

**CEUB**

EDUCAÇÃO SUPERIOR

ISSN 2237-1036

**REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL**  
**BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW**

**O desenvolvimento histórico da proscição do desaparecimento forçado de pessoas e sua fenomenologia no Direito Penal Internacional e no Direito Internacional dos Direitos Humanos**

**The historical development of the incrimination of the enforced disappearance of persons and their phenomenology between International Criminal Law and International Human Rights Law**

Marcus Vinícius Xavier de Oliveira

VOLUME 18 • N. 2 • 2021

DIREITO INTERNACIONAL ECONÔMICO E A  
CRISE SANITÁRIA DO COVID-19

# Sumário

<b>CRÔNICAS.....</b>	<b>13</b>
<b>REIMAGINING INTERNATIONAL RELATIONS TEACHING DURING (AND AFTER) COVID-19 .....</b>	<b>15</b>
Magdalena Bas	
<b>DOSSIÊ TEMÁTICO: DIREITO INTERNACIONAL ECONÔMICO E A CRISE SANITÁRIA DO COVID-19 (INTERNATIONAL ECONOMIC LAW AND THE COVID-19 SANITARY CRISIS).....</b>	<b>19</b>
<b>SOME QUESTIONS ABOUT INTERNATIONAL ECONOMIC LAW RAISED DURING THE PANDEMIC .....</b>	<b>21</b>
Hervé Ascensio	
<b>INTERNATIONAL ECONOMIC LAW AND THE COVID-19 SANITARY CRISIS: AN INTRODUCTION</b>	<b>27</b>
Julien Chaisse	
<b>TRANSPARÊNCIA E COOPERAÇÃO REGULATÓRIA NO COMÉRCIO INTERNACIONAL DE PRODUTOS MÉDICOS PARA A COVID-19: UMA ANÁLISE DA ATUAÇÃO INSTITUCIONAL DA OMC E DAS NOTIFICAÇÕES DO BRASIL EM OBSERVÂNCIA AOS ACORDOS TBT E SPS .....</b>	<b>35</b>
Magali Favaretto Prieto Fernandes e Michelle Rattón Sanchez Badin	
<b>O DEVER HUMANO DE PROMOÇÃO DA SAÚDE: A AVIAÇÃO COMERCIAL INTERNACIONAL EM PERÍODOS DE CALAMIDADE SANITÁRIA E DO RETORNO À NORMALIDADE .....</b>	<b>56</b>
Thiago de Oliveira Frizera, Luisa Cortat Simonetti Gonçalves e Adriano Sant’Ana Pedra	
<b>POLICE POWERS DOCTRINE: A RELIABLE STATE DEFENSE IN TIMES OF COVID-19? .....</b>	<b>73</b>
Thomas Lehmann	
<b>A INEXISTÊNCIA DO CONTROLE PREVENTIVO LEGISLATIVO DE CONVENCIONALIDADE DA MEDIDA PROVISÓRIA N.º 936/2020 .....</b>	<b>91</b>
Danilo Garnica Simini, Gabriel Carvalho Moreira e Rafaela Souza Machado	

<b>A CRITICAL ANALYSIS OF THE IMPLICATIONS OF COVID-19 ON PIRACY OFF THE NIGERIAN COAST.....</b>	<b>108</b>
Kalu Kingsley Anele	
<b>THE COVID-19 PANDEMIC AS AN IMPELLER FOR THE AGGRAVATION OF MARINE PLASTIC POLLUTION AND ECONOMIC CRISIS: THE REVERSE EFFECT OF HEALTH PROTECTION MEASURES ON HUMAN LIVES .....</b>	<b>135</b>
Adriana Isabelle Barbosa Lima Sá Leitão e Tarin Cristino Frota Mont'Alverne	
<b>ARTIGOS SOBRE OUTROS TEMAS .....</b>	<b>154</b>
<b>O DIREITO INTERNACIONAL HUMANITÁRIO NOS PARECERES CONSULTIVOS DA CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA: UMA CONJUGAÇÃO DE PERSPECTIVAS UTÓPICAS E APOLOGÉTICAS .....</b>	<b>156</b>
Talis Prado Pinto Junior e Arthur Roberto Capella Giannattasio	
<b>CONTESTING IMMUNITIES IN THE INTERNATIONAL CRIMINAL COURT: AN ANALYSIS OF THE RULINGS OF THE PRE-TRIAL CHAMBERS AND THE APPEALS CHAMBER IN AL BASHIR CASE AND ITS OUTCOMES.....</b>	<b>171</b>
Luisa Giannini e Roberto Vilchez Yamato	
<b>RUMO À PROFISSIONALIZAÇÃO DA PREVENÇÃO DE CONTROVÉRSIAS NOS ACORDOS DE COOPERAÇÃO E FACILITAÇÃO DE INVESTIMENTOS (ACFIs) DO BRASIL? .....</b>	<b>191</b>
Nitish Monebhurrun e Leonardo Vieira Arruda Achtschin	
<b>THE PREVENTIVE CHARACTER OF DISASTER LAW: TAX INCENTIVES IN ENVIRONMENTAL, SOCIAL, AND GOVERNANCE (ESG) INVESTMENTS AS A RISK MITIGATION MECHANISM.....</b>	<b>212</b>
Daniel Dela Coleta Eisaqui e Deilton Ribeiro Brasil	
<b>A URGÊNCIA DE UM MODELO DE GOVERNANÇA INTERNACIONAL DA ÁGUA: ELEMENTOS PARA A DISCUSSÃO .....</b>	<b>235</b>
José Irivaldo Alves Oliveira Silva	
<b>O FIM DA HIERARQUIA SUPRALEGAL DOS TRATADOS INTERNACIONAIS: ANÁLISE DA ADI N.º 5.543/2020-DF: À LUZ DA TEORIA ARGUMENTATIVA DE NEIL MACCORMICK.....</b>	<b>263</b>
Ana Maria D'Ávila Lopes e Patrícia K. de Deus Ciríaco	

**OS DIREITOS HUMANOS FRENTE À NORMATIVIDADE “IMPERIAL” E A RESPONSABILIDADE DAS EMPRESAS TRANSNACIONAIS POR VIOLAÇÃO AOS DIREITOS HUMANOS NA ERA DO “IMPÉRIO” .....280**

Fernando Hoffmam e Jose Luis Bolzan de Morais

**O RECONHECIMENTO FACIAL NAS SMART CITIES E A GARANTIA DOS DIREITOS À PRIVACIDADE E À PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS.....302**

Diogo Dal Magro e Vinícius Borges Fortes

**O DESENVOLVIMENTO HISTÓRICO DA PROSCRIÇÃO DO DESAPARECIMENTO FORÇADO DE PESSOAS E SUA FENOMENOLOGIA NO DIREITO PENAL INTERNACIONAL E NO DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS ..... 331**

Marcus Vinícius Xavier de Oliveira

**CONSTITUCIONALISMO COOPERATIVO GLOBAL E DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO: INSTRUMENTOS PARA UMA GOVERNANÇA DE DIREITO TRANSNACIONAL NA INTEGRAÇÃO .....362**

Anderson Vichinkeski Teixeira, Roberto Correia da Silva Gomes Caldas e Luciane Klein Vieira

**PROTEÇÃO DA INOVAÇÃO PELA APLICAÇÃO DO DIREITO DA CONCORRÊNCIA DA UNIÃO EUROPEIA: ANÁLISE DA INDÚSTRIA FARMACÊUTICA .....379**

Pablo Leurquin

# O desenvolvimento histórico da proscricção do desaparecimento forçado de pessoas e sua fenomenologia no Direito Penal Internacional e no Direito Internacional dos Direitos Humanos\*

## The historical development of the incrimination of the enforced disappearance of persons and their phenomenology between International Criminal Law and International Human Rights Law

## El desarrollo histórico de la incriminación de la desaparición forzada de personas y de fenomenología entre el Derecho Penal Internacional y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos

Marcus Vinícius Xavier de Oliveira\*\*

### Resumo

Neste trabalho buscam-se reconstruir, da perspectiva histórica e fenomenológica, os diversos caminhos que levaram à incriminação do desaparecimento forçado de pessoas, processo que tem a intersecção entre Direito Penal Internacional e Direito Internacional dos Direitos Humanos como resultado, e não como ponto de partida. Ao se compreender, ademais, que ele se constitui em “método de submetimento” da população civil ao terrorismo de Estado, se entenderá que a discussão da origem imediata — se na URSS ou com o “Decreto Noite e Névoa” na Europa ocupada — perde o sentido, pois, onde o poder-violência for exercido sem o controle advindo do Estado de Direito e dos Direitos Humanos, esse fenômeno macrocriminal resta na forma de potência. Privilegiou-se, neste trabalho, a pesquisa das fontes primárias — os autos do *Jubiley* e dos julgamentos dos crimes de guerra com base no LLC 10, em especial o caso dos Juristas —, bem como a jurisprudência do Tribunal Penal para a Ex-Iugoslávia, da Corte Interamericana de Direitos Humanos e a então Comissão de Direitos Humanos da ONU, além das resoluções no âmbito da OEA e da ONU. O método empregado foi o dedutivo, tendo como procedimento a pesquisa bibliográfica.

**Palavras-chave:** desaparecimento forçado de pessoas; incriminação do comportamento; direito penal internacional; direito internacional dos direitos humanos; história do direito penal internacional.

\* Recebido em 30/06/2021  
Aprovado em 11/11/2021

\*\* Professor Adjunto de Direito Internacional da Universidade Federal de Rondônia, Mestre e Doutor em Direito, Líder do Jus Gentium - Grupo de Estudos e Pesquisas em Direito Internacional, Membro do Grupo de Pesquisas em Teoria Política Contemporânea  
Email: advmarcusvinicius@gmail.com

## Abstract

This work will seek to reconstruct, from the historical and phenomenological perspective, the different paths that led to the proscription of the enforced disappearance of persons, a process that has the intersection between International Criminal Law and International Human Rights Law as a result, and not as a starting point. By understanding, moreover, that it constitutes a “method of subjecting” the civilian population to State terrorism, it will be understood that the discussion of the immediate origin - whether in the USSR or with the “Decree Night and Fog” in occupied Europe - loses the sense, therefore, where power-violence is exercised without the control arising from the Rule of Law and Human Rights, this macro-criminal phenomenon remains in the form of potential. In this work, priority was given to researching primary sources - the Jubilee records and the war crimes trials based on LLC 10, especially the case of Jurists -, as well as the case law of the Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia, the Inter-American Court of Human Rights and the then UN Human Rights Commission, in addition to OAS and UN resolutions. The method used was deductive, and as the literature procedure.

**Keywords:** enforced disappearance of persons; criminalization of behavior; international criminal law; international human rights law; history of international criminal law.

## Resumen

Este trabajo buscará reconstruir, desde la perspectiva histórica y fenomenológica, los diferentes caminos que llevaron a la persecución de la desaparición forzada de personas, proceso que tiene como resultado la intersección entre el Derecho Penal Internacional y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, y no como punto de partida. Entendiendo, además, que constituye un “método de sometimiento” a la población civil al terrorismo de Estado, se entenderá que la discusión del origen inmediato - sea en la URSS o con el “Decreto Noche y Niebla” en la Europa ocupada - pierde el sentido, una vez que, donde el poder-violencia se ejerce sin el control derivado del Estado de Derecho y los Derechos Humanos, este fenómeno macrocriminal queda en

la forma de potencia. En este trabajo, se dio prioridad a la investigación de fuentes primarias -los registros de *Jubilee* y los juicios por crímenes de guerra basados en LLC 10, especialmente el caso de Juristas-, así como la jurisprudencia del Tribunal Penal para la ex Yugoslavia, la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la entonces Comisión de Derechos Humanos de la ONU, además de las resoluciones de la OEA y la ONU. El método utilizado fue deductivo y como procedimiento la revisión bibliográfica.

**Palabras-clave:** desaparición forzada de personas; incriminación del comportamiento; derecho penal internacional; derecho internacional de los derechos humanos; historia del derecho penal internacional.

## 1 Introdução

O desaparecimento forçado de pessoas constitui-se, ao mesmo tempo, em forma gravíssima de violação dos direitos humanos e em espécie de crime internacional próprio (*crime under International Law*), conforme disposto na Convenção Interamericana sobre o Desaparecimento Forçado de Pessoas (doravante CISDFP), na Declaração para a Proteção de Todas as Pessoas Contra o Desaparecimento Forçado (doravante DPPTPCDF) e na Convenção Internacional para a Proteção de Todas as Pessoas Contra o Desaparecimento Forçado (doravante CIPPTPCDF), podendo, em determinadas circunstâncias — ataque geral e sistemático contra a população civil —, constituir-se em espécie de crime contra a humanidade, conforme enunciado nos Preâmbulos das duas Convenções e da Declaração, bem como da expressa tipificação contida nos artigos 7, 1, i c/c 7, 2, i do Estatuto do Tribunal Penal Internacional (doravante ETPI) e no Regulamento dos Elementos dos Crimes (doravante RECTPI)<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> “Artigo 7 1) i) – Crime Contra a humanidade de desaparecimento forçado de pessoas - Elementos: 1. Que o autor: a) tenha apreendido, detido ou sequestrado a uma ou mais pessoas; ou b) tenha-se negado a reconhecer a apreensão, a detenção ou o sequestro ou a dar informação sobre a sorte ou o paradeiro dessa pessoa ou pessoas. 2. a) Que tal apreensão, detenção ou sequestro tenha sido seguida ou acompanhada de uma negativa em reconhecer essa privação de liberdade ou em dar informação sobre a sorte ou o paradeiro dessa pessoa ou pessoas; ou b) Que referida negativa tenha sido precedida ou acompanhada dessa privação de liberdade. 3. Que o autor tenha sido consciente de que: a) Referida apreensão, detenção ou sequestro se seguiria no curso normal dos acontecimentos de uma negativa em reconhecer a privação de liberdade ou em dar informação sobre

Com efeito, desde Nuremberg se pode afirmar a formação contínua de uma interconexão cada vez maior entre Direito Penal Internacional e Direito Internacional dos Direitos Humanos, na medida em que se reconhece uma vinculação dúplice no plano dos “[...] valores: os protegidos pelos tipos penais, os protegidos pelo procedimento”<sup>2</sup>, dando ensejo à formação de uma dimensão objetiva para a tutela penal dos direitos humanos<sup>3</sup>.

Essa descrição sumarizada parece indicar uma harmonia entre os campos normativos do Direito Penal Internacional e do Direito Internacional dos Direitos Humanos, como se houvesse sincronia e homogeneidade contuendista referente à proscição do desaparecimento forçado de pessoas.

Contudo, essa “imagem” constitui um “*trompe-l’oeil*”, pois, nada obstante a origem da incriminação desse comportamento no *Jubilee*, a interconexão e complementariedade entre Direito Penal Internacional e Direito Internacional dos Direitos Humanos é, de fato, recente, e somente podem ser compreendidas pelo instituto da sobreposição (*overlap*) entre os dois campos com base no elemento da decisão política (*state policy*<sup>4</sup>), no contexto dos crimes internacionais próprios, tendo espeque no instituto da responsabilidade internacional, quer do

Estado na forma de um “*exceptionally serious wrongful act*”, quer do indivíduo na forma da responsabilidade penal direta do indivíduo segundo o direito internacional, uma vez que,

[s]ubstancialmente, as leis de guerra e as normas de direitos humanos se tornaram cada vez mais interconectadas [*intermeshed*] desde a Segunda Guerra Mundial. Entretanto, as finalidades desses campos normativos, suas finalidades e os institutos [*remedies*] por suas violações são historicamente distintos. Os direitos humanos protegem a integridade física e a dignidade dos governados em relação a seus governantes e objetivam proteger a pessoas em todas as circunstâncias. Na medida em que existem institutos para as violações das normas de direitos humanos, elas geralmente tomam a forma de responsabilidade civil em face dos Estados. Em sentido contrário, as leis de guerra são *lex specialis* que governam os conflitos armados e [que] derivam da tradição medieval da cavalaria que objetivavam assegurar regras mínimas para o combate [*minimal fair play*] e minimizar a violência não relacionada a objetivos militares legítimos. Os institutos tradicionais para os beligerantes eram as represálias contra as tropas inimigas, civis e propriedades, bem como a persecução dos agressores perante cortes marciais ou outros tribunais militares. Uma distinção crítica entre os campos normativos é que as sanções criminais contra os indivíduos derivavam da violação das leis de guerra, mas não pela violação do direito internacional dos direitos humanos.<sup>5</sup>

Assim, serão reconstruídos, neste trabalho, do ponto de vista histórico e fenomenológico, os diversos processos de proscição/incriminação do desaparecimento forçado de pessoas, seja no âmbito do Direito Penal Internacional, seja no do Direito Internacional dos Direitos Humanos, de forma a se evidenciar o longo caminho que levou a sociedade internacional a prover uma proteção necessária contra aquilo que, conforme se verá mais à frente, se denominou de política de submetimento da população civil ao terrorismo de Estado.

