

Análise do Crime de Desaparecimento Forçado

(Sua Prática na Ditadura Brasileira e seus Desdobramentos no Judiciário Nacional)

Enio Viterbo Martins

Advogado, Pós-graduado em Direito Militar. Mestrando em História do Brasil pela Universidade Salgado de Oliveira.

RESUMO: O desaparecimento forçado é um crime frequentemente praticado pelas ditaduras no mundo inteiro e, como será visto, é uma forma de um regime autoritário intimidar ou eliminar as forças de oposição assim como qualquer indivíduo que o regime acredite ser indesejável para a estabilidade da governança autoritária. Comum na América Latina, este crime foi utilizado também no regime militar brasileiro como forma de perseguição a supostos subversivos, porém, diferentemente dos demais países do Cone Sul da América, o Brasil não efetuou uma justiça transicional que responsabilizasse os culpados. Os principais entraves foram a falta de motivação política e uma série de obstáculos jurídicos. O presente artigo vem para analisar os entraves jurídicos que impedem a responsabilização dos agentes estatais que perpetuaram o crime de desaparecimento forçado, utilizando para isso uma abordagem de análise de dispositivos internacionais e aprofundamento jurisprudencial no direito pátrio.

1. BREVE CONCEITUAÇÃO HISTÓRICO-JURÍDICA DO CRIME DE DESAPARECIMENTO FORÇADO

Historicamente, apesar de a prática datar pelo menos desde a Alemanha nazista do período pré 2ª Guerra, foi somente durante as décadas de 1960 e 1970, nas ditaduras militares da América Latina, que o desaparecimento forçado de pessoas passou a ser adotado como política de Estado.

Conceitualmente, o desaparecimento forçado é melhor descrito no artigo II da Convenção Interamericana sobre o Desaparecimento Forçado de Pessoas, de 1994, da OEA, que determina:

Para os efeitos desta Convenção, entende-se por desaparecimento forçado a privação de liberdade de uma pessoa ou mais pessoas, seja de que forma for praticada por agentes do Estado ou por pessoas ou grupos de pessoas que atuem com autorização, apoio ou consentimento do Estado, seguida de falta de informação ou da recusa a reconhecer a privação de liberdade ou a informar sobre o paradeiro da pessoa, impedindo assim o exercício dos recursos legais e das garantias processuais pertinentes.

Essa convenção interamericana, apesar de ter sido assinada em 1994 no próprio Brasil, só foi ratificada onze anos depois, sendo assim anterior à Emenda Constitucional nº 45, de 2004, e assim foi introduzida no nosso ordenamento jurídico como uma norma supralegal.

Fazemos ainda referência ao Estatuto de Roma, assinado pelo Brasil em 1998, que criou o Tribunal Penal Internacional e este, em seu art. 7º, parágrafo 1º, constitui como “crime contra a humanidade” o desaparecimento forçado, e em seguida, em seu parágrafo 2º, o tipifica da seguinte forma:

Por “desaparecimento forçado de pessoas” entende-se a detenção, a prisão ou o sequestro 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.¹

Prosseguimos para a análise jurídica de Maria Alejandra Brijalbo (2004, p. 29-33), que separa entre os tipos subjetivos e objetivos deste crime assim definidos:

¹ BRASIL, Decreto nº 4.388, de 25 de setembro de 2002.

Tipo subjetivo:

Este comportamento envolve uma dolo completo: a intenção de se privar a liberdade, mas esta ação é apenas o meio para obter o resultado desejado pelo agente, que é a ocultação, a fim de suprimir um sujeito que se opõe às várias finalidades do Estado ou grupo.

(...)

Tipo objetivo

A ação consiste em privar o sujeito passivo da liberdade, ocultando-o posteriormente para excluí-lo do amparo de lei. O delito então se concretizará com a privação da liberdade, seguida do desaparecimento, que deve ser “forçado”, o que significa que não importa a vontade da vítima. Ressalta-se que a privação de liberdade é apenas um meio material para que se possa verificar o tipo, porque este virá a concretizar-se quando configurado o desaparecimento. (tradução nossa)

Tendo visto o sujeito ativo do tipo, resta a configuração do sujeito passivo; este é indeterminado, podendo assim ser qualquer cidadão da população do país, civil ou mesmo militar.

