ocorridos no país, bem como localizar o paradeiro das vítimas e quaisquer outras circunstâncias relacionadas. Igualmente, receberia denúncias e outras provas, que deveriam ser encaminhadas à Justiça, para os devidos fins legais, bem como a apuração das responsabilidades criminais dos envolvidos (CONADEP, 2016).

À época da conclusão dos trabalhos da Comissão, em 1984, sob o nome de "Nunca Más", estimou-se que 8.960, vítimas do desaparecimento forçado ainda estavam desaparecidas. Ademais, havia cerca de 340 detenções secretas criadas pelos agentes estatais (NUNCA MÁS, 1984, 2017).

Contextualizada, brevemente, a situação neste país, passa-se à análise das leis criadas para buscar prevenir e reprimir o desaparecimento forçado.

5.2.1 Mudanças legislativas argentinas: criação do tipo penal desaparecimento forçado

Até 2007, inexistia uma norma penal no ordenamento jurídico argentino que reprimia o desaparecimento forçado de pessoas (MALARINO, 2009, p. 6). Em 5 de janeiro daquele ano, a República Argentina, ao promulgar o Estatuto de Roma, pela Lei de Implementação nº 26200, criou o tipo penal do desaparecimento forçado em seu ordenamento jurídico (ARGENTINA, 2007) e suprimiu tal vácuo legislativo.

Insta apontar que o artigo 2º da Lei de Implementação apregoa que os crimes de genocídio, crimes contra a humanidade - e neste ponto está inserido o desaparecimento forçado -, crimes de guerra e as ofensas contra a administração da justiça serão puníveis de acordo com a jurisdição nacional⁷.

Aplicar-se a pena de 2 a 25 anos quando houver crimes contra a humanidade nos termos do Estatuto de Roma⁸, enquanto haverá uma agravação no preceito secundário pelo resultado morte da vítima, qual seja, a imposição da pena de prisão perpétua⁹.

Como disposições gerais, a Lei argentina impõe

⁷ Em espanhol, dispõe a Lei 26200: "(...)Las conductas descriptas en los artículos 6º, 7º, 8º y 70 del Estatuto de Roma y todos aquellos delitos y crímenes que en lo sucesivo sean de competencia de la Corte Penal Internacional, serán punibles para la República Argentina en la forma que esta ley prevé.(...)".

⁸ O Estatuto de Roma preconiza que: "1. Para os efeitos do presente Estatuto, entende-se por "crime contra a humanidade", qualquer um dos atos seguintes, quando cometido no quadro de um ataque, generalizado ou sistemático, contra qualquer população civil, havendo conhecimento desse ataque: (...) i) Desaparecimento forçado de pessoas; (...)".

que a ação penal e a aplicação das penas serão imprescindíveis nos casos de genocídio, crimes contra a humanidade e crimes de guerra.

Cumprido salientar que a Argentina incorporou ao seu ordenamento jurídico a Convenção Interamericana sobre o Desaparecimento Forçado de Pessoas em Setembro de 1995 e a Convenção Internacional para a Proteção das Pessoas contra os Desaparecimentos Forçados em 2007.

Ademais, a lei argentina obriga as autoridades judiciais e administrativas a cooperar com os pedidos formulados pelo Tribunal Penal Internacional. Tal é esta obrigação que caso princípios do ordenamento jurídico argentino proibam este intercâmbio jurídico, o Poder Executivo deverá consultar o Tribunal, a fim de estabelecer outras maneiras em que a cooperação poderá ser efetivada.

6. Conclusão

O crime de desaparecimento forçado não pode ser visto como um crime comum ante a ordem jurídica pátria. Ora, o próprio Estatuto do Tribunal Penal Internacional considera essa figura delitiva, quando parte de um ataque amplo ou generalizado, como um atentado à segurança de toda humanidade, o que revela a sua especial gravidade.

Salienta-se, ainda, a importância embutida na tipificação preconizada pelo Estatuto de Roma, haja vista o passado e o presente da sociedade brasileira. Basta analisar a perseguição sucedida aos opositores do Governo Militar de 1964 e caso Amarildo, em 2013, quando Amarildo Dias de Souza foi detido por Policiais Militares e conduzido à Unidade de Polícia Pacificadora do Bairro da Favela da Rocinha. Neste ínterim, acabou desaparecido, sem quaisquer explicações coerentes de seu paradeiro pelos agentes de segurança pública.

O legislador argentino, ciente da história ditatorial e das produções da Comissão da Verdade, adotou o tipo penal internacional preconizado pelo Estatuto de Roma, com vistas a impedir a impunidade, além de cumprir com a obrigação jurídica internacional de tipificar esta conduta. Afinal, a Argentina igualmente pertence ao rol de países signatários de diversas convenções e tratados que visam tutelar os Direitos Humanos.