## 2 A origem do fenômeno: entre o Gulag e A “Noite e a Névoa”

No concernente à origem do fenômeno, existe um dissenso doutrinário sobre se a prática surgiu na URSS durante o período stalinista, em especial nos contextos do Grande Expurgo e das Transferências Populacio-

a sorte ou o paradeiro dessa pessoa ou pessoas; ou b) Referida negativa fora precedida ou acompanhada dessa privação de liberdade.

4. Que tal apreensão, detenção ou sequestro tenha sido realizada por um Estado ou organização política ou com a sua autorização, apoio ou aquiescência. 5. Que tal negativa em reconhecer a privação de liberdade ou em dar informação sobre a sorte ou o paradeiro dessa pessoa ou pessoas tenha sido realizada por um Estado ou organização política ou com sua autorização ou apoio. 6. Que o autor tenha tido a intenção de deixar a essa pessoa ou pessoas fora do amparo da lei por um período prolongado. 7. Que a conduta tenha sido cometida como parte de um ataque geral ou sistemático dirigido contra uma população civil. 8. Que o autor tenha tido conhecimento de que a conduta era parte de um ataque geral ou sistemático dirigido contra a população civil ou tenha tido a intenção de que a conduta fosse parte de um ataque desse tipo.”

<sup>2</sup> JORDA, Claude. Valores Comuns da Humanidade: o ponto de vista jurídico. In: CASSESE, Antonio; DELMAS-MARTY, Mireille. *Crimes Internacionais e Jurisdições Internacionais*. Barueri: Manole, 2004. p. 75.

<sup>3</sup> RAMOS, André de Carvalho. *Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 271-272.

<sup>4</sup> MAY, Larry. *Crimes against humanity: a normative account*. Cambridge: Cambridge University Press, 2005. p. 121-122. No mesmo sentido, BASSIOUNI, M. Cherif. *Crimes against humanity: historical evolution and contemporary application*. Cambridge: Cambridge University Press, 2011. p. 14-19; BASSIOUNI, M. Cherif. *International crimes: jus cogens and obligation erga omnes*. *Law and Contemporary Problems*, v. 59, n. 4, p. 63-74, 1996. p. 60-71.

<sup>5</sup> FINUCANE, Brian. Enforced disappearances as a crime under International Law: a neglected origin in the laws of war. *Yale Journal of International Law*, v. 35, n. 1, p. 171-197, 2009.

nais, no qual o CPAI/NKVD/KGB e o Gulag foram os principais ramos do subsistema repressivo de segurança interna do estado soviético, ou se na Alemanha sob o regime nazista, em particular nos Territórios Ocupados, tendo por substrato a execução do Decreto “Noite e Névoa” (*Nacht-und-Nebel-Erlass*), de 07 de dezembro de 1941<sup>6</sup>.

Para Vitkauskaitė-Meurice e Žilinskas<sup>7</sup> e Christopher K. Hall<sup>8</sup>, o desaparecimento forçado de pessoas teve sua origem no regime stalinista. Para aquelas primeiras, isso se comprova em virtude de Hitler “[...] ter admirado o reino de terror e prisões secretas de Stalin, e essa admiração pode ter sido uma inspiração para o Decreto”. Essa tese também é defendida por Hall, pois, conforme Finucane<sup>9</sup>, ele “[...] sugere que Hitler foi inspirado por Stalin [pela] prática generalizada de detenção secreta e prisão na União Soviética”.

No entanto, Kai Cornelius<sup>10</sup>, pesquisador alemão que estudou o fenômeno das detenções arbitrárias do período stalinista, critica que se possa atribuir a origem do desaparecimento forçado à edição do Decreto emitido por Hitler em 1941, já que a URSS do período realizava, de forma sistemática, a detenção arbitrária de opositores sem as correspectivas exigências de proteção legal, que são elementos caracterizadores do desaparecimento forçado. Afirma, ademais, que essa prática perdurou entre os anos de 1930 e 1953 (não por nada, o ano da morte de Stalin), estimando que foram arbitrariamente detidas cerca de 11,8 milhões de pessoas, das quais entre 1,6 e 1,7 milhões morreram durante o período de encarceramento.

Embora os fatos históricos narrados forneçam indícios de que o desaparecimento forçado de pessoas tenha sua origem no período stalinista<sup>11</sup>, é fato que, nada obstante isso, ele somente “aparece”, primeiramente, na forma de um crime de guerra, no *Jubiley*, e, logo após, na forma concomitante de crimes contra a humanidade e crimes de guerra no caso dos “Juristas” nos Processos de Guerra de Nuremberg, uma vez que os crimes perpetrados pelo regime stalinista jamais foram submetidos a qualquer tipo de persecução penal.

De qualquer forma, a dúvida sobre a origem do fenômeno é relevante não por permitir a efetiva dilucidação do problema, mas antes por manifestar a relação umbilical, mesmo essencial, entre violações sistemáticas dos direitos humanos e os regimes de exceção, sejam eles o stalinismo ou o nazismo, os regimes totalitários *par excellence* do século XX<sup>12</sup>, sejam, *inter alia*, os regimes autoritários que espocaram entre as décadas de 1960 e 1980 na América Latina, caracterizadas, assim como o nazismo e o stalinismo, como regimes de terror que se utilizaram de forma ilegítima de seus sistemas repressivos para a efetuação de persecuções políticas, e em contraposição aos quais surgiu a luta internacional contra o desaparecimento forçado de pessoas não na forma de um crime internacional, já que, conforme se verá nas linhas que seguem, após os julgamentos no *Jubiley* e dos Juristas, essa forma de macrocriminalidade política “caiu” em esquecimento, mas na forma de uma violação sistemática contra os direitos humanos, do qual decorreria, como sua decorrência lógica, a incriminação do comportamento por sua manifesta incompatibilidade com o ordenamento jurídico dos Estados, tendo no caso Velásquez Rodrigues *versus* Honduras, julgado pela

<sup>6</sup> Nesse sentido, SCOVAZZI, Tullio; CITRONI, Gabriella. *The struggle against enforced disappearance and the 2007 United Nations Convention*. Leiden: Martinus Nijhoff, 2007. p. 4-7, que não fazem referência alguma ao regime stalinista, mas somente ao Decreto “Noite e Névoa”, e especificamente ao julgamento de Keitel em Nuremberg.

<sup>7</sup> VITKAUSKAITE-MEURICE, Dalia; ŽILINSKAS, Justinas. *The Concept of Enforced Disappearances in International Law. Jurisprudencia*, v. 2, p. 197-214, 2010.

<sup>8</sup> *apud* FINUCANE, Brian. Enforced disappearances as a crime under International Law: a neglected origin in the laws of war. *Yale Journal of International Law*, v. 35, n. 1, p. 171-197, 2009. p. 175.

<sup>9</sup> FINUCANE, Brian. Enforced disappearances as a crime under International Law: a neglected origin in the laws of war. *Yale Journal of International Law*, v. 35, n. 1, p. 171-197, 2009. p. 176.

<sup>10</sup> Citado por AMBOS, Kai. La desaparición forzada de personas como tipo penal autónomo: análisis comparativo-internacional y propuesta legislativa. In: AMBOS, Kai *et al.* (org.). *Desaparición forzada de personas: análisis comparativo e internacional*. Bogotá: Temis, 2009. p. 199.

<sup>11</sup> Anna Akhmátova, uma das maiores poetisas russas do século XX, e que (sobre)viveu, com grande angústia e sofrimento, a esse período histórico, inclusive com o padecimento da condenação de seu filho Liev Nikoláievitch à pena de 10 anos no Gulag por “práticas contrarrevolucionárias”, não sem antes ter sido detido e submetido a inúmeras torturas, forjou para as gerações futuras um relato em forma de poemas em seu livro Réquiem: “[...] Houve um tempo em que só sorriam/ os mortos, contentes de poderem repousar./ E como um apêndice supérfluo, balançava Leningrado, pendurada às suas prisões./ E quando, enlouquecidos pelo sofrimento,/ os regimentos de condenados iam embora,/ para eles as locomotivas cantavam/ sua aguda canção de despedida./ As estrelas da morte pairavam sobre nós/ e a Rússia inocente torcia-se de dor/ sob as botas ensanguentadas/ e os pneus das Marias Pretas”. COELHO, Lauro Machado. *Anna, a Voç da Rússia: vida e obra de Anna Akhmátova*. São Paulo: Algor, 2008. p. 187-188.

<sup>12</sup> ARENDT, Hannah. *As origens do totalitarismo*. São Paulo: Cia das Letras, 1989. p. 355-376.

Corte Interamericana de Direitos Humanos (doravante CIDH) em 1988, o paradigma internacional da proscricção e responsabilização internacional dos Estados, pois,

a forma mais comum de desaparecimento forçado foi realizada, em total violação à legislação interna, por agentes do Estado no contexto de uma política de Estado de luta contra os membros de movimentos insurgentes ou, de forma mais genérica, os opositores políticos e os seus apoiadores. Se aqueles que exerciam o poder queriam mantê-lo a qualquer custo, para seu próprio benefício e em benefício de seus aliados, o caminho mais direto para prosseguir tal finalidade era o fazer [com que] seus oponentes desaparecessem.

[...]

A prática do desaparecimento forçado também foi realizado para atingir um segundo objetivo igualmente importante, que é o de espalhar o terror (uma forma do chamado “terrorismo de Estado”). Sociedades como um todos foram forçadas a viver num clima de submissão física e psicológica para o benefício daqueles que, enquanto violavam as leis mais básicas da convivência humana, [gozavam] uma condição de total impunidade. Se as pessoas são vistas sendo sequestradas e mais tarde são encontrados mortos depois de graves torturas ou desaparecem para sempre, todos, mesmo aqueles que não têm nenhuma intenção de se tornarem adversários políticos, são postos numa condição de sujeição [de] medo [em relação] àqueles que detêm o poder e o exerce através do terror<sup>13</sup>.

É da essência dos regimes de terror, totalitários ou autoritários, conforme ensinado por Werth, “[...] manter seus cidadãos em um estado de medo e incerteza, e a repetição fortuita [*recurrent random*] dos expurgos fornece esse mecanismo [...]”<sup>14</sup>, constituindo-se o desaparecimento forçado, seguidos da tortura e da execução extrajudicial, num dos tantos comportamentos macrocriminais que referidos regimes se utilizam como

“método de submetimento”<sup>15</sup> da população civil e manutenção do terrorismo de Estado<sup>16</sup>.

### 3 O desaparecimento forçado de pessoas desde o *Jubiley* e o caso dos Juristas: “aparecimento”, “esquecimento” e “ressurgimento” de um crime internacional próprio

O estudo histórico do desenvolvimento do Direito Penal Internacional demonstra o quanto ele é afetado pela própria conformação de suas fontes normativas (os costumes internacionais, os tratados internacionais e os princípios gerais do direito reconhecidos pelas nações civilizadas), do que resulta o fato dele ser, no mínimo, “[...] aleatório e, pode-se mesmo dizer, incoerente”<sup>17</sup> ante a ausência de uma política criminal em sentido próprio<sup>18</sup>. Soma-se a isso ele estar submetido

<sup>15</sup> “Unterdrückungsmethode”, expressão cunhada por Christoph Grammer em seu livro *Der tatbestand des Verschwindenlassens Einer Person: transposition einer Volkerrechtlichen figur ins Strafrecht*, apud AMBOS, Kai. *La desaparición forzada de personas como tipo penal autónomo: análisis comparativo-internacional y propuesta legislativa*. In: AMBOS, Kai *et al.* (org.). *Desaparición forzada de personas: análisis comparativo e internacional*. Bogotá: Temis, 2009. p. 198.

<sup>16</sup> “[...] o terrorismo de Estado tem sido uma das maiores fontes de sofrimento humano e de destruição dos últimos cinco séculos [...]. [Assim], entendemos [por] terrorismo de [E]stado o uso intencional ou a ameaça de violência por agentes do [E]stado ou [seus] delegados [proxies] contra indivíduos ou grupos que são vitimados com o objetivo de intimidar ou amedrontar um público mais amplo. Portanto, as vítimas diretas da violência não são os principais alvos, mas são fundamentais para o objetivo principal de assustar o público, que são intimidados pelo poder comunicativo da violência. Os objetivos pretendidos pela violência são a consecução de determinadas finalidades políticas ou econômico-políticas, em oposição a metas religiosas ou criminais [...]”. JACKSON, Richard; MURPHY, Eamon; POYNTING, Scott. *Terrorism, the State and the study of political terror*. In: JACKSON, Richard; MURPHY, Eamon; POYNTING, Scott (org.). *Contemporary State terrorism: theory and practice*. London: Routledge, 2010. p. 1-3.

<sup>17</sup> BASSIOUNI, M. Cherif. *Introduction to International Criminal Law*. 2. ed. Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2013. p. 253.

<sup>18</sup> Para Roxin, a diferença entre Direito Penal e Política Criminal se assenta sobre o *distingo* direito posto, i.e., direito penal objetivo, e direito (penal) ideal, i.e., como ele deveria ser em razão dos fundamentos primários que justificam a intervenção do Estado de Direito na esfera da liberdade individual. Em outros termos, trata-se de entender a dogmática penal “[...] como a disciplina que se ocupa da interpretação, sistematização, elaboração e desenvolvimento das disposições legais e das opiniões científico-doutrinárias no campo do Direito Penal [...]”, e a Política Criminal como o campo que “[...] não tem por objeto constitutivo o Direito como é, mas como deve-

<sup>13</sup> SCOVAZZI, Tullio; CITRONI, Gabriella. *The struggle against enforced disappearance and the 2007 United Nations Convention*. Leiden: Martinus Nijhoff, 2007. p. 7-9.

<sup>14</sup> WERTH, Nicolas. *The mechanism of a mass crime: the great terror in the Soviet Union, 1937-1938*. In: GALATELLY, Robert; KIERNAN, Ben (org.). *The specter of Genocide: mass murder in the historical perspective*. Cambridge: Cambridge University Press, 2003. p. 215.

às mesmas contingências políticas inerentes aos demais ramos do Direito Internacional, posto que na sociedade internacional, como dito por Pastor Ridruejo a partir da expressão “politização estendida”, os Estados “[...] se comporta[m] mais frequentemente como ente[s] de poder, isto é, inspirado[s] mais por motivações política que jurídicas [...]”<sup>19</sup>.

Essas vicissitudes influíram, de forma decisiva, no desenvolvimento normativo da incriminação do desaparecimento forçado de pessoas, e que pode ser sintetizado na tríade “aparecimento-esquecimento-ressurgimento de um crime internacional próprio”, cuja origem normativa se deu com base nos julgamentos envolvendo o programa nazista decorrente do Decreto “Noite e Névoa”.