Em tese, trata-se de um meio eficiente de um regime autoritário tratar seus opositores, pois, considerando que os mesmos são dados como desaparecidos, não há vítima, e o Estado muitas vezes nega-se a admitir que a mesma encontra-se detida sob seus cuidados.

Em matéria de direitos humanos e fundamentais, o desaparecimento forçado viola o direito à liberdade, à livre manifestação política, à liberdade de expressão, além dos princípios da dignidade da pessoa humana e da legalidade.

Em maio de 2016, foi promulgada a “Convenção Internacional para a Proteção de todas as Pessoas contra Desaparecimento Forçados”, adotada pelo Brasil em 2011, que não difere muito das conceituações das convenções anteriores sobre o tema, citando ainda que, diferentemente da sua versão interamericana, esta, em seu artigo 8º, adota a possibilidade de prescrição do crime de desaparecimento forçado, entendendo assim que a matéria constitucional que versa sobre prescrição deve ser reservada ao próprio Estado.

Saliente-se que a comunidade internacional tem cada vez mais levado os Estados a coibirem tal prática, sendo cada vez mais comum que, em países com instituições democráticas fortes e independentes, a prática do crime de desaparecimento forçado seja cada vez mais rara.

Porém, ainda que o crime tenha sido adotado pelos regimes militares latino-americanos, é interessante notar que a sistemática do desaparecimento forçado não é apenas fruto destes antigos regimes, sendo uma prática de governos civis atuais como do México ou Colômbia, podendo ser citados também Síria, Kosovo, Angola e até o próprio Brasil.

2. EXPERIÊNCIA BRASILEIRA

Durante a ditadura militar brasileira, vigorante de 1964-1985, foram denunciados casos de desaparecimento forçado no país que indicavam uma forma sistemática de ação.

Agentes da repressão, tais como a polícia política do DOPS (Departamento de Ordem Política e Social), ou setores de inteligência das forças armadas, como por exemplo o CIEX (Centro de Informações do Exército) ou o CENIMAR (Centro de Informações da Marinha), além claro dos DOI-CODI, praticaram rotineiramente o desaparecimento forçado contra os suspeitos de serem subversivos e contrários ao regime.

A Comissão Nacional da Verdade estima que houve 434 mortos e desaparecidos políticos no período ditatorial e, entre estes, 210 são desaparecidos.

O comum na época do regime era que os órgãos de inteligência prendessem aqueles considerados subversivos e os levassem a locais prisionais específicos para o combate à suposta subversão que estava ocorrendo no país.

Nesses locais, era frequentemente praticada a tortura de presos políticos para angariar informações que iriam ensejar a busca, obsessiva, de destruir a extrema esquerda no país.

Em nome da segurança nacional, tal prática de detenção era frequentemente empregada, porém, após as torturas aplicadas, caso a vítima viesse a falecer em decorrência dos maus-tratos, ela era ime-

diatamente tida como “desaparecida” e era negado a seus familiares e amigos o fato de que em algum momento a vítima houvesse estado sob custódia do Estado.

Prática essa que foi fundamentalmente utilizada na chamada “Guerrilha do Araguaia”, onde simplesmente o governo militar desapareceu com dezenas de guerrilheiros que combatiam a ditadura.