Com fulcro no Direito Comparado, a adoção deste tipo penal no Código Penal Brasileiro suprirá o vácuo normativo, respeitando os tratados a qual é signatário. Ademais, a adoção do tipo penal do desaparecimento forçado alinhará os interesses constitucionais com os penais. Ora, abduzir um indivíduo e lhe inculcar o medo e a insegurança são atos que ferem seus bens jurídicos de maneira grave, o que exige intervenção penal mais severa do que aquela reservada às condutas de sequestro e cárcere privado.

Observa-se, ainda, que a tipificação do desapareci-

⁹ Em espanhol, dispõe a Lei 26200: "ARTICULO 9º – En los casos previstos en el artículo 7º del Estatuto de Roma la pena aplicable es de 3 a 25 años de prisión. Si ocurre la muerte, la pena será de prisión perpetua."



mento forçado cumprirá com uma função político-criminal, de caráter preventivo-informativo, que incrementará a proteção aos bens jurídicos indispensáveis para uma vida harmoniosa em sociedade.

A conduta de abduzir um indivíduo e mantê-lo em constante estado de insegurança, sem revelar o seu paradeiro, configura uma ação de especial lesividade e, portanto, merecedora da intervenção penal. Contudo, para além da intervenção penal, faz-se necessária a implementação de políticas públicas que possam garantir a salvaguarda dos bens jurídicos violados pelo crime de desaparecimento¹⁰. Nessa toada, a legislação argentina pode servir como parâmetro ao legislador brasileiro, para que institua também mecanismos de identificação dos desaparecidos e de apoio às famílias.

Quanto à impunidade, busca-se reduzi-las via implementação de leis que permitam a responsabilidade penal de quem pratica condutas extremamente graves como o desaparecimento forçado de pessoas, afastando a omissão do Estado em proteger bens jurídico (isto é, desconstitui uma situação de proteção deficiente de direitos fundamentais) (STRECK, 2013). Por outro lado, a mera criação de um tipo penal, per se, não acabará com essa prática odiosa, uma vez que será através da implementação de políticas públicas, tais quais memoriais públicos e intensos estudos daquela época que se criam condições sociais para que o crime não se repita.

REFERÊNCIAS

ACCIOLY, Hidelbrando. *Direito Internacional: manual de Direito Internacional Público*. 20ª ed., São Paulo: Editora Saraiva, 2012.

ACOSTA, Maria A. B.; PEÑA, Catalina M. L. *Análisis del delito de desaparición forzada*. Bogotá, DC: Universidad Javeriana, 2004. 212 f. Tesis de Grado - Facultad de Ciencias Jurídicas - Área Derecho Penal, Universidad Javeriana, Bogotá, D.C, 2004. p.11.

ALFLEN, Pablo Rodrigo, in AMBOS, Kai; BÖHM, María L.; ALFLEN, Pablo R. *Crime de desaparecimento forçado de pessoas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

¹⁰ A esse respeito, devem ser seguidos os 14 pontos para prevenir o crime de desaparecimento forçado formulados pela Anistia Internacional. Entre eles estão: a desaprovação oficial dessa conduta pelos órgãos de Estado, medidas para garantir a responsabilidade das cadeias de mando, mecanismos para garantir a localização e proteção dos presos, garantia de acesso aos detidos, eliminação de prisões secretas, critérios legais claros para a prisão e medidas de compensação e reabilitação para as vítimas. ANISTIA INTERNACIONAL. **No a la impunidad de las desapariciones forzadas**: lista de requisitos para la implementación efectiva de la Convención Internacional contra las Desapariciones Forzadas. Madri: Editorial Anistia Internacional, 2011

ALFLEN, Pablo Rodrigo. *Crime de Desaparecimento Forçado de Pessoas e o Direito Penal Brasileiro*. In: AMBOS, Kai; BÖHM, María Laura; ALFLEN, Pablo Rodrigo. *Crime de Desaparecimento Forçado de Pessoas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

AMBOS, Kai. *La parte general del derecho penal internacional: bases para una elaboración dogmática*. Trad. Ezequiel Malarino. Montevideu: Fundación Konrad-Adenauer, 2005.

ARGENTINA. Lei nº 26200, de 05 de janeiro de 2007. *Ley de Implementación del Estatuto de Roma, aprobado por la Ley N° 25390 y ratificado el 16 de enero de 2001, de la Corte Penal Internacional. Disposiciones Generales Penas y principios generales. Delitos contra la administración de justicia de la Corte Penal Internacional. Relaciones con la Corte Penal Internacional. Ley de Implementación del Estatuto de Roma de La Corte Penal Internacional*. Disponível em: <<http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anejos/120000-124999/123921/norma.htm>>.

BITENCOURT, Cezar R., *Tratado de Direito Penal - Parte Especial - Dos Crimes Contra a Pessoa - Vol. 2*. 15ª Edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2015.