Conforme Gruchmann<sup>20</sup>, o antecedente histórico do Decreto “Noite e Névoa” foi o Decreto Sobre o Exercício da Jurisdição Militar e seu Processo na Área Barbarossa e Medidas Militares Especiais (“*Gerichtsbareits-Erlass Barbarossa*”), de maio de 1941, pelo qual Hitler estabeleceu a jurisdição dos tribunais militares do Reich para exercer a persecução penal-militar dos membros da resistência nos territórios soviéticos ocupados.

Referida medida teve sua razão de ser por conta do conflito entre as forças armadas alemãs (*Wehrmacht*), e

a Waffen-SS [*Schutzstaffel*], literalmente, Tropa de Proteção] acerca de qual órgão detinha competência para exercer a jurisdição penal em face das acusações de crimes contra as forças de ocupação. Contudo, com o aumento dos grupos de resistência nos territórios ocupados da Europa Central e Noruega, referida medida, que passou a ser ali também aplicada, se mostrou ineficaz, razão pela qual, a partir de um caso concreto, Hitler determinou novas medidas.

Em 1941 uma mulher de nacionalidade francesa conseguiu fugir, com a ajuda da resistência, para uma área livre da ocupação; contudo, logo após, foi recapturada e, depois de ser julgada por um tribunal militar, foi condenada à pena de morte. Hitler reservou para si a competência para decidir sobre as penas de morte aplicadas a mulheres não alemãs, e que poderiam ser comutadas em pena de prisão, decidiu por essa última medida, ao mesmo tempo em que determinou que ela fosse aprisionada no território alemão, fazendo-a “desaparecer”, impedindo-se, com isso, que ela se tornasse um símbolo da resistência. Com o aumento dos atos de resistência nos Territórios Ocupados, Hitler decidiu pela generalização da prática de desaparecimento forçado de pessoas, na medida em que a possível demora na execução das penas de morte poderia levar, com o final da guerra, à necessidade de se conceder a anistia, o que impediria que tais condenações surtisses o efeito dissuasório desejado perante a população civil.

Assim, Wilhelm Keitel, Chefe do Alto-Comando das Forças Armadas do Reich, após o recebimento dessas diretivas de Hitler, comissionou a Rudolf Lehmann, então Juiz-General das Forças Armadas (“*Generaloberstabsrichter*”), a elaboração do Decreto “Noite e Névoa”, cujo conteúdo pode, assim, ser resumido: somente deveriam ser submetidos a um julgamento por um tribunal militar aqueles indivíduos cujas acusações que implicasse na execução imediata da pena de morte. Nos demais casos, os acusados deveriam ser “desaparecidos na “Noite e Névoa” mediante as suas transferências aos campos de concentração existentes em território alemão<sup>21</sup>, devendo-se, pois, manter em segredo os seus

ria ser enquanto disposição adequada a seus fins [...]”, para o qual “[...] o princípio “*nullum crimen sine lege*” é um postulado político-criminal tão importante quanto a exigência de combater com êxito o delito, [...] não [sendo ele] somente [...] um elemento da prevenção geral [...], mas que a própria limitação jurídica do *ius puniendi* é, também, um objetivo importante da política criminal de um Estado de Direito [...] não se pode[ndo] obter nenhum argumento a favor da contraposição entre Direito Penal e política criminal ou em sentido contrário à sistematização compatível aos pontos de vista reitores da política criminal” ROXIN, Claus. *Derecho Penal: parte general*. Madrid: Civitas, 1997. v. 1. p. 192, 223-224 (grifos no original). Em outros termos, a “[...] política criminal, que se confronta com as finalidades e os conteúdos sociais do Direito Penal, está situada fora do jurídico. A seus cultivadores somente lhes resta a missão de chamar a atenção do legislador [...]”. ROXIN, Claus. *Política criminal y sistema de Derecho Penal*. 2. ed. Buenos Aires: Hammurabi, 2002. p. 41-42. Nesse sentido, como demonstrado no capítulo 1º, o Direito Penal Internacional não é orientado, de fato, por uma política criminal.

<sup>19</sup> PASTOR RIDRUEJO, Jose Antonio. *Curso de Derecho Internacional Público y Organizaciones Internacionales*. 14. ed. Madrid: Tecnos, 2014. p. 23.

<sup>20</sup> Estas e as informações que lhe seguem foram todas extraídas de GRUCHMANN, Lothar. “Nacht-und-Nebel” Justiz. Die mitwirkung deustcher Strafgerichte an der bekämpfung des Widerstandes in den Besetzten Westeuropäischen Ländern 1942-1944”. *Jahrgang*, v. 29, Heft 3, p. 342-396, 1981. Disponível em: [http://www.ifz-muenchen.de/heftarchiv/1981\\_3\\_2\\_gruchmann.pdf](http://www.ifz-muenchen.de/heftarchiv/1981_3_2_gruchmann.pdf). Acesso em: 20 jan. 2012.

<sup>21</sup> Com efeito, os denominados Deportados NN foram aprisionados em vários campos de concentração em território alemão, constituindo-se, pois, em um dos tantos grupos que a burocracia nazista distinguiu e separava em referidos centros. Em 1997, no Campo de Concentração em Hinzert, Alemanha, foi inaugurada a seguinte placa em homenagem a Deportados NN provindos da França: “Os antigos deportados franceses NN - “Noite e Névoa” - Presos no Campo Especial SS Hinzert /Campo de Concentração - 1942-1943

destinos. Por expressa determinação de Hitler, essa tarefa deveria ser confiada à SS tendo os *Lager* como destino. O Decreto foi elaborado no âmbito do Ministério da Justiça do Reich, tendo obtido parecer favorável do assessor especial em Direito Internacional desse órgão, Wilhelm von Ammon, e após a aprovação de Hitler, posto em execução. O conteúdo desse decreto é o seguinte:

[O] Führer e o Comandante Supremo das Forças Armadas

[Selo] SEGREDO

Diretrizes para a repressão de crimes praticados dentro dos territórios ocupados contra o Estado alemão ou a potência ocupante, de 07 de dezembro de 1941.

Dentro dos territórios ocupados, elementos comunistas e outros círculos hostis para a Alemanha aumentaram seus esforços contra o Estado alemão e as forças de ocupação desde que a campanha russa começou. A quantidade e o perigo dessas maquinções nos obrigam a tomar medidas severas para enfrentá-las [*as a deterrent*]. Em razão disso [*first off all*] as seguintes diretivas devem ser aplicadas:

I. Dentro dos territórios ocupados, a punição cabível [*adequate*] para os crimes cometidos contra o Estado alemão ou a potência ocupante [e] que põem em perigo [ou] as põem em estado de prontidão é, a princípio, a pena de morte.

II. As infrações previstas no parágrafo I devem ser resolvidas nos territórios ocupados, como regra, apenas se for provável que seja aplicada a pena de morte ao autor da infração, e desde que [o] ofensor principal, o seu julgamento e a execução puderem ser concluídos num tempo muito curto. Caso contrário, os infratores, ao menos os principais infratores, deverão ser mandados para a Alemanha.

III. [Os] Prisioneiros [mandados] para a Alemanha serão submetidos a procedimento militar somente se determinados interesses militares o exigirem. No caso d[as] autoridades alemãs ou estrangeiras [buscarem informações] sobre esses prisioneiros, eles devem ser informados de que eles foram presos, mas que o processo não permite qualquer informação adicional.

IV. Os comandantes nos territórios ocupados e as autoridades judiciais no âmbito da sua jurisdição

são pessoalmente responsáveis pela observância desse decreto.

V. O Chefe do Alto Comando das Forças Armadas determina que este decreto seja aplicado nos territórios ocupados. Ele está autorizado a explicar e emitir ordens executivas e suplementares. O ministro da Justiça do Reich emitirá ordens executivas dentro da sua própria jurisdição<sup>22</sup>.

Ao opinar pela “liceidade” de referido procedimento, Von Ammon assim se manifestou<sup>23</sup>:

o mesmo procedimento poderá usado nos Países Baixos como em outros territórios ocupados, isto é, [que] toda matéria [*matter*] Noite e Névoa deve ser transferida para a Alemanha [...]. O ponto central no procedimento NN, em minha opinião, consiste no fato de que os presos NN desapareçam dos territórios ocupados e os seus subsequentes destinos mantenham-se desconhecidos.

Assim, o programa de desaparecimento forçado de pessoas executadas pela Alemanha, no contexto dos Territórios Ocupados, envolveu, além de Hitler, outros atores que ocupavam posição de agentes superiores no Reich, em especial Wilhelm Keitel, que foi julgado e condenado à pena de morte no *Jubiley*; Rudolf Lehmann, que foi submetido a julgamento e condenado à pena de 7 anos de prisão no caso do Alto Comando dos Oficiais Superiores das Forças Armadas (von Leeb *et al.*)<sup>24</sup>, e Wilhelm von Ammon, que também foi julgado e condenado à pena de 10 anos de prisão no caso Julga-

<sup>22</sup> YALE UNIVERSITY. Avalon Project. *Night and Fog Decree* [*Nacht und Nebel Erlass*]. Disponível em: <http://avalon.law.yale.edu/imt/1-90.asp>. Acesso em: 20 jan. 2011.

<sup>23</sup> UNITED STATES OF AMERICA. Nuremberg Military Tribunals. *Trials of war criminals before the Nuremberg Military Tribunals under Control Council Law n. 10: The Justice Case*. Washington: Government Printing Office, 1951. v. 3. p. 1.042.

<sup>24</sup> “[...] The findings of the Tribunal as to von Leeb were as follows: For the reasons above stated we find this defendant guilty under Count III of the Indictment for criminal responsibility in connection with the transmittal and application of the Barbarossa Jurisdiction Order. Under Control Council Law No. 10 it is provided that superior orders do not constitute a defence but may be considered in mitigation of an offence [...] *The Sentences* The Tribunal, before meting out sentence, said that: Each defendant receiving a sentence for a term of years shall receive credit upon the sentence imposed upon him for such a period or periods of time as he has been in confinement, whether as a prisoner of war or otherwise, since 7th May, 1945. The sentences passed upon the accused found guilty were as follows [...] To seven years’ imprisonment: Rudolf Lehmann [...] At the time of going to press these sentences had not been confirmed”. UNITED NATIONS. *United Nations War Crimes Commission: Law reports of trials of war crimes: The German High Command Trial*. London: The United Nations War Crimes Commission, 1949. v. 12. p. 94-95.

- Nenhum ódio, mas também jamais esquecer 27.Juni.1997 (*Die Ehemaligen Französischen NN-Deportierten – “NACHT UND NEBEL” – Gefangene im SS Sonderlager/KZ HINZERT – 1942-1943 – Kein Hass, aber auch Kein Vergessen* 27.Juni.1997). LANDESZENTRALE FÜR POLITISCHE BILDUNG RHEINLAND-PFALS. *Die Gedenkstätte SS-Sonderlager/KZ Hinzert*. Disponível em: <http://politischebildung-rlp.de/fileadmin/download/Hinzert-d.pdf>. Acesso em: 20 jan. 2014. p. 18.

mento dos Juristas (Altstötter *et al.*)<sup>25</sup>, sendo esses dois últimos nos Processos de Guerra de Nuremberg. Contudo, muito embora Lehmann tenha desempenhado papel preponderante no surgimento do Decreto “Noite e Névoa”, a principal imputação que lhe coube no caso “von Leeb *et al.*” foi a de ter atuado na elaboração e execução do “Decreto *Barbarrosa*”.

O número de vítimas do desaparecimento forçado decorrentes do Decreto “Noite e Névoa” é, como todos os números que envolvem a prática de um ataque geral e sistemático como a realizada pelo regime nazista no curso da 2ª GGM, de difícil determinação. Inicialmente, fala-se em, pelo menos, 7.000<sup>26</sup> pessoas, número que pode subir a 100.000 somente na França ocupada, posto ter sido esse o total de pessoas que foram deportadas para a Alemanha sem motivação racial, dos quais 65.000 morreram nos campos de concentração<sup>27</sup>.

Pelo que se descreveu até o presente momento, é possível divisar-se, ao menos *prima facie*, que o desaparecimento forçado de pessoas, tal como engendrado no contexto descrito, tinha por método a detenção de um indivíduo a quem se imputava a prática de um comportamento ilícito e que, em razão de uma decisão política tendente ao “submetimento” do acusado e da própria população civil a um regime de terror, eram deportados e encarcerados num dos tantos campos de concentração existentes na Alemanha, devendo-se, como medida

ulterior a tais fatos, ocultar, quer dos familiares quer das autoridades e juízes, o destino e a sorte da vítima.

Sendo assim, a partir de qual fundamento normativo se procedeu à incriminação dos acusados de haverem participado do programa “Noite e Névoa”? Como já sumariamente descrito em linhas acima, os juízes do *Jubiley* e do caso dos Juristas encontraram razões jurídicas distintas para fundamentar a incriminação, e a consequente condenação dos acusados.

No *Jubiley*, que tinha por acusados os maiores criminosos de guerra do regime nazista, dentre eles Wilhelm Keitel, as acusações se fundaram no Estatuto do Tribunal Internacional Militar de Nuremberg (doravante ETIMN,) a partir do qual se imputaram os cometimentos de crimes contra a paz (artigo 6, a), crimes de guerra (artigo 6, b), crimes contra a humanidade (artigo 6, c) e o crime de conspiração em relação a qualquer um desses crimes.

Doutro passo, os crimes de guerra foram normativamente fundamentados por sobre as Leis e Costumes de Guerra estabelecidos pelo Direito Internacional Humanitário, em especial a IV Convenção de Haia de 1907, assim como os crimes contra a humanidade, em razão da adoção da “Teoria da Extensão da Competência por Crimes de Guerra”, presente no artigo 6, c, parte final do Estatuto de Nuremberg<sup>28</sup>, segundo a qual<sup>29</sup>

[...] os crimes contra a humanidade visariam proteger a mesma categoria de pessoas (os civis em tempo de conflito armado internacional) e englobariam as mesmas condutas proibidas que os crimes de guerra; com a diferença, porém, de deverem ser praticados no interior de um determinado Estado [...] e estar relacionados com o desencadeamento ou desenvolvimento de uma guerra de agressão ou com crimes de guerra [...] os crimes contra a humanidade foram considerados como uma simples extensão dos crimes de guerra, por conseguinte desprovidos de verdadeira autonomia relativamente a estes, resultando possível distinguir ambas as categorias consoante a nacionalidade dos infratores fosse a mesma da das vítimas (no primeiro caso) ou uma nacionalidade diversa (no segundo) [...] com [ess]a “arquitetura” [...] se tornou plausível uma filiação genética dos crimes contra a humanidade no direito dos conflitos armados internacionais, satisfazendo,

<sup>25</sup> “[...] The evidence shows beyond a reasonable doubt that he acted as a principal, aided, abetted, and was connected with the execution and carrying out of the Hitler Night and Fog Decree in violation of numerous principles of international law, as has been heretofore pointed out in this Judgment.” This defendant was also awarded a sentence of ten years’ imprisonment. Von Ammon was also found guilty of having committed war crimes and crimes against humanity. His sentence was also one of imprisonment for ten years” UNITED NATIONS. *United Nations War Crimes Commission: Law reports of trial war crimes*. London: The United Nations War Crimes Commission, 1948. v. 6. p. 75-76.

<sup>26</sup> Nesse sentido, AMBOS, Kai. La desaparición forzada de personas como tipo penal autónomo: análisis comparativo-internacional y propuesta legislativa. In: AMBOS, Kai *et al.* (org.). *Desaparición forzada de personas: análisis comparativo e internacional*. Bogotá: Temis, 2009. p. 199.