3. DESDOBRAMENTOS NO JUDICIÁRIO NACIONAL

É importante esclarecer inicialmente que a jurisprudência brasileira trata o crime de desaparecimento forçado como análogo ao crime de sequestro qualificado, previsto no Código Penal de 1941, conforme podemos observar na EXT 1.150 / ARG (2008) que extraditou o uruguaio NORBERTO RAUL TOZZO então acusado do desaparecimento de FERNANDO GABRIEL PIEROLA, JULIO ANDRES PEREIRA, ROBERTO HORACIO YEDRO e REYNALDO AMALIO ZAPATA SOÑEZ, vejamos:

“EXTRADIÇÃO INSTRUTÓRIA. PRISÃO PREVENTIVA DECRETADA PELA JUSTIÇA ARGENTINA. TRATADO ESPECÍFICO: REQUISITOS ATENDIDOS. EXTRADITANDO INVESTIGADO PELOS CRIMES DE HOMICÍDIO QUALIFICADO PELA TRAIÇÃO (“HOMICÍDIO AGRAVADO POR ALEIVOSIA E POR EL NUMERO DE PARTICIPES”) E SEQÜESTRO QUALIFICADO (“DESAPARICIÓN FORZADA DE PERSONAS”): DUPLA TIPICIDADE ATENDIDA. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE DOS CRIMES DE HOMICÍDIO PELA PRESCRIÇÃO: PROCEDÊNCIA. CRIME PERMANENTE DE SEQÜESTRO QUALIFICADO: INEXISTÊNCIA DE PRESCRIÇÃO. ALEGAÇÕES DE AUSÊNCIA DE DOCUMENTAÇÃO, CRIME MILITAR OU POLÍTICO, TRIBUNAL DE EXCEÇÃO E EVENTUAL INDULTO: IMPROCEDÊNCIA. EXTRADIÇÃO PARCIALMENTE DEFERIDA.

(...)

6. Crime de seqüestro qualificado: de natureza permanente, prazo prescricional começa a fluir a partir da cessação da permanência e não da data do início do seqüestro. Precedente

Ora, considerando que o crime de seqüestro é um crime permanente e que a execução se protraí no tempo enquanto houver a detenção da vítima, seria de se imaginar, e aqui reza a principal argumentação para responsabilização dos agentes do Estado que perpetraram crimes políticos e comuns, que, se houve o seqüestro de tais vítimas ainda no período ditatorial, tal crime não cessou sua permanência, sendo portanto possível a prisão dos militares envolvidos no crime por ainda estar em execução o crime de seqüestro.

Tal raciocínio tem por base o fato de que como tal crime continua em execução, ele não seria abrangido pela lei da anistia que beneficiou tanto os militantes da esquerda quanto os torturadores e agentes do Estado que violaram tão profundamente os direitos humanos.

Cite-se, por amor ao debate, o voto divergente do Ministro Marco Aurélio na extradição anteriormente citada, Ministro este que é conhecido por dar votos inusitados e geralmente vencidos mas que, *in casu*, tem uma lógica peculiar quando afirma que, na verdade, não se trata de equivalência do desaparecimento forçado com o seqüestro, pois, dentre outros motivos, na legislação pátria existe a Lei nº 9.140, de 4 de dezembro de 1995, que reconheceu como mortas pessoas desaparecidas em virtude de participação em atividades políticas no período de 2 de setembro de 1961 a 5 de outubro de 1988.

Ora, tal lógica faria cessar e por fim desqualificar o crime de seqüestro para qualificá-lo na verdade como homicídio, ou ainda fazer cessar a permanência do crime de seqüestro, começando então a prescrição a correr da data de publicação de tal lei, porém desta vez não foi diferente e o nobre Ministro foi voto vencido novamente.

Apenas dois anos depois do julgamento de tal extradição, em 2010, o STF julgou a ADPF 153, validando a Lei da Anistia, explicitando que além de ter sido recepcionada pela Constituição de 1988, a anistia se aplica aos militares também quanto aos crimes comuns conexos aos crimes políticos.

Esclarecemos ainda que a exposição do ministro Marco Aurélio tem sido adotada por diversas vezes pelo judiciário nacional com fim

de não proceder a ações penais direcionadas aos agentes da ditadura que praticaram o crime de desaparecimento forçado, como é o caso do processo nº 0004204-32.2012.403.6181 em que o Juiz Márcio Rached Millani não recebeu a denúncia contra dois ex-agentes da ditadura militar acusados do desaparecimento do bancário e líder sindical Aluizio Palhano, preso em maio de 1971 no Destacamento de Operações Internas de São Paulo (DOI-Codi).