BRASIL. 35ª Vara Criminal do Rio de Janeiro. *Sentença nº 271912 - 17.2013.8.19.0001*. Diário Oficial da União. Rio de Janeiro, . Disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/sentenca-amarildo.pdf>>.

BRASIL. *Decreto Presidencial nº 7.037, de 21 de dezembro de 2009. Aprova o Programa Nacional de Direitos Humanos - PNDH-3 e dá outras providências. Decreto Presidencial*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d7037.htm>.

BRASIL. *Divisão de Homicídios do Rio de Janeiro. Inquérito Policial nº 015-02713/2013. Termos de Declaração*. Rio de Janeiro, Estado do Rio de Janeiro. Disponível em: <<http://www.apublica.org/wp-content/uploads/2014/02/5e6DepoimentoRuchester.pdf>>.

BRASIL. *Observatório do PNDH-3: O que é*. 2013. Disponível em: <<http://www.pndh3.sdh.gov.br/portal/sistema/sobre-o-pndh3>>.

BUSATO, Paulo César. *Direito Penal: Parte Especial - Artigos 121 a 234-C do Código Penal*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

COMISIÓN NACIONAL SOBRE LA DESAPARICIÓN DE PERSONAS. *Nunca Más: Report of Conadep (National Commission on the Disappearance of Persons)* - 1984. Buenos Aires: Editorial Universitaria de Buenos Aires, 1984.



Disponível em: <http://www.desaparecidos.org/nunca-mas/web/english/library/nevagain/nevagain_283.htm>.

CONDE, Julio Cesar M. *El delito de la desaparición forzada de personas como mecanismo de protección de los derechos humanos*. Disponível em: <<http://servicio.bc.uc.edu.ve/derecho/revista/idc24/24-3.pdf>>.

DAZA, Carrasco apud AFLEN, Pablo R., in AMBOS, Kai; BÖHM, María L.; ALFLEN, Pablo R.. *Crime de desaparecimento forçado de pessoas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

GOMEZ LOPES, Jesús Orlando. *Crímenes de lesa humanidad*. Bogotá: Editorial Gustavo Ibáñez, 1998.

MALARINO, Ezequiel. Informes Nacionales: Argentina. In: AMBOS, Kai et al (Org.). *Desaparición Forzada de Personas: Análisis Comparado e Internacional*. Bogotá, D.C: GTZ/Temis S.a, 2009.

MERCOSUR. INSTITUTO DE POLÍTICAS PÚBLICAS EN DERECHOS HUMANOS. CONADEP (*Comisión Nacional sobre la Desaparición de Personas*). Disponível em: <<http://atom.ippdh.mercosur.int/index.php/conadep-comision-nacional-sobre-la-desaparicion-de-personas>>.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. COMISSÃO INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. OEA/Ser.L/V/II.49, doc. 19 1980: *Informe sobre la situación de los derechos humanos en Argentina - 1980*. Disponível em: <<http://www.cidh.org/countryrep/Argentina80sp/Cap.3.htm>>.

PERRONE-MOISÉS, Cláudia. *Imunidades de chefes de Estado e crimes internacionais*. Tese de Livre Docência apresentada na Faculdade de Direito da USP. São Paulo, 2009, 108p.

PERRUSO, Camila Akemi. *O desaparecimento forçado de pessoas no sistema interamericano de direitos humanos: direitos humanos e memória*. 2010. 222 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010. p. 17. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2135/tde-04012011-133617/pt-br.php>>.

Polícia Civil do Rio de Janeiro. *“Operação Paz Armada” desarticula tráfico na Rocinha*. 2013. Disponível em: <<http://www.policiacivil.rj.gov.br/exibir.asp?id=17246>>.

REZEK, Francisco. *Direito Internacional Público: curso elementar*. 15ª ed., São Paulo: Editora Saraiva, 2014.

SENADO. *Projeto de Lei do Senado nº 245, de 2011*. Disponível em: <<http://www25.senado.leg.br/web/ativi->

[dade/materias/-/materia/100177](http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/100177)>.

STRECK, Lenio L. *Bem jurídico e Constituição: da proibição de excesso (Übermassverbot) à proibição de proteção deficiente (Untermassverbot) ou de como não há blindagem contra normas penais inconstitucionais*. Disponível em: <<https://ensaiosjuridicos.files.wordpress.com/2013/04/bem-jurc3addico-e-constituic3a7c3a3o-da-proibic3a7c3a3o-de-excesso-lenio.pdf>>.

TEATER, Emily. *Volksgemeinschaft: The Rise of Nazi Ideology*. 2012. Disponível em: <<http://scholarworks.bgsu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1082&context=honorsprojects>>.

THE AVALON PROJECT. *Nazi Conspiracy and Aggression Volume 7 Document No. L-90 - Night and Fog Decree*. Disponível em: <<http://avalon.law.yale.edu/imt/l-90.asp>>.