<sup>27</sup> É o número apresentado por Gruchmann a partir dos relatórios do Ministério Francês de Antigos Combatentes e Vítimas de Guerra. GRUCHMANN, Lothar. “Nacht-und-Nebel” Justiz. Die mitwirkung deutscher Strafgerichte an der bekämpfung des Widerstandes in den Besetzten Westeuropäischen Ländern 1942-1944”. *Jahrgang*, v. 29, Heft 3, p. 342-396, 1981. Disponível em: [http://www.ifz-muenchen.de/heftarchiv/1981\\_3\\_2\\_gruchmann.pdf](http://www.ifz-muenchen.de/heftarchiv/1981_3_2_gruchmann.pdf). Acesso em: 20 jan. 2012. p. 396.

<sup>28</sup> “[...] em execução daqueles crimes que sejam de competência do Tribunal ou em relação com os mesmos, constituam ou não uma violação da legislação interna do país onde se perpetraram”. (Gri-famos).

<sup>29</sup> ALMEIDA, Francisco António de M. L. F. *Os crimes contra a humanidade no actual Direito Internacional Penal*. Coimbra: Almedina, 2009. p. 36-37.

quicá, a um nível mínimo, as exigências colocadas pelo princípio da legalidade.

Ao comentar o fundamento da incriminação dos crimes contra a humanidade em Nuremberg em seu *Cours* na ADIH de 1950, Graven<sup>30</sup> asseverou que tal se deu pelo expresse reconhecimento de que a regra inscrita na IV Convenção de Haia, segundo a qual “[...] a população e os beligerantes ficam sob a proteção e sob o império dos princípios do Direito das Gentes, tal como eles resultam das práticas estabelecidas entre os povos civilizados, das leis da humanidade e das exigências da consciência pública” provia, *de per se*, fundamentação bastante para a incriminação não apenas dos crimes de guerra, mas também dos crimes contra a humanidade, razão pela qual esses últimos permaneceram conectados e definidos com base em sua vinculação aos demais crimes que os antecediam no artigo 6 do ETIMN. Com efeito, em Nuremberg, os juízes decidiram que<sup>31</sup>

[O] artigo 6 (b) da Carta [ETMIN] estabelece que [os] “maus-tratos... [contra a] população civil ou em território ocupado... [a] morte de reféns... [a] destruição arbitrária de cidades, vilas ou aldeias” é um crime de guerra. Nesse sentido [*in the main*], estas normas [*these provisions*] são meramente declaratórias das leis de guerra existentes conforme previsto pela Convenção de Haia [de 1907], cujo artigo 46 prescreveu [que]: “A honra familiar e os direitos, as vidas das pessoas e [suas] propriedades privadas, bem como [suas] convicções religiosas e costumes [*practice*] devem ser respeitadas [...]”.

Em outros termos, o ETMIN somente havia formalizado o direito internacional consuetudinário preexistente que já tipificava, na forma de crimes de guerra, e por derivação, os crimes contra a humanidade, os ilícitos penais que foram praticados contra beligerantes e a população civil.

Contra Keitel foram imputados comportamentos tipificados nas três categorias centrais de Nuremberg — crimes contra a paz, crimes de guerra e crimes contra a humanidade. A respeito dos crimes de guerra, uma das principais acusações foi a de ele ter editado, juntamente com Hitler, o Decreto “Noite e Névoa”, na medida em que o tribunal considerou que referida medida violava o disposto no artigo 46 da IV Convenção de Haia. Com

efeito, conforme consta no indiciamento de Keitel perante o tribunal, os comportamentos praticados com fundamento nesse decreto constituíam-se em crimes de guerra, mormente porque tinham por alvo a população civil dos territórios ocupados, e não, como o estabelecido no ETIMN, a própria população alemã<sup>32</sup>:

os territórios ocupados pela Alemanha foram administrados em violação às leis de guerra. A evidência é muito grande de um padrão sistemático de violência, brutalidade e terror. Em 07 de dezembro de 1941 Hitler emitiu a diretiva, conhecida como “Nacht und Nebel Erlass” (Decreto Noite e Névoa), segundo a qual pessoas que cometeram crimes contra o Reich ou as forças alemãs nos territórios ocupados, exceto quando a sentença de morte fosse certa, deveriam ser secretamente mandados para a Alemanha e entregues à SIPO [*Sicherheitspolizei* (Polícia de Segurança)] e à SD [*Sicherheitsdienst* (Serviço de Segurança)] para julgamento ou punição. Este decreto foi assinado pelo acusado Keitel. Depois de os civis terem chegado à Alemanha, nenhuma palavra [sobre] eles era permitida [...] ou a um seu parente; em muitos casos, muitos deles morreram enquanto aguardavam o julgamento, não se informando [nada] a seus familiares; a finalidade era a de criar ansiedade na mente das famílias e das pessoas presas. [...] Um dos meios mais notórios de aterrorizar as pessoas nos territórios ocupados foi o uso de campos de concentração. Elas foram estabelecidas pela primeira vez na Alemanha na época da tomada do poder pelo governo nazista. [...] Na administração dos territórios ocupados, os campos de concentração foram usados para destruir todos os grupos de oposição. [Para a]s pessoas presas pela Gestapo, a regra era a de elas serem mandadas para [os] campos de concentração. Eles foram transportados para os campos sem tomar nenhuma precaução [*in many cases without any care whatever being taken for them*], e um grande número morreu no caminho. Aqueles que chegaram ao campo estavam sujeitos a crueldade sistemática. Eles foram [submetidos a um regime] de trabalho forçado penoso [*hard physical labor*], [com] alimentação, roupas e abrigo inadequados, e estavam sujeitos em todos os momentos aos rigores de um regime desumano [ *soulless*] e aos caprichos particulares de guardas individuais.

Assim, resta evidenciado, mormente, em razão da efetiva condenação de Keitel pelos crimes que se lhe imputaram, em especial a prática de crimes de guerra na forma do desaparecimento forçado de pessoas que, em Nuremberg, referido ilícito constituiu-se em espécie de crime de guerra subsumido no tipo residual de “maus-tratos” impingidos contra beligerante ou a população

<sup>30</sup> GRAVEN, Jean. Le crimes Contre L'Humanité. *RCADI*, v. 76, 1950. p. 457-458.

<sup>31</sup> UNITED STATES OF AMERICA. International Military Tribunal Nuremberg. *Trial of the major war criminals before the International Military Tribunal*: Official Documents. Nuremberg: IMTN, 1947. v. 1. p. 232.

<sup>32</sup> UNITED STATES OF AMERICA. International Military Tribunal Nuremberg. *Trial of the major war criminals before the International Military Tribunal*: Official Documents. Nuremberg: IMTN, 1947. v. 1. p. 232-234.

civil por, nos termos do artigo 46 da IV Convenção de Haia, referida prática violar a “honra familiar” e “os direitos e as vidas das pessoas”, pois o

[...] TIMN condenou o programa Noite e Névoa como uma forma de maus-tratos infligidos sobre as pessoas desaparecidas e suas famílias, e não como assassinato ou deportação *qua* deportação. A “inovação fundamental” do programa Noite e Névoa foram os danos causados às famílias, e não os ataques sobre as vidas ou liberdades dos indivíduos. Ao enfatizar os efeitos do programa Noite e Névoa sobre as famílias dos desaparecidos, o julgamento do TIMN considerou o desaparecimento forçado como uma violação à “honra da família e [seus] direitos”, garantidos pelo Direito Internacional Consuetudinário através da Convenção de Haia de 1907<sup>33</sup>.

Já no caso dos Juristas (Altstötter *et al.*), e nos demais julgamentos ocorridos nos Processos de Guerra de Nuremberg, os fundamentos para as incriminações não se assentaram no ETMIN, mas na Control Council Law n. 10 (doravante CCL 10), editada pelo Conselho do Controle Aliado na Alemanha (doravante CCAA), e que se baseou, em parte considerável, nos ETMIN e no Estatuto do Tribunal Internacional Militar do Extremo-Oriente (doravante ETIMEO). Conforme Werle<sup>34</sup>,

o fundamento jurídico comum para os julgamentos nas zonas ocupadas, a Lei n.º 10 para a Punição das Pessoas Culpadas de Crimes de Guerra, Crimes Contra a Paz e Crimes Contra a Humanidade (CCL N.º 10), foi promulgada [issued] pelo Conselho do Controle Aliado em 20 de dezembro de 1945, adquire relevante importância. Com essa norma, o Conselho do Controle Aliado acata e aperfeiçoa o modelo do julgamento por crimes de guerra de Nuremberg. A norma pretendeu assegurar que os julgamentos posteriores nas quatro zonas ocupadas estivessem [would rest] sob uma base legal uniforme [...] os doze denominados julgamentos de Nuremberg [foram] realizados por tribunais militares dos EUA até meados de 1949 [...] Cada um desses doze julgamentos se concentraram em um grupo específico de acusados; muitos [deles] foram altos representantes das profissões médicas, jurídicas, militares, da economia e a indústria, bem como oficiais do alto-comando do Estado e do Partido Nazista.

Um desses “aperfeiçoamentos” a que se refere Werle confirma-se pelo fato de o ETIMN fundamentar a incriminação dos crimes contra a humanidade pela adoção da “teoria da extensão da competência por crimes

de guerra”, enquanto que, com a CCL 10, ocorreu a autonomização dessa forma de macrocriminalidade em relação aos demais crimes, isto é, se tipificaram os crimes contra a humanidade *qua* crimes contra a humanidade, afastando-se a necessidade de conexão com os demais crimes para a punibilidade de seus autores.

O caso Altstötter *et al.* foi instaurado para apurar a responsabilidade penal pelo crime de conspiração de vários juristas que haviam ocupado posições superiores ou de destaque perante os tribunais do III Reich, fossem juízes ou promotores de justiça que atuavam nos tribunais especiais ou nos tribunais do povo, ou no Ministério da Justiça. Dos 16 indiciados, dentre os quais Wilhelm von Ammon e mais oito funcionários do Ministério da Justiça, destacava-se o acusado Schlegelberger, que ocupara interinamente a função de Ministro da Justiça entre a morte de Guertner em janeiro de 1941 e a nomeação por Thierack em agosto de 1942. Em outros termos, o Decreto “Noite e Névoa” havia sido elaborado e aprovado no Ministério da Justiça durante a sua interinidade; além disso, Schelegelberger, Rothenberger e Klemm haviam sido subsecretários [Staatssekretær] da Justiça do Reich. Todos os acusados foram indiciados pelo cometimento de quatro modalidades de crimes: a) o crime de conspiração para o cometimento de crimes de guerra e de crimes contra a humanidade, b) o cometimento de crimes de guerra contra civis nos territórios ocupados pela Alemanha a partir de setembro de 1939, c) o cometimento de crimes contra a humanidade, incluindo crimes contra civis alemães ou de nacionais dos territórios ocupados desde o início da 2ª GM, e d) contra sete acusados, a imputação de pertencimento à SS, à SD e ao Partido Nazista, organizações que haviam sido declaradas organizações criminosas pelo TIMN<sup>35</sup>.

Um dos pontos centrais que fundamentou a acusação foi a de que eles não eram “fazendeiros ou trabalhadores de indústrias” [“*[t]hese defendants are not farmers or factory workers*”]<sup>36</sup>, mas juristas, muitos deles Doutores em Direito, que empregaram suas formações e expertise profissionais para auxiliar na promulgação e execução de leis draconianas, de perseguição racial e de

<sup>33</sup> FINUCANE, Brian. Enforced disappearances as a crime under International Law: a neglected origin in the laws of war. *Yale Journal of International Law*, v. 35, n. 1, p. 171-197, 2009. p. 180.

<sup>34</sup> WERLE, Gerhardt. *Principles of International Criminal Law*. Hague: T.M.C. Asser Press, 2009. p. 12-14.

<sup>35</sup> UNITED STATES OF AMERICA. Nuremberg Military Tribunals. *Trials of war criminals before the Nuremberg Military Tribunals under Control Council Law n. 10: The Justice Case*. Washington: Government Printing Office, 1951. v. 3. p. 3.

<sup>36</sup> UNITED STATES OF AMERICA. Nuremberg Military Tribunals. *Trials of war criminals before the Nuremberg Military Tribunals under Control Council Law n. 10: The Justice Case*. Washington: Government Printing Office, 1951. v. 3. p. 69.

extensão jurisdicional das leis restritivas às garantias a um julgamento justo, além de, na qualidade de juízes e promotores de justiça, terem atuado na consecução de programas macrocriminais de eliminação de opositores políticos e de manutenção do regime de terror nazista, em completa contradição aos princípios mais comezinhos que deveriam guiar as suas atuações profissionais<sup>37</sup>.

A Corte seguiu, em linhas gerais, a mesma descrição do programa “Noite e Névoa” que se dera no TIMN, considerando-se, nesse sentido, que, *prima facie*, ele tipificava a prática de crimes de guerra, imputando a von Ammon papel preponderante em sua elaboração e execução à medida que ele, na qualidade de especialista em Direito Internacional do Ministério da Justiça do Reich, detinha pleno conhecimento de sua ilicitude. Esses indícios foram corroborados pela juntada de provas documentais que comprovaram o fato de que von Ammon e outro corréu — Magenber — terem sido os principais negociadores de execução do Decreto junto ao Comando Supremo das Forças Armadas<sup>38</sup> e os tribunais a que se submeteu a jurisdição dos prisioneiros NN<sup>39</sup>.

Entretanto, quando do julgamento do programa “Noite e Névoa”, os juízes se depararam com o seguinte problema, explicitamente formulado na sentença: “será que aquelas leis draconianas e as decisões proferidas sob as mesmas se constituem [em] crimes de guerra ou cri-

mes contra a humanidade?”. Para a Corte, a execução do programa tipificou-se, cumulativamente, como crime de guerra e crimes contra a humanidade. Para chegar a essa conclusão, os juízes consideraram duas circunstâncias: a) que o Decreto impusesse como única pena cabível aos acusados a de morte, quando, no entender da Corte, mesmo em tempo de guerra, ela somente poderia ser aplicada em *ultima ratio* segundo os princípios gerais reconhecidos pelas nações civilizadas, bem como por, nos termos da diretiva, submeter os acusados a um processo persecutório que não se lhes assegurava um processo justo (*fair trial*). Essas particularidades seriam suficientes para se declarar a subsunção de referida norma e as decisões tomadas no tipo de crimes contra a humanidade; b) por ter sido uma medida que se aplicou à população civil dos territórios ocupados, mediante a detenção, deportação, aprisionamento em campos de concentração e ocultação do destino dos prisioneiros, referida medida se constituía, também, em crime de guerra<sup>40</sup>.

Nesse sentido, conclui-se que, embora as duas Cortes não tenham se utilizado do *nomen iuris* desaparecimento forçado de pessoas para punir aos acusados de suas práticas, mas do tipo residual contido no ETIMN e CCL 10 “outros atos desumanos”, observa-se, claramente, que os elementos contedutísticos, daquilo que viria a ser o tipo penal no ETPI, se encontravam manifestamente presentes — detenção (i)legal, deportação, ocultação do destino ou da sorte do detido, denegação da proteção legal —, do que segue como consequência a possibilidade de afirmar-se que o desaparecimento forçado de pessoas constitui-se em um crime internacional próprio desde a gênese do Direito Penal Internacional em Nuremberg.

Nada obstante isto, seja em razão do caráter fragmentário e assistemático do Direito Penal Internacional, mas também em razão do que Bassiouni<sup>41</sup> e Bazelaire e Cretin<sup>42</sup> denominam de “período de silêncio” que

<sup>37</sup> O teor da acusação é a seguinte: “In any event, in this case before this Tribunal, we shall ask the Court to bear in mind that lawyers, by the very nature of their legal training and experience, knew that the enactment of *ex post facto* laws, specially designed racial legislation and other legislation directly designed to restrict and destroy the right to make an adequate defense to a criminal charge; the handpicking of judges and their control by state and party; the submergence of the courts and prosecutors to the superior authority of the police; pretrial agreement of judges and prosecutor on judgment and penalty; unlawful extraterritorial extension of German law and the issuance of the Nacht und Nebel [Night and Fog] decree contrary to the laws of war, would probably cause death of human beings, subjected to such a perverted judicial system”. UNITED STATES OF AMERICA. Nuremberg Military Tribunals. *Trials of war criminals before the Nuremberg Military Tribunals under Control Council Law n. 10: The Justice Case*. Washington: Government Printing Office, 1951. v. 3. p. 69.