Na sentença de fls. 707-724, o juiz afirma:

(...) Ou a vítima faleceu em 1971, situação mais provável, vez que não se teve mais notícias dela após esta data, hipótese que estaria albergada pela Lei de Anistia; ou, utilizando-se a tese ministerial, teria permanecido em cárcere até 4 de dezembro de 1995, data que foi sancionada a Lei n. 9.140, não se podendo falar na continuidade do delito (sequestro) a partir de então, em razão de ter sido reconhecido a sua morte.

A posição do STF no julgamento da ADPF 153 foi largamente contestada pelos movimentos sociais e encontrou, poucos meses depois naquele mesmo ano, respaldo na Corte Interamericana dos Direitos Humanos que, no caso Julia Gomes Lund e outros (“Guerilha do Araguaia”), condenou o Estado brasileiro a elucidar e punir os crimes da ditadura militar brasileira e mais, afirmou que a Lei da Anistia brasileira é incompatível com os tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil, por ser uma clara lei de “autoanistia” sobre qual os militares impuseram sua força bruta ao Congresso Nacional, para, quando da transição, poderem sair impunes das atrocidades cometidas.

Saliente-se que a Corte Interamericana de Direitos Humanos se julgou competente para julgar o caso Gomes Lund x Brasil, baseando-se na argumentação anteriormente citada de que trata-se de crime permanente, que, em tese, ainda estaria em execução, tornando portanto a corte competente para julgá-lo.

Necessário por fim dizer que o Brasil vai na contramão da jurisprudência latino-americana, pois em setembro do ano de 2016 o judiciário argentino condenou um ex-chefe da força aérea argentina, Omar Graffigna, de 90 anos, a 25 anos de prisão, por sequestros e desaparecimentos praticados durante a ditadura argentina.

CONCLUSÃO

O desaparecimento forçado de pessoas, crime rotineiramente utilizado nas ditaduras militares sul-americanas nas décadas de 1960-80, foi também praticado no Brasil com apoio de organizações governamentais que, claramente de acordo com a política de segurança nacional vigente à época, tinham o intuito de capturar militantes oposicionistas para facilitar a eliminação física de organizações “terroristas” que se opunham militarmente ao regime.

Não raramente tais militantes eram assassinados ou mortos em decorrência das torturas que sofriam nas mãos de seus algozes, o que levava o governo, buscando ter um resquício de credibilidade e legitimidade perante a comunidade internacional e a sociedade civil interna, a qualificar tais mortos como “desaparecidos”.

Houve casos, porém, em que a família ou amigos da vítima buscaram seu paradeiro enquanto esta ainda estava viva, mas o governo militar, com fim cristalino de dificultar a proteção legal a tais pessoas, se negava a admitir que estava “em posse” de tal prisioneiro, dificultando ao máximo o amparo jurídico ao preso.

No âmbito da doutrina jurídica, porém, o STF validou a lei da anistia de 1979, o que acabou dificultando a responsabilização dos agentes estatais da ditadura militar. Mesmo assim, o Ministério Público brasileiro encontrou teses que levariam os militares ao banco dos réus, fundamentando-se inclusive em um julgado do STF de extradição de um uruguaio onde a corte superior entendeu que o crime de desaparecimento forçado é análogo ao de sequestro qualificado, e que, além disto, o crime de sequestro é permanente, sendo assim ainda estaria em execução.

A argumentação é válida, e foi utilizada pela própria Corte Interamericana de Direitos Humanos, porém, o judiciário brasileiro ainda é hesitante em ir contra a decisão do STF e não tem aceitado a tese do crime permanente com base na Lei 9.140/95, que declarou mortos os desaparecidos políticos.

Por fim, salientamos que em momento algum na ADPF 153 o STF se referiu à Lei 9.140/95 para afirmar que os desaparecidos políticos estão realmente mortos, o que ensejou embargos de declaração à sentença que ainda não foram julgados.