<sup>38</sup> UNITED STATES OF AMERICA. Nuremberg Military Tribunals. *Trials of war criminals before the Nuremberg Military Tribunals under Control Council Law n. 10: The Justice Case*. Washington: Government Printing Office, 1951. v. 3. p. 76-77.

<sup>39</sup> Nomeadamente, os tribunais do povo e militares situados nas cidades de Kiel, Essen, Colônia e Berlim. UNITED STATES OF AMERICA. Nuremberg Military Tribunals. *Trials of war criminals before the Nuremberg Military Tribunals under Control Council Law n. 10: The Justice Case*. Washington: Government Printing Office, 1951. v. 3. p. 788-790.

<sup>40</sup> “In respect to his other activities we refer to our general discussion under the heading “Night and Fog.” We find the defendant von Ammon guilty of war crimes and crimes against humanity under counts two and three of the indictment.” UNITED STATES OF AMERICA. Nuremberg Military Tribunals. *Trials of war criminals before the Nuremberg Military Tribunals under Control Council Law n. 10: The Justice Case*. Washington: Government Printing Office, 1951. v. 3. p. 1134.

<sup>41</sup> BASSIOUNI, M. Cherif. *Introduction to International Criminal Law*. 2. ed. Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2013. p. 565-566.

<sup>42</sup> BAZELAIRE, Jean-Paul; CRETIN, Thierry. *A justiça penal internacional: sua evolução, seu futuro de Nuremberg a Haia*. Barueri: Manole, 2004. p. 41-42.

se abateu sobre esse ramo no período da Guerra Fria, essa origem do desaparecimento forçado de pessoas caiu em esquecimento tanto por parte da doutrina do Direito Penal Internacional como da jurisprudência dos tribunais penais internacionais, haja vista que, a respeito do ressurgimento em cena, em especial o conflito que ensejou a criação do Tribunal Penal Internacional para a ex-Iugoslávia (doravante ETPIY) e, um pouco depois, com a aprovação do ETPI, afirmou-se que se tratava de um “novo” crime internacional, derivado da luta contra o desaparecimento forçado no contexto do Direito Internacional dos Direitos Humanos.

Assim, quando Cassese comenta, em linhas gerais, as particularidades do desaparecimento forçado de pessoas em seus *Lineamenti*, afirma que<sup>43</sup>

pode-se observar que, com relação a esse crime, o Estatuto do TPI não codificou o direito consuetudinário, mas que contribuiu na cristalização [de] uma norma de formação recente, e que se havia desenvolvido principalmente sobre a base do direito internacional convencional (particularmente, os numerosos tratados em matéria de direitos humanos que proibem sob várias formas os atos que se subsumem na categoria de “desaparecimento forçado de pessoas”), da jurisprudência da Comissão e da Corte Interamericana de Direitos Humanos, ou de diversas resoluções da AG da ONU. Estes diversos elementos contribuíram para a progressiva formação de uma norma consuetudinária que proíbe o desaparecimento forçado de pessoas: o Estatuto do TPI confirmou e codificou a incriminação.

Já em âmbito jurisprudencial, o TPIY, no caso Krupeski, julgado em 14 de janeiro de 2000 pela Câmara de Julgamento, no qual pesavam contra os diversos acusados a prática de crimes de guerra e de crimes contra a humanidade, nomeadamente quanto a esses últimos, o homicídio (artigo 5, a), a perseguição por motivos políticos, raciais e religiosos (artigo 5, h) e outros atos desumanos (artigo 5, i), todos do Estatuto do Tribunal Penal Internacional para a Ex-Iugoslávia (doravante ETPIY), a Corte, ao discorrer sobre essa última categoria de crimes contra a humanidade — outros atos desumanos —, reportou-se, inicialmente, ao disposto no artigo 6, c do ETIMN e ao artigo II, 1, c da CCL10, que foi a base de incriminação do desaparecimento forçado de pessoas no *Jubliey* e no caso dos Juristas, afirmando em seguida que

<sup>43</sup> CASSESE, Antonio. *Lineamenti di Diritto Internazionale Penale*. Bologna: Il Mulino, 2005. v. 1. p. 100.

existe uma preocupação de que esta categoria carece de precisão e é muito geral para fornecer um critério seguro para o trabalho do Tribunal e, portanto, seria contrária ao princípio da “taxatividade” [*specificity*] em direito penal. É, portanto, imperativo [que o Tribunal] estabeleça o que está incluído nessa categoria. A expressão “outros atos desumanos” foi deliberadamente concebida como uma categoria residual, uma vez que se considerou indesejável em relação a esta categoria [crimes contra a humanidade] ser exaustivamente enumerado. Uma categorização exaustiva criaria apenas oportunidades de evasão à proibição normativa [*evasion of the letter of the prohibition*]. A importância em se manter referida categoria foi elucidada pelo CICV ao comentar sobre que constituiria uma violação da obrigação de fornecer “tratamento humano” contida no artigo 3º comum das Convenções de Genebra.<sup>44</sup>

Ademais, reportando-se ao Projeto de Crimes Internacional discutido pela Comissão de Direito Internacional das Nações Unidas em 1996 [*Crimes Against the Peace and Security of Mankind*], no qual se consignou a impossibilidade de se tipificarem, de forma exaustiva, todos os comportamentos que constituiriam atos desumanos, pelo que se demarcou, no entanto, o seu conteúdo na forma de todas as ações graves que causem dano à integridade física ou mental da pessoa humana segundo os padrões do Direito Internacional dos Direitos Humanos<sup>45</sup>. Seguindo esses parâmetros, a Câmara passou a indicar, *inter alia*, espécies de comportamentos que se constituiriam em formas de atos desumanos, consignando que

[...] a interpretação de “outros atos desumanos” [...] pode ser identifica [nas] normas internacionais sobre direitos humanos [...]. Baseando-se em diversas disposições desses textos, é possível identificar um conjunto de direitos básicos pertencentes a[os] seres humanos, cuja violação pode atingir, dependendo das circunstâncias, a um crime contra a humanidade. Assim, por exemplo, formas graves de tratamento cruel ou degradante de pessoas que pertencem a um grupo étnico, religioso, político ou racial, ou graves manifestações generalizadas ou sistemáticas de tratamento cruel, humilhante ou degradante com uma intenção discriminatória ou persecutória, sem dúvida, constitui-se em crimes contra a humanidade: [o tratamento] desumano ou degradante é proibido pelo Pacto Internacional de Direitos Civis

<sup>44</sup> TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA A EX IUGOSLÁVIA. Trial Chamber. *Prosecutor vs. Zoran Krupeski et all (Lasva Valley)*. Disponível em: <http://www.icty.org/x/cases/kupreskic/tjug/en/kup-tj000114e.pdf>. Acesso em: 16 jan. 2016.

<sup>45</sup> TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA A EX IUGOSLÁVIA. Trial Chamber. *Prosecutor vs. Zoran Krupeski et all (Lasva Valley)*. Disponível em: <http://www.icty.org/x/cases/kupreskic/tjug/en/kup-tj000114e.pdf>. Acesso em: 16 jan. 2016. p. 225-226.

e Políticos (artigo 7), pela Convenção de Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, de 1950 (artigo 3), a Convenção Americana de Direitos Humanos, de 9 de junho 1994 (artigo 5) e da Convenção de 1984 contra a Tortura (artigo 1). Da mesma forma, a expressão em questão, sem dúvida, alcança a transferência forçada de civis (que é, em certa medida, abrangida pelo artigo 49 da Convenção IV de 1949 e o artigo 17, 1 do Protocolo Adicional II de 1977), [a] prostituição forçada (indiscutivelmente, um grave atentado à dignidade humana de acordo com a maioria dos instrumentos internacionais sobre direitos humanos), **bem como o desaparecimento forçado de pessoas** (proibido pela Resolução da Assembleia Geral das Nações Unidas 47/133 [...] e pela [CISDFP] de 9 de junho de 1994)<sup>46</sup>. Claramente, todos estes e outros atos semelhantes, devem ser praticados de maneira sistemática e em grande escala. Em outras palavras, eles devem ser tão graves quanto as outras classes de crimes previstos nas outras disposições do artigo 5. Uma vez que os parâmetros legais para determinar o conteúdo da categoria de “atos desumanos” são identificados, [o] recurso à regra *ejusdem generis* objetivando comparar e avaliar a gravidade do ato proibido é justificado. (Grifamos).

Muito embora o tema relativo ao caráter aberto e, portanto, legitimador da prática da analogia a partir do tipo penal “outros atos desumanos” contido no ETPIY, e que foi mantido no artigo 7, 1, k do ETPI<sup>47</sup>, seja relevantíssimo no tocante ao Princípio da Estrita Legalidade em Direito Penal, mormente no concernente ao Princípio da Taxatividade e à vedação da analogia incriminadora, o que se gostaria de destacar no trecho supracitado é o “esquecimento” pelo qual passou o crime em estudo. Com efeito, no caso acima reportado, a Câmara de Julgamento declarou que: a) o tipo “outros atos desumanos” já estava previsto no ETMIN e na CCL 10; b) que o mesmo é interpretado a partir dos parâmetros que defluem do Direito Internacional dos Direitos Humanos em todas as suas vertentes e c) que o contínuo aperfeiçoamento dessas normas de garantia, ao vedarem a prática de determinados comportamentos que infligem excessivos sofrimentos físicos ou psíquicos à pessoas humana, mormente se praticados num ata-

<sup>46</sup> TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA A EX IUGOSLÁVIA. Trial Chamber. *Prosecutor vs. Zoran Krupeski et all (Lasva Valley)*. Disponível em: <http://www.icty.org/x/cases/kupreskic/tjug/en/kup-tj000114e.pdf>. Acesso em: 16 jan. 2016. p. 226-227.

<sup>47</sup> É interessante notar que o ETPI tipificou, na forma de crimes contra a humanidade, os comportamento indicados exemplificativamente na referida decisão da Câmara de Julgamento do TPIY. Assim, a transferência forçada de pessoas (artigo 7, 1, d), a prostituição forçada (artigo 7, 1, g) e o desaparecimento forçado de pessoas (artigo 7, 1, i).

que geral e sistemático à população civil, se constituem em crimes contra a humanidade etc. Contudo, no que concerne ao desaparecimento forçado de pessoas, não reconheceu a sua origem remota em Nuremberg, mas antes, como um processo de recente surgimento, indicando, para tanto, os textos da DPPTPCDF e da CISDFP, isto é, decorrente da “luta” internacional contra a prática, e que se inicia entre as décadas de 1970/1980.

Como se vê, o “período de silêncio” a que se submeteu o desenvolvimento do Direito Penal Internacional ensejou, em relação ao desaparecimento forçado de pessoas, um “esquecimento” sobre sua origem em Nuremberg. Isso impõe ao presente trabalho discorrer sobre o seu “ressurgimento” a partir da luta internacional contra a sua prática no campo do Direito Internacional dos Direitos Humanos.

#### **4 O “ressurgimento” do desaparecimento forçado de pessoas no contexto do Direito Internacional dos Direitos Humanos e a luta internacional por sua proscrição/incriminação**

Parece não existir nenhuma dúvida razoável sobre em qual contexto (res)surgiu a luta internacional para proscrever e punir a prática do desaparecimento forçado de pessoas: os diversos regimes ditatoriais que se instalaram na América Latina entre os anos de 1960 e 1980.

Referido (res)surgimento teve, como pano de fundo, três circunstâncias históricas que devem ser analisadas em sua conjuntura global:

A) a bipolarização leste-oeste decorrente da Guerra Fria;

B) a adoção, em sede nacional, das doutrinas de “segurança nacional”;

C) as conflagrações sociais e políticas entre os governos existentes e diversos movimentos nacionais e que foram resolvidas por meio de golpes de estado, e que se guiaram, como regra geral, pela adoção de práticas caracterizadas como terrorismo de Estado, nos quais a tortura, o desaparecimento forçado de pessoas, as exe-

cuções extrajudiciais, até mesmo o genocídio<sup>48</sup>, foram praticados como meios de submetimento das dissidências políticas.

A guerra fria pode ser considerada como a conflagração de um estado de guerra em potência entre os dois Estados que, ao lado dos demais aliados, saíram vencedores da 2ª GGM, os EUA e a URSS, mas que, mal terminada a conflagração mundial, se lançaram numa luta pela hegemonia internacional, tendo por ancoragem ideologias político-econômicas diversas: a democracia capitalista a oeste, e o regime de socialismo de Estado a leste. Para Bobbio, a Guerra Fria é a expressão utilizada a partir da década de 1950 para identificar<sup>49</sup>

[...] o estado das relações político-militares entre as duas maiores potências do mundo [...] tal como se foram configurando depois da descoberta das armas nucleares, e com base nesse estado de coisas para definir uma estratégia e sua relativa doutrina ([...] da dissuasão). Como doutrina das relações internacionais, a doutrina do equilíbrio do terror [...] retoma, repete e, quem sabe, leva a extremas consequências a doutrina tradicional do equilíbrio das potências [...] segundo a qual em uma situação considerada permanentemente conflituosa entre entes respectivamente independentes o único modo de manter uma paz relativa é o equilíbrio das forças.

O equilíbrio do terror a que se reporta Bobbio pode ser compreendido a partir do acrônimo MAD (*mutual assured destruction*, i.e., mútua destruição assegurada): por serem as duas superpotências detentoras de armamento nuclear, uma guerra em que estas armas fossem utilizadas levaria não somente à mútua destruição dos dois contendores, mas também de toda a humanidade<sup>50</sup>. Como EUA e URSS, salvo a hipótese decorrente da Crise dos Mísseis em Cuba, em 1962<sup>51</sup>, em que a conflagra-

ção quase passa da latência ao ato, os embates bélicos por eles travados se deram de forma indireta, seja no campo internacional — as Guerras da Coreia e do Vietnã —, seja no contexto interno dos Estados que se encontravam sob as suas respectivas hegemonias. Pode-se afirmar, nesse sentido, que a Guerra Fria envolveu, prioritariamente, questões de geopolítica e geoeconomia, em que as duas potências nucleares buscaram, direta ou indiretamente, influir nas esferas de hegemonia uma da outra.

Nesse sentido, é importante lembrar que a América Latina, desde a enunciação da Doutrina Monroe, em 1823, foi considerada, numa expressão mais figurativa do que efetivamente identificativa de seu conteúdo, o “quintal” dos EUA, pois, desde

[...] cedo, muito antes de começar o seu envolvimento permanente no sistema internacional, a política externa norte-americana já lançava as suas bases de influência dentro do continente americano mediante a publicação da Doutrina Monroe em 1823. Ainda que, após a independência em 1776 e durante quase todo o século XIX, o isolacionismo prevalecesse nas questões externas [...] os norte americanos não deixaram de garantir a liderança e a influência sobre as questões do continente americano [...]. Foi dentro desse contexto que, em pouco tempo, a postura norte-americana de isolamento em relação à Europa compreenderia também uma iniciativa de isolar todo o continente americano das influências e dos interesses europeus [...] Com a publicação da Doutrina Monroe [...] diante das ameaças de recolonização por parte das metrópoles europeias, os EUA estenderam a noção de garantia da sua segurança interna a todo o continente, declarando inadmissível a recolonização ou qualquer intervenção europeia nos assuntos internos e externos dos países americanos [...] Uma marca fundamental de toda a história das relações entre os EUA e a América Latina sintetiza-se nessa doutrina, isto é, a supremacia dos EUA sobre as questões do continente [...]. Combinando táticas e estratégias diversas [...] o caráter da Doutrina Monroe de manter, defender e expandir a supremacia dos EUA nas questões do continente, solapando a soberania das nações, permaneceu inalterado durante quase dois séculos<sup>52</sup>.

Não resta dúvida, portanto, acerca de quais os efeitos que a Revolução Cubana de 1959 desencadeou no contexto latino-americano da guerra fria. A meros 150 km da costa leste estadunidense, um Estado que até então se encontrava fortemente submetido à hegemonia dos EUA passou por uma revolução política de caráter socialista, dando origem a vínculos político-econômicos

<sup>48</sup> É o caso do chamado genocídio maya, ocorrido na Guatemala entre os anos de 1982 e 1983, durante o governo do General Efraín Ríos Montt. Entre abril e maio de 1982, Ríos Montt foi submetido a julgamento por estes fatos, tendo sido condenado à pena de 80 anos de prisão pela prática de genocídio e crimes contra a humanidade. No entanto, no mesmo mês, o Tribunal Constitucional da Guatemala anulou o julgamento, determinando que ele fosse novamente realizado. O novo julgamento, embora previsto para ocorrer em 2015, ainda não ocorreu em razão de o acusado ter sido diagnosticado mentalmente incapaz. EL PAÍS. *Un informe médico exige a Ríos Montt de ir a un segundo juicio*. 2015. Disponível em: [http://internacional.elpais.com/internacional/2015/07/08/actualidad/1436374484\\_749667.html](http://internacional.elpais.com/internacional/2015/07/08/actualidad/1436374484_749667.html). Acesso em: 08 jul. 2015.

<sup>49</sup> BOBBIO, Norberto. *O terceiro ausente: ensaios e discursos sobre a paz e a guerra*. Barueri: Manole, 2009. p. 59-60.

<sup>50</sup> BOBBIO, Norberto. *O problema da guerra e as vias da paz*. São Paulo: UNESP, 2003. p. 63-69.

<sup>51</sup> GADDIS, John Lewis. *The cold war: a new history*. New York: The Penguin Press, 2005. p. 40-43.

<sup>52</sup> SANTOS, Marcelo. *O poder norte-americano e a América Latina no pós-guerra fria*. São Paulo: Annablume-FAPESP, 2007. p. 20-22.

com o regime soviético, em especial a partir de 1966 com a realização da Primeira Conferência Tricontinental de Havana e a constituição da Organização Latino-Americana de Solidariedade<sup>53</sup>: os EUA reforçam o apoio político, econômico e militar para os demais Estados latino-americanos enfrentarem a ameaça comunista presente na região. Para tanto, engendrou-se, como método ideológico, político e militar, a Doutrina da Segurança Nacional, cuja origem,

[...] derivou em um processo de militarização na América Latina, surgida num marco de crise da hegemonia norte americana ao se concretizar uma alternativa revolucionária em Cuba [...] as condições políticas internas em alguns dos países também chegaram a níveis de crise, predominando o descontentamento popular, as mobilizações constantes e a radicalização de setores da população que optaram pela luta armada. Nesse contexto, os exércitos (modernizados, profissionais, capacitados pelas escolas militares norte americanas) foram utilizados como a única opção possível para recuperar a ordem social, sendo esta concebida como a manutenção do sistema político e econômico. No interior dessa lógica, o exército se situa acima da sociedade, como a encarnação dos interesses nacionais, que tem como contraparte a um responsável por todos os males sociais, a um inimigo subversivo. Esta concepção é comum a todos os setores que compartilham a hegemonia do Estado<sup>54</sup>.

A característica mais marcante da Doutrina da Segurança Nacional é a assunção de que a guerra, jus-internacionalmente concebida como um conflito bélico entre Estados<sup>55</sup> constituía-se, em razão da prevalência da

segurança interna dos Estados sobre os regimes democráticos e os direitos fundamentais, numa frente indivisa entre o externo e o interno em decorrência das ameaças providas de movimentos de libertação nacional ou dissidentes políticos em particular, e do comunismo internacional em geral. Em outros termos, o conflito ideológico Leste-Oeste não seria um evento puramente internacional, mas também nacional, uma vez que esta doutrina se assenta sobre uma presumida fragilidade dos regimes democráticos para se contraporem às ameaças externas e internas derivadas do comunismo. É por esse motivo que Pessoa<sup>56</sup>, por exemplo, defende o uso da excepcionalidade como um dos elementos caracterizadores da Doutrina de Segurança Nacional, pois seria a única forma de o Estado prover a defesa de seus direitos fundamentais e realizar na facticidade histórica o seu desenvolvimento. Esse autor, ao comentar os dispositivos constitucionais contidos nos artigos 155-156 da Constituição Federal de 1967 com a redação dada pela Emenda Constitucional de 1969, que estabeleciam as condições e limites temporais do estado de sítio, afirmou que

se o estado de sítio, no exemplo brasileiro [...] *não será superior a 180 dias* [...] segue-se que ele é inadequado para enfrentar situações de gravidade *permanente*, diferentes das estritas hipóteses legais, e que exigem respostas eficazes, *também permanentes*, por parte dos órgãos de segurança [...] [tais como a] *permanente guerra revolucionária do tipo comunista*, um tipo de guerra jamais visto, e que só desaparecerá da cena mundial quando forem atingidos todos os seus objetivos finais, deve ter a defesa correspondente [...] (grifos no original).

Ademais, o único agente capaz de assegurar a manutenção do regime político não seria as instituições próprias do regime democrático ou os poderes constituídos, mas as forças armadas pois, conforme indicado por Molina Theissen,<sup>57</sup>

que “não possui caráter internacional”. Os atos dos “*contras*” em direção ao Governo da Nicarágua são, portanto, governados pelas leis aplicáveis a conflitos daquela natureza; dessa forma, as ações dos Estados Unidos contra a Nicarágua e dentro de seu território estão em desacordo com as normas legais relativas aos conflitos internacionais”. CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. *Case concerning military and paramilitary activities in and against Nicaragua* (Nicaragua vs. United States of America), Merits, Judgment of 27 June 1986. Disponível em: <http://www.icj-cij.org/docket/?sum=367&p1=3&p2=3&case=70&p3=5>. Acesso em: 20 jan. 2006.

<sup>56</sup> PESSOA, Mário. *O Direito da segurança nacional*. Rio de Janeiro: Biblioteca do Exército; São Paulo: RT, 1971. p. 97-98.

<sup>57</sup> THEISSEN, Ana Lucrecia Molina. La desaparición forzada de personas en América Latina. In: TRINDADE, Antônio Augusto Cançado *et al.* (org.). *Estudios básicos de Derechos Humanos VII*. San

<sup>53</sup> Conforme Pessoa, foi uma organização criada na aludida Conferência, e que tinha por finalidade estabelecer um regime de cooperação internacional entre os movimentos de libertação nacional nos continentes africano, asiático e americano, de forma a tornar possível a utilização de todos os meios necessários a se atingir as metas inerentes a referidas lutas, tendo por princípio fundamental a de que as lutas revolucionárias se constituíam como um direito imprescritível dos povos em se levantar contra o imperialismo, o colonialismo e o neocolonialismo. PESSOA, Mário. *O Direito da segurança nacional*. Rio de Janeiro: Biblioteca do Exército; São Paulo: RT, 1971. p. 103-106.

<sup>54</sup> THEISSEN, Ana Lucrecia Molina. La desaparición forzada de personas en América Latina. In: TRINDADE, Antônio Augusto Cançado *et al.* (org.). *Estudios básicos de Derechos Humanos VII*. San José, C. R: Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1996. p. 77-78.

<sup>55</sup> Com efeito, conforme Oppenheim, “[...] guerra é a contenda entre dois ou mais Estados por meio de suas forças armadas, com o propósito de sobrepor um ao outro e impor condições de paz aprazíveis ao vitorioso”, *apud* DINSTEIN, Yoram. *Guerra, agressão e legítima defesa*. 3. ed. Barueri: Monele, 2004. p. 5. Essa afirmação encontra eco na jurisprudência da CIJ, em especial no *case* Nicarágua vs. EUA, em que se consignou que “O conflito entre as forças contrárias e aquelas do Governo da Nicarágua é um conflito armado

segundo a doutrina da Segurança Nacional, não existe uma frente de guerra em sentido tradicional. O inimigo (a subversão, o comunismo internacional...) encontra-se em todos os lados, inclusive – ou, sobretudo – no meio da população. O conflito se expressa não somente no terreno militar, mas em questões ideológicas, políticas ou culturais, as quais se pressupõem tão perigosas como as ações militares e frente às quais se responde por meio de métodos violentos. Dessa maneira, os exércitos latino-americanos romperam com a concepção tradicional de defesa do território e da soberania, para se converterem em virtuais exércitos de ocupação em seus próprios países, representando e defendendo interesses alheios e mesmo contrários a seus próprios povos, num suposto combate contra o comunismo internacional.

Por tratar-se, assim, não de conflitos políticos passíveis de resolução pelos meios ordinários e constitucionais de disputa pelo poder, mas de um estado permanente de guerra no qual as frentes externas e internas se esfumam, qual o tipo de guerra foi levado a efeito pelos Estados orientados pela Doutrina de Segurança Nacional?

A doutrina tem sido bastante criativa em nomeá-la — terrorismo de Estado, guerra suja, estado de exceção, guerra de baixa intensidade etc. —, expressões que buscam identificar o ponto essencial das ações de repressão dos governos envolvidos, especialmente quando cotejadas com os estândares derivados do Direito Internacional dos Direitos Humanos, a saber, a prática contínua e institucionalizada de violações sistemáticas dos direitos humanos e crimes internacionais (nomeadamente, desaparecimento forçado, tortura, execuções extrajudiciais etc.), cujas práticas, por se situarem na zona gris do combate à dissidência política, sistematizaram e criaram na população civil aquilo que se identificou em linhas acima de política de submetimento pela difusão do terrorismo de Estado. Referida política de terror e submetimento pode, com efeito, ser sintetizada na afirmação feita pelo Gal. Ibérico Saint Jean, um dos líderes do golpe militar argentino em 1976: “*primero mataremos a todos los subversivos, luego mataremos a sus colaboradores, después a sus simpatizantes, enseguida a aquellos que permanecen indiferentes y, finalmente, mataremos a los tímidos*”<sup>58</sup>.

José, C. R: Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1996. p. 142-144.

<sup>58</sup> PÁGINA 12. *Luto en el infierno*: murió Saint Jean, el que quería matar a todos. 2012. Disponível em: <http://www.pagina12.com.ar/diario/ultimas/20-205033-2012-10-06.html>. Acesso em: 06 out. 2012.

Com efeito, sendo uma doutrina forjada sobre a excepcionalidade do direito, os Estados governados por civis e/ou militares que se instalaram no poder após golpes de estado sob o argumento de combate à ameaça do comunismo têm algumas características comuns, a saber: a) excepcionaram não somente às regras constitucionais atinentes às funções soberanas — com a conseqüente promulgação de atos institucionais com força de normas constitucionais e decretos-lei com força de leis –, podendo ocorrer, conforme a conveniência do regime, na decretação de suspensão do funcionamento dos poderes legislativo e judiciário; b) suspenderam a vigência dos direitos e garantias fundamentais, em especial dos direitos fundamentais de primeira dimensão e a garantia do *habeas corpus*; c) além disso, instituíram sistemas de perseguição política penal executadas pelas forças militares em coadjuvação com as forças policiais já existentes. A criação de novas instituições político-policiais voltadas exclusivamente à perseguição política também é uma possibilidade. Por fim, em muitos Estados latino-americanos ocorreu a participação de grupos paramilitares na repressão política.

No entanto, diversamente do que se era de esperar num contexto de “guerra”, o principal método de execução da perseguição política foi a clandestinidade. É nesse ponto, portanto, que o desaparecimento forçado de pessoas, geralmente seguido da tortura e de execuções extrajudiciais, é instituído como principal instrumento de perseguição política e debelação das dissidências<sup>59</sup>.

O procedimento utilizado nessa guerra clandestina contra a subversão, embora existam algumas variações, geralmente seguiu o seguinte *iter*<sup>60</sup>: a) a captura da vítima por meio de um procedimento que tornasse senão impossível, extremamente difícil a sua evitação, preferencialmente no período noturno, o que ilidiu, em muitos casos, a ocorrência de testemunhas do fato, mormente

<sup>59</sup> Quando “[...] os militares latino-americanos começaram a utilizar da prática do desaparecimento forçado de pessoas como um método repressivo, creram que haviam descoberto o crime perfeito: dentro de sua lógica inumana, não havia vítimas, e por isso, também não havia assassinos [victimarios] nem crimes”. THEISSEN, Ana Lucrecia Molina. La desaparición forzada de personas en América Latina. In: TRINDADE, Antônio Augusto Cançado *et al.* (org.). *Estudios básicos de Derechos Humanos VII*. San José, C. R: Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1996. p. 65.

<sup>60</sup> THEISSEN, Ana Lucrecia Molina. La desaparición forzada de personas en América Latina. In: TRINDADE, Antônio Augusto Cançado *et al.* (org.). *Estudios básicos de Derechos Humanos VII*. San José, C. R: Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1996. p. 83-84.

porque os captores, pertencentes a organismo internos de repressão, se utilizavam de diversos métodos para impedir as suas identificações: carros sem placas; se pertencentes às forças armadas, os agentes não usavam suas respectivas fardas, ou os captores pertenciam aos órgãos civis etc.; b) a redução da capacidade de resistência do detido, mediante o uso de algemas ou outras formas de imobilização, bem como, com a finalidade de ocultar o destino e inculcar desorientação espaço-temporal, o uso de vendas; c) a sua condução a um centro clandestino, na qual se suprimia, mediante violências várias, inclusive de caráter sexual, fosse homem ou mulher, e, nesse último caso, mesmo se grávida, a dignidade do prisioneiro, local em que a tortura e os tratamentos degradantes, inumanos e cruéis tomavam parte do próprio regime concentracionário, contando, inclusive, com a assistência de pessoal médico para exercer o controle sobre a violência física e psicológica a que se submetia a vítima; e d) após a obtenção de informações, a possível eliminação física da vítima, caso não houvesse morrido em razão das torturas sofridas<sup>61</sup>.

Esse método disseminou-se por todos os Estados latino-americanos entre os anos de 1960 e 1980. Conforme Molina Theissen e Scovazzi e Citroni, o primeiro país a dele se utilizar foi a Guatemala a partir do golpe de estado encabeçado pelo Coronel Enrique Peralta Azurdia, em 1963<sup>62</sup>, e, logo depois, adotado pelas dita-

das civil-militares que foram se instalando na região, a começar pelo Brasil em 1964, Argentina, Chile, Uruguai etc.

É importante frisar, ademais, que o desaparecimento forçado de pessoas não atinge somente à vítima direta de sua prática, mas também, e de forma extremamente grave, a seus familiares, na medida em que os submete a um estado permanente de incerteza quanto ao paradeiro ou sorte da vítima, dando azo ao surgimento de uma situação de indecidibilidade das mais atroz: nem mortos, nem vivos, mas desaparecidos<sup>63</sup>. A clarificação dessa situação horrenda resta mais bem evidenciada a partir da classificação feita no Relatório da CONADEP, intitulado *Nunca Más!*, na qual se consignou as seguintes modalidades de desaparecimentos forçados praticados pela ditadura argentina<sup>64</sup>:

A) *Detidos-desaparecidos (temporários) libertados*. Foram indivíduos sequestrados que sofreram um período de detenção clandestina em local desconhecido para serem libertados posteriormente, não oficialmente. A libertação destas pessoas era acompanhada de “recomendações” de não divulgar nada do que haviam sofrido, presenciado ou ouvido e, sobretudo, de não registrar denúncias. Nesta categoria, estiveram muitas vítimas que, tendo sido sequestradas, não denunciaram tal fato após sua soltura, pois essa foi a condição para a mesma e para sua sobrevivência. Da sua detenção, sabe-se porque as famílias recorreram às organizações de direitos humanos enquanto as vítimas permaneciam sequestradas, mas, em geral, não efetuaram denúncia. O temor de novos sequestros e de ciclos de tortura e a possibilidade do desaparecimento definitivo fizeram com que muitas dessas pessoas libertadas partissem o mais rápido possível para o exílio.