Tal julgamento dos embargos será fundamental, pois uma vez esclarecido que trata-se de crime permanente, o judiciário nacional será forçado a aceitar a tese da doutrina internacional e começar a processar os agentes estatais criminosos da ditadura militar. ❖

BIBLIOGRAFIA

AKEMI, Camila. "O Brasil e o desaparecimento forçado de pessoas". **Revista do Curso de Mestrado em Direito da UFC**. P. 61-73. 2010.

ALEJANDRA, Maria. "*ANALISIS DEL DELITO DE DESAPARICIÓN FORZADA*". 2004. 212 f. Trabalho de Conclusão de Curso. Faculdade de Ciências Jurídicas, Universidade Javeriana, Bogota, 2004.

BICKFORD, Louis. "*Transitional Justice*". In: **The Encyclopedia of Genocide and Crimes Against Humanity**. Volume III. Nova Iorque: MacMillan. 2004.

BRASIL. **Convenção Interamericana Sobre o Desaparecimento Forçado de Pessoas**. 09 de Junho de 1994.

BRASIL. Decreto nº 592, de 06 de Julho de 1992.

BRASIL, Decreto nº 4.388, de 25 de setembro de 2002.

BRASIL, Projeto de Lei do Senado, Nº 245 de 2011.

BRASIL. Lei nº 9.140, de 04 de Dezembro de 1995.

BRASIL. Secretaria Especial dos Direitos Humanos. Comissão Especial sobre Mortos e Desaparecidos Políticos. **Direito à verdade e à memória: Comissão Especial sobre Mortos e Desaparecidos Políticos / Comissão Especial sobre Mortos e Desaparecidos Políticos**. Brasília: Secretaria Especial dos Direitos Humanos, 2007.

COSTA PINTO, Antonio; PALOMANES, Carlos Francisco. **O passado que não passa: a sombra das ditaduras na Europa do Sul e na América Latina**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2013.

ESSE, Luis Gustavo; RODRIGUES, Daniel Gustavo de Oliveira Colnago. "A Convenção Interamericana sobre o desaparecimento forçado de pessoas e a obrigatoriedade do estado brasileiro de legislar." In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XV, n. 107, dez 2012. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=12555. Último acesso: 21 em mar 2015.

FRIEDE, Roy Reis. **Revisão da Lei da Anistia: Um contraponto**. Rio de Janeiro: Editora Ciência Moderna, 2015.

LUCRECIA MOLINA, Ana. "*La Desaparición Forzada de Personas em América Latina*". Disponível em: www.derechos.org/koaga/vii/molina.html. Acesso em: 23 de Abril de 2016.

PADILLA, Elías. "La Desaparición Forzada de Personas en Chile". Disponível em: <http://www.desaparecidos.org/nuncamas/web/investig/lamemolv/memolv07.htm>. Acesso em: 23 de Abril de 2016.

PORTELA, Henrique Gonçalves. **Direito Internacional Público e Privado. Incluindo Noções de Direitos Humanos e de Direito Comunitário**. 2ª edição. Revista, ampliada e atualizada. Editora Jus Podivm. 2010.

Revista Anistia Política e Justiça de Transição / Ministério da Justiça. – N. 8 (jul./dez. 2012). – Brasília: Ministério da Justiça, 2012.

RIBEIRO, Denise. *A ANISTIA BRASILEIRA: ANTECEDENTES, LIMITES E DESDOBRAMENTOS DA DITADURA CIVIL-MILITAR À DEMOCRACIA*. Niterói: Universidade Federal Fluminense, 2012. 130 f. Programa de Pós-Graduação em História. Niterói, 2012.

SAMPEDRO ARRUBLA, Camilo. "*La desaparición forzada de personas, el bien jurídico protegido*". **Revista de Derecho Penal y Criminología**. Nº. 59. Instituto de Ciencias Penales y criminológicas, Universidad Externado de Colombia. Bogotá D. C., agosto, 1996.

VICENCI, Camila. "*Leis de Anistia: Aspectos teóricos e as experiências da Argentina, Uruguai e Brasil*." Disponível em: http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7637&revista_caderno=19. Último acesso em: 17 de Jul de 2016.