B) *Detidos-desaparecidos (temporários) “legalizados”*. Foram indivíduos sequestrados cuja detenção foi legalizada com a admissão, por parte do Estado, do estatuto de preso (político), encaminhados a estabelecimentos de reclusão legais e colocados à disposição da Justiça Militar. O pouco contato disponível com advogados ou familiares impediu que as informações que dispunham sobre o período em que estiveram na condição de detidos-desaparecidos pudessem vir a público imediatamente aos acontecimentos. Dessa forma, informações preciosas que poderiam proteger ou resgatar outros de-

<sup>61</sup> A CIDH tem identificado a adoção de referido método em todos os seus julgados que versam sobre desaparecimento forçado, conforme se pode aferir dos seguintes julgados: CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Case of Velásquez-Rodríguez v. Honduras*. Judgment July 29, 1988 (Merits). Disponível em: [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_04\\_ing.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_04_ing.pdf). Acesso em: 20 jul. 2004.; CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Gordínez Cruz v. Honduras*, Sentencia de 20 de enero de 1989 (Fondo). Disponível em: [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_05\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_05_esp.pdf). Acesso em: 20 jul. 2004.; CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Molina Theissen v. Guatemala*, Sentencia de 4 mayo de 2004 (Fondo). Disponível em: [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_106\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_106_esp.pdf). Acesso em: 20 out. 2008.; CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Gómez Palomino v. Peru*, Sentencia de 22 de noviembre de 2005 (Fondo). Disponível em: [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_136\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_136_esp.pdf). Acesso em: 20 out. 2008.; CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Goiburú y otros v. Paraguay*, Sentencia de 22 septiembre de 2006 (Fondo). Disponível em: [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_153\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_153_esp.pdf). Acesso em: 20 out. 2008.

<sup>62</sup> THEISSEN, Ana Lucrecia Molina. La desaparición forzada de personas en América Latina. In: TRINDADE, Antônio Augusto Cançado *et al.* (org.). *Estudios básicos de Derechos Humanos VII*. San José, C. R: Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1996.

p. 10-13.

<sup>63</sup> FINUCANE, Brian. Enforced disappearances as a crime under International Law: a neglected origin in the laws of war. *Yale Journal of International Law*, v. 35, n. 1, p. 171-197, 2009. p. 10-13.

<sup>64</sup> REPÚBLICA ARGENTINA. *Nunca más!* Informe CONADEP, Septiembre de 1984. Disponível em: <http://www.desaparecidos.org/nuncamas/web/investig/articulo/nuncamas/nmas2a01.htm>. Acesso em: 20 set. 2011.

tidos-desaparecidos em condições muito adversas não puderam ser utilizadas para tal fim. Em geral, somente quando concluída a pena imposta ou após o fim da ditadura, é que esse mosaico de informações atomizadas ganhava ressonância.

C) *Detidos-desaparecidos propriamente ditos*. Foram indivíduos sequestrados que permaneceram indefinidamente nessa situação. Desde sua detenção, deixou de haver notícias sobre os mesmos, a não ser relatos e depoimentos de alguns sobreviventes de centros de detenção onde aqueles foram vistos, ouvidos ou deles se ouviu falar. O tempo de duração dessa condição foi indefinida.

D) *Crianças desaparecidas*. Diferentemente da situação de adultos e jovens desaparecidos, pode-se inferir que, em boa parte destes casos, as vítimas sobreviveram. Particularmente expressivos na experiência Argentina, casos pontuais de sequestro e/ou prisão de crianças ocorreram nos outros países também. Em relação a metodologia aplicada na Argentina há dois tipos de situações. Uma, a de crianças de pouca idade no momento em que seus pais foram vítimas de ataque e sequestro. Neste caso, as crianças desapareceram junto com os adultos. Houve casos em que elas foram abandonadas na residência atacada, com vizinhos ou, então, devolvidas à família. A outra situação envolve crianças nascidas em cativeiro, nos centros clandestinos de detenção. São filhas de mulheres cuja gravidez era de conhecimento da família ou do círculo de colegas, amigos ou vizinhos. Considerando a regra geral do comportamento da repressão nesses casos, a suspeição do nascimento dessas crianças foi sempre quase uma certeza para os familiares e as organizações de direitos humanos. Mas há também o caso de crianças nascidas em cativeiro de mães cuja gravidez era desconhecida do entorno mais imediato. Nestas situações, fora denúncias eventuais registradas por alguns sobreviventes, a falta de informação se tornou um problema difícil de superar. Em todos esses casos, há uma forte suposição de que os bebês tenham sobrevivido. Está comprovado que essas crianças foram consideradas parte do “botim de guerra” da guerra suja. Sabe-se que, na maioria dos casos, foram dadas a famílias vinculadas, direta ou indiretamente, à repressão; por isso, aquelas que até agora não foram encontradas permanecem vítimas de sequestro e de apropriação da sua identidade.

O total de pessoas desaparecidas por força dos métodos de submetimento das ditaduras militares, que inclusive agiram, as do cone sul, em regime de cooperação internacional por meio da Operação Condor<sup>65</sup>, é

<sup>65</sup> Conforme o Relatório Final da CNV/GT Operação Condor, referida operação (denominada no Brasil “Carcará”), foi formalizada em reunião secreta realizada em Santiago do Chile no final de outubro de 1975, é o nome que foi dado à aliança entre as ditaduras instaladas nos países do Cone Sul na década de 1970 — Argentina, Bolívia, Brasil, Chile, Paraguai e Uruguai — para a realização de atividades coordenadas, de forma clandestina e à margem da lei, com o

de difícil mensuração. Os números, sempre variáveis, decorrem ora dos diversos movimentos e associações nacionais que amalgamam parentes de desaparecidos políticos, dos relatórios das comissões nacionais da verdade ou mesmo, em alguns casos, do reconhecimento expresso dos Estados, como se deu, no caso brasileiro, a partir do anexo I à Lei 9.140/1995, que institui a CEMDP. Assim, juntamente às 136 pessoas arroladas pela Lei, e a partir da atuação da Comissão, cujo resultado foi divulgado no livro “Direito à Memória e à Verdade: Comissão Especial sobre Mortos e Desaparecidos Políticos”, que acolheu o pedido de reconhecimento de referida situação em relação a outras 226 pessoas, oficialmente, morreram e/ou desapareceram, por força da ação dos organismos do Estado brasileiro, um total de 362, sendo que 150 teriam sido vítimas de desaparecimento forçado<sup>66</sup>. Já o relatório final da CNV, divulgado em 2014, reconheceu que o total de vítimas fatais chega a 434 pessoas, das quais 243 desaparecidas<sup>67</sup>.

Na Argentina, cuja prática parece ter cobrado o maior número de vidas, envolvendo, inclusive, a figura das crianças desaparecidas, isto é, filhos de prisioneiros que ou foram presos juntamente a seus pais ou que nasceram quando as mães estavam detidas e que, logo após o nascimento, estas foram mortas e aqueles dados em adoção<sup>68</sup>, o total de desaparecidos tem variado bastante,

objetivo de vigiar, sequestrar, torturar, assassinar e fazer desaparecer militantes políticos que faziam oposição, armada ou não, aos regimes militares da região. BRASIL. Comissão Nacional da Verdade. *Relatório: Mortos e Desaparecidos Políticos*. Brasília: CNV, 2014. v. 3.

<sup>66</sup> “A CEMDP computou, como saldo de suas investigações, cerca de uma centena e meia de desaparecidos políticos. Muitos deles foram vistos em dependências policiais por outros presos, que testemunharam sobre sua prisão e tortura. De outros não se têm notícias, nem das suas passagens por prisões. Eram, quase sempre, ativistas políticos notoriamente perseguidos pelos órgãos de segurança. Vários estavam submetidos a processos judiciais. Seus últimos contatos foram com companheiros de suas organizações. Depois, sumiram. Nunca mais foram vistos”. BRASIL. Comissão Especial Sobre Mortos e Desaparecidos Políticos. *Direito à Memória e à Verdade: Comissão Especial sobre Mortos e Desaparecidos Políticos*. Brasília: SEDH/PR, 2007. p. 48-49.

<sup>67</sup> “Durante a ditadura militar, entre 1964 e 1985, 243 pessoas foram vítimas de desaparecimento forçado, ou seja, mais da metade das 434 vítimas fatais da ditadura, segundo o “Quadro geral da CNV sobre mortos e desaparecidos políticos””. BRASIL. Comissão Nacional da Verdade. *Relatório: Mortos e Desaparecidos Políticos*. Brasília: CNV, 2014. v. 3. p. 26.

<sup>68</sup> Contudo, conforme Scovazzi e Critroni, referida prática também ocorreu durante as ditaduras da Guatemala e El Salvador. SCOVAZZI, Tullio; CITRONI, Gabriella. *The struggle against enforced disappearance and the 2007 United Nations Convention*. Leiden: Martinus Nijhoff, 2007. p. 14-20.

mas, nem por isso, deixa de ser apoplético: no *Nunca Más!* reporta-se o número aproximado de 9.000 pessoas, enquanto que os movimentos Mães da Praça de Maio e o Serviço Paz e Justiça divulgam 30.000 desaparecidos, já a Secretaria de Direitos Humanos fala em 13.000<sup>69</sup>. Tamanho número de vítimas, conforme já visto em linhas acima, decorreu, de um lado, da intenção de se perseguir a todas as pessoas que, direta ou indiretamente, na visão da ditadura, se constituíam em dissidentes, mas também, conforme expressado pelo Gal. Jorge Rafael Videla, que presidiu o período mais intenso das perseguições políticas desde o golpe em 1976 até 1978, como uma forma de eliminá-los, sem deixar qualquer rastro de seu paradeiro, mantendo-se, em definitivo, a situação de indecibilidade sobre a sorte das vítimas<sup>70</sup>:

não, não se podia fuzilar. Coloquemos um número, ponhamos cinco mil. A sociedade argentina, mutável, traiçoeira, não teria apoiado os fuzilamentos: ontem dois em Buenos Aires, hoje seis em Córdoba, manhã quatro em Rosário, e assim até cinco mil, 10 mil, 30 mil. Não havia outra maneira. Era preciso que desaparecessem. É o que ensinavam os manuais da repressão na Argélia, no Vietname. Estávamos todos de acordo. Dar a conhecer onde estão os restos? Mas que é o que podíamos assinalar? O mar, o Rio da Prata, o Regato? Pensou-se, no seu momento, dar a conhecer as listas. Mas depois concebeu-se: se se dão por mortos, em seguida vêm as perguntas que não podem ser respondidas: quem matou, onde, como.

Já no Chile, o número de vítimas da ditadura de Pinochet chegou, conforme o relatório apresentado 2011 pela Comisión Presidencial Asesora para la Calificación de Detenidos Desaparecidos, Ejecutados Políticos y Víctimas de Prisión Política y Tortura, instituída pela Lei 20.405/2009, e que fora antecedida em referida tarefa pela Comisión Rettig, constituída um ano após o término da ditadura de Pinochet<sup>71</sup>, a 40.280 pessoas. Dessas 3.225 foram reconhecidas como desaparecidas.

<sup>69</sup> CLARIN. *Una duda histórica*: no se sabe cuántos son los desaparecidos. 2003. Disponível em: <http://edant.clarin.com/diario/2003/10/06/p-00801.htm>. Acesso em: 20 mar. 2014.

<sup>70</sup> SEOANE, Maria; MULEIRO, Vicente. *El Dictador*: la historia secreta y pública de Jorge Rafael Videla. Buenos Aires: Sudamerica, 2001. p. 215.

<sup>71</sup> Nomeadamente, a Corporación Nacional de Reparación y Reconciliación, que tinha por função coordenar o processo de reparação econômica das vítimas creditadas pela Comisión Rettig, e que foi seguida pela Mesa de Diálogo de Derechos Humanos, de 1999, que teve por função aferir o destino dos casos de pessoas que haviam sido desaparecidas pela ditadura de Pinochet e que não haviam sido contempladas pelo Relatório Rettig, seguida pela Comisión Nacional sobre Prisión Política y Tortura (Comisión Valech). REPÚBLICA DE CHILE. Programa de Derechos Humanos. Min-

Molina Theissen, no entanto, indica a possibilidade de que, entre os anos de 1960 e 1990, o total de desaparecidos políticos na América Latina possa ter chegado a 90.000 pessoas, número decorrente dos diversos relatórios emitidos pelas ONG's de familiares e/ou internacionais de direitos humanos<sup>72</sup>.

Como se deu, entretanto, o início da luta internacional contra o desaparecimento forçado de pessoas desde o caos instaurado na América Latina com a difusão, de norte a sul, não dos princípios inerentes ao *Rule of Law*, mas do estado de exceção? A reconstrução desse processo foi feita, de forma bastante didática, por Tyler<sup>73</sup> no volume temático sobre Impunidad, Crimen de Lesa Humanidad y Desaparición Forzada da Revista *Por el Imperio del Derecho* da International Comition of Jurists, e que pode ser resumido nos seguintes passos, complementados *passim* por informações que forem consideradas relevantes.

As primeiras reações às violações de direitos humanos praticadas na América Latina decorreram, internacionalmente, dos inúmeros exilados políticos que se dispersaram ao redor do mundo, em especial na Europa e EUA, e internamente por meio das manifestações e protestos, sempre limitados pela política de submetimento, de órgãos da sociedade civil, em especial com o surgimento de associações de familiares dos desaparecidos políticos e demais ONGs de direitos humanos.

Institucionalmente, o primeiro organismo internacional a se pronunciar e denunciar os desaparecimentos e as torturas praticadas de forma sistemática por agentes do governo, tendo como causa a situação do Chile, foi a Comissão Interamericana de Direitos Humanos (doravante COMIDH), que já em 1974 iniciou a relatar tais fatos perante a Assembleia Geral da Organização dos Estados Americanos (doravante AGOEA). Em 1977,

isterio del Interior y Seguridad Pública. *Informe de la Comisión Presidencial Asesora para la Calificación de Detenidos Desaparecidos, Ejecutados Políticos y Víctimas de Prisión Política y Tortura*. Disponível em: <http://www.ddhh.gov.cl/filesapp/informecomisionfase2.pdf>. Acesso em: 20 mar. 2015.

<sup>72</sup> THEISEN, Ana Lucrecia Molina. La desaparición forzada de personas en América Latina. In: TRINDADE, Antônio Augusto Cançado *et al.* (org.). *Estudios básicos de Derechos Humanos VII*. San José, C. R: Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1996. p. 66.

<sup>73</sup> TYLER, Wilder. Antecedentes Del Proceso de Elaboración del Proyecto de Convención Internacional para la Protección de Todas las Personas Contra las Desapariciones Forzadas. *Revista Por el Imperio del Derecho*, Lima, v. 62-63 (Impunidad, Crimen de Lesa Humanidad, Desaparición Forzada), jul. 2001. p. 65-69.

por meio de seu relatório anual, ela se manifestou pelo caráter cruento e inumado do desaparecimento forçado de pessoas<sup>74</sup>. Em 1979, a COMIDH fez visita à Argentina para aferir as denúncias de violações dos direitos humanos pela Junta Militar, tendo constatado a prática sistemática de desaparecimentos forçados.

Em 1983 da AGOEA declarou, por meio da Resolução AG/RES 666 (XIII-0/83), que tais práticas eram uma “[...] afronta à consciência do Hemisfério e constituíam um crime contra a humanidade”<sup>75</sup>. Já pela Resolução AG/RES. 742 (XIV-0/84)<sup>76</sup>, em que a AGOEA

apreciou o relatório da COMIDH relativo a 1983, restou consignado a reafirmação de que

4. [...] la práctica de la desaparición forzada de personas en América es una afrenta a la conciencia del Hemisferio y constituye un crimen de lesa humanidad.
5. Exhortar a aquellos Estados donde han ocurrido desapariciones de personas, que se esclarezca su situación y se informe a sus familiares sobre su suerte.
6. Reiterar la necesidad de evitar y, en su caso, poner el inmediato término a las violaciones de derechos humanos, en especial a los de los derechos a la vida, a la integridad y a la libertad personal; al derecho a la justicia y proceso regular; y reafirmar que la ejecución sumaria, la tortura y la detención sin debido proceso constituyen gravísimas violaciones de los derechos humanos.

Não se pode esquecer, entretanto, do papel que o CICV desempenhou nesse contexto, e que corresponde àquela ideia defendida por Cançado Trindade acerca das “três vertentes” do Direito Internacional dos Direitos Humanos. Se, como regra geral, o Direito Internacional Humanitário foi instituído como *jus in bello*, tendente, de um lado, a limitar as ações entre os beligerantes, e, d’outro lado, proteger a população civil nos conflitos armados internacionais, esse ramo também permitiu a atuação da Comitê Internacional da Cruz Vermelha (doravante CICV) nos conflitos de caráter não internacional. Esses costumes internacionais de direito humanitário foram positivados com a promulgação do Protocolo II as Convenções de Genebra de 1949 que expressamente passou a determinar a aplicação das regras e princípios desse ramo nos conflitos não internacionais.

Assim, conforme afirmado por Moreillon<sup>77</sup>, já no curso das revoluções Russa, de 1917, e da Hungria, de 1919, a CICV tentou, sem muito sucesso, prestar assistência às pessoas submetidas a prisões políticas, em especial estrangeiros cujos Estados, em razão dos referidos conflitos internos, não haviam logrado prestar proteção diplomática, dando origem à prática desse organismo em prestar assistência às pessoas detidas, “[...] inclusive quando não estão encarcerados como consequência de um conflito armado, mas em decorrência

<sup>74</sup> Se extrai o seguinte trecho de referido Relatório: “Poco se puede agregar al análisis muy detallado que hizo la Comisión en su anterior informe sobre las violaciones de derechos humanos más graves y frecuentes. Una situación que ha venido preocupando hondamente a la Comisión y de la que precisamente dio cuenta en su anterior informe, es la que afecta a los llamados “desaparecidos”. Son muchos los casos, en diferentes países, en que el Gobierno niega sistemáticamente la detención de personas, a pesar de los convincentes elementos de prueba que aportan los denunciantes para comprobar su alegato de que tales personas han sido privadas de su libertad por autoridades policiales o militares y, en algunos casos, de que las mismas están o han estado recluidas en determinados sitios de detención. Este procedimiento es cruel e inhumano. Como la experiencia lo demuestra, la “desaparición” no sólo constituye una privación arbitraria de la libertad, sino también un gravísimo peligro para la integridad personal, la seguridad y la vida misma de la víctima. Es, por otra parte, una verdadera forma de tortura para sus familiares y amigos, por la incertidumbre en que se encuentran sobre su suerte y por la imposibilidad en que se hallan de darle asistencia legal, moral y material. Es, además, una manifestación tanto de la incapacidad del Gobierno para mantener el orden público y la seguridad del Estado por los medios autorizados por las leyes como de su actitud de rebeldía frente a los órganos nacionales e internacionales de protección de los derechos humanos.” OAS. Comisión Interamericana de Derechos Humanos. *Informe anual de Comisión Interamericana de Derechos Humanos 1977*. Parte II: Campos en los cuales han de tomarse medidas para dar mayor vigencia los derechos humanos, conforme lo prescribe la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre. Disponível em: <http://www.cidh.oas.org/annualrep/77sp/sec.2b.htm>. Acesso em: 20 mar. 2014.

<sup>75</sup> “[...] 4. To declare that the practice of forced disappearance of persons in the Americas is an affront to the conscience of the hemisphere and constitutes a crime against humanity. 5. To urge those states in which disappearances of persons have occurred to clarify their situation their families of their fate [...]”. OAS. General Assembly. AG/RES. 666 (XIII-0/83), adopted at the seventh plenary session held on November 18, 1983. In: OAS. General Assembly. *Thirteenth Regular Session, November 14-18, 1983: Proceedings*. Washington: DC, 1983. v. 1. p. 68-72. Esta resolução pode ser compreendida como o primeiro passo, em especial o indicado artigo 5, do reconhecimento do Direito à Verdade no SIPDH, e que foi efetivamente positivado através da AG/RES. 2406 (XXXVIII-0/08): Right to the Truth, adotada pela AGOEA na Sessão Plenária de 3 de junho de 2008.

<sup>76</sup> OAS. Asamblea General. AG/RES. 742 (XIV-0/84): Informe anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. In: OAS. Asamblea General. *Decimocuarto Período Ordinario de Sesiones*,

12-17 Noviembre de 1984: Actas y Documentos. Washington: DC, 1985. v. 1. p. 118.

<sup>77</sup> MOREILLON, Jacques. The International Committee of the Red Cross and the protection of political detainees. *International Review of the Red Cross*, Geneva, n. 164, nov. 1974. p. 585-595.

de uma repressão política [...]”<sup>78</sup>. É importante destacar que, por meio dessa prática, o CICV acabou por intersectar, normativamente, os Direito Internacional Humanitário e o Direito Internacional dos Direitos Humanos, inclusive no que alude às formas mais evidentes de violações em períodos de exceção política<sup>79</sup>.

Conforme foi visto em linhas acima, o CICV tenha despendido preocupação em relação ao desaparecimento forçado de pessoas não soa desarrazoado. A origem da incriminação em Nuremberg se deu, expressamente, com base na declaração da Corte de que referida prática constituía uma ofensa aos direitos assegurados no artigo 46 da Convenção da Haia de 1907.

No sistema onusiano, a preocupação se iniciou em 1976 com a criação do Grupo de Trabalho *Ad Hoc* sobre a Situação dos Direitos Humanos no Chile, por resolução da então Comissão de Direitos Humanos (doravante CDH)<sup>80</sup>, à época presidida por Theo von Boren, que, durante os anos de 1976-1978, monitorou a violação dos direitos humanos naquele Estado. Em 1978, tendo os relatórios sido apresentados à AGONU, elaborados por Felix Ermacora e Waleed M. Sadi<sup>81</sup>, esta, por meio da Resolução 33/176, de 20 de dezembro, reconheceu a experiência inaugural dessa forma de fiscalização do cumprimento das obrigações decorrentes do sistema internacional dos direitos humanos, sendo que pela Resolução 33/175, de 20 de dezembro, expressamente condenou o Chile pelas graves violações reportadas nos relatórios do Grupo de Trabalho, exigindo, doutro passo, a cessação da prática do desaparecimento forçado e da tortura e a assunção da responsabilidade dos órgãos do Estado<sup>82</sup>. Na mesma Sessão, a AGONU aprovou a

Resolução 33/173, pela qual concitou que todos os Estados tomassem as medidas necessárias para a localização das pessoas desaparecidas bem como colaborassem com os organismos internacionais na concretização dessa obrigação.

Nesse mesmo ano, a CDH se manifestou, pela primeira vez, num caso concreto pertinente ao desaparecimento forçado, por meio de reclamação proposta pela esposa e filha do cidadão uruguaio Eduardo Bleier, cujo relato ficou assim consignado no Relatório Novak:

as autoras da comunicação sustentavam que em outubro de 1975 o Sr Bleier, ex-membro do proscrito Partido Comunista, fora detido pelas autoridades uruguaias sem uma ordem judicial em Montevideu, permanecendo incomunicável em um local de detenção desconhecido. Mesmo que as autoridades não reconhecessem sua detenção, ela foi indiretamente confirmada porque o seu nome apareceu numa lista de presos que era lida uma vez por semana numa dependência militar em Montevideu, onde a sua família entregava roupa para ele e recebia as sujas. Vários detidos que estiveram reclusos com o Sr Bleier deram depoimentos independentes, mas coincidentes sobre as cruéis torturas a que fora submetido. O Comitê considerou que ocorreu violação dos artigos 7, 9 e do parágrafo primeiro do artigo 10 do Pacto e que havia “graves razões para crer que as autoridades uruguaias haviam cometido a violação extrema do artigo 6”. O Comitê exortou ao Governo do Uruguai a “adotar medida eficazes a fim de i) descobrir a sorte do que havia ocorrido com Eduardo Bleier desde outubro de 1975, castigar a toda pessoas que fosse culpado por sua morte, desaparecimento ou maltrato, e pagar indenização a Eduardo Bleier ou a sua família por todo dano de que ele tenha sido vítima, y ii) garantir de que não ocorreriam violações similares no futuro<sup>83</sup>.

Essa decisão da CDH serviu de *leading case* para os demais casos de desaparecimento forçado que lhe fo-

<sup>78</sup> TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. *Tratado de Direito Internacional de Direitos Humanos*. 2. ed. Porto Alegre: SAFE, 2003. v. 1. p. 343.

<sup>79</sup> TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. *Tratado de Direito Internacional de Direitos Humanos*. 2. ed. Porto Alegre: SAFE, 2003. v. 1. p. 349, 355.

<sup>80</sup> Como o mandato era anual, ele foi sucessivamente renovado nos anos de 1977 e 1978. A CDH fora constituída através do 1º PFPID-CP, foi o organismo responsável pela fiscalização do cumprimento das obrigações decorrentes do PIDCP. Em 2006, a AGONU, através da Resolução 60/251, de 03 de abril de 2006, criou o CDHONU.

<sup>81</sup> UNITED NATIONS. Consejo Economico y Social. Comisión de Derechos Humanos. *Los Derechos Civiles y Políticos, en Particular Las Cuestiones Relacionadas con las Desapariciones y las Ejecuciones Sumarias*: Informe presentado por el Sr. Manfred Novak 8 enero de 2002. Disponível em: [http://repository.un.org/bitstream/handle/11176/238736/E\\_CN.4\\_2002\\_71-ES.pdf?sequence=6&isAllowed=y](http://repository.un.org/bitstream/handle/11176/238736/E_CN.4_2002_71-ES.pdf?sequence=6&isAllowed=y). Acesso em: 20 mar. 2015.

<sup>82</sup> “[...] 1. *Express* its continued indignation that violations of hu-

man rights, often of a grave nature, continue to take place in Chile, as has been convincingly established by the report of the *Ad Hoc* Working Grupo b the Situation of Human Rights in Chile; 2. *Express* also its particular concern and dismay at the refusal of the Chilean authorities to accept responsibility or account for the large number of person reported to have disappeared for political reasons, or undertake an adequate investigation of cases drawn to their attention [...]”. UNITED NATIONS. General Assembly. *Resolution 33/175: Protection on Human Rights in Chile*, 20 December 1978. Disponível em: [http://www.un.org/en/ga/search/view\\_doc.asp?symbol=A/RES/33/175](http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/33/175). Acesso em: 20 mar. 2015.

<sup>83</sup> UNITED NATIONS. Consejo Economico y Social. Comisión de Derechos Humanos. *Los Derechos Civiles y Políticos, en Particular Las Cuestiones Relacionadas con las Desapariciones y las Ejecuciones Sumarias*: Informe presentado por el Sr. Manfred Novak 8 enero de 2002. Disponível em: [http://repository.un.org/bitstream/handle/11176/238736/E\\_CN.4\\_2002\\_71-ES.pdf?sequence=6&isAllowed=y](http://repository.un.org/bitstream/handle/11176/238736/E_CN.4_2002_71-ES.pdf?sequence=6&isAllowed=y). Acesso em: 20 mar. 2015. p. 13.

ram submetidos<sup>84</sup>, devendo-se considerar, entretanto, que, assim como a CIDH no caso Velazquez Rodrigues, ela condenou os Estados com fundamentos nos direitos assegurados no Pacto Internacional de Direito Civil e Políticos ante a ausência de uma norma internacional que tratasse especificamente do desaparecimento forçado de pessoas.

Assim, referida prática violaria o direito à proteção judicial (artigo 2, 3), à vida (artigo 6), à proibição de tortura e tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes (artigo 7), os direitos à liberdade e à segurança pessoais (artigo 9), o direito dos detidos de serem tratados com a dignidade (artigo 10), o direito ao reconhecimento da personalidade jurídica (artigo 16) e o direito das crianças às medidas especiais de proteção (artigo 24), do que decorreu a caracterização do desaparecimento forçado como um ilícito pluriofensivo.

Como medida necessária, portanto, para colmar essa lacuna normativa, em 1979 a Subcomissão de Prevenção de Discriminações e Proteção das Minorias (doravante SPDPM) sugeriu que se criasse um grupo de experts para se obterem informações sobre casos de desaparecimentos forçados e manter contato com os familiares e governos, bem como sugeriu a elaboração de um projeto de recurso internacional espelhado no modelo do *habeas corpus*. Em razão dessa manifestação, a CDH instituiu o Grupo de Trabalho sobre Desaparecimentos Forçados ou Involuntários (doravante GTSDFI), cuja atuação, nos anos sucessivos, se constituiu em importante instrumento de investigação de casos de desaparecimento forçado, bem como na formação de experts que, em face das experiências adquiridas, opinaram, por volta de meados da década de 1980, pela criação de uma convenção internacional específica para prevenir e punir a prática<sup>85</sup>.

<sup>84</sup> Quinteros Almeida v. Uruguay, de 21 de julho de 1983, Sanjuán Arévalo v. Colômbia, de 3 de novembro de 1989 e Monica v. República Dominicana, de 15 de julho de 1994. apud UNITED NATIONS. Consejo Economico y Social. Comisión de Derechos Humanos. *Los Derechos Civiles y Políticos, en Particular Las Cuestiones Relacionadas con las Desapariciones y las Ejecuciones Sumarias*: Informe presentado por el Sr. Manfred Novak 8 enero de 2002. Disponível em: [http://repository.un.org/bitstream/handle/11176/238736/E\\_CN.4\\_2002\\_71-ES.pdf?sequence=6&isAllowed=y](http://repository.un.org/bitstream/handle/11176/238736/E_CN.4_2002_71-ES.pdf?sequence=6&isAllowed=y). Acesso em: 20 mar. 2015. p. 13-14.

<sup>85</sup> TYLER, Wilder. Antecedentes Del Proceso de Elaboración del Proyecto de Convención Internacional para la Protección de Todas las Personas Contra las Desapariciones Forzadas. *Revista Por el Imperio del Derecho*, Lima, v. 62-63 (Impunidad, Crimen de Lesa Humanidad, Desaparación Forzada), jul. 2001. p. 66-67.

No mesmo sentido de se criar uma convenção específica sobre o desaparecimento forçado, foi adotada por diversas ONG's, especificamente na América Latina, em especial a partir dos trabalhos desenvolvidos pela Federación Latinoamericana de Familiares de Detenidos Desaparecidos (doravante FEDEFAM) e o Grupo de Iniciativa, e pelo Colectivo de Abogados José Alvear Restrepo (doravante CAJAR).

Aqueles dois primeiros, após a realização de várias reuniões preparatórias havidas durante os anos iniciais da década 1980, em que a FEDEFAM elaborou um projeto de convenção tendo como modelo a Convenção sobre Genocídio, convocaram um Congresso Internacional em Buenos Aires, em 1988, do qual surgiu um novo projeto de convenção, que foi apresentado à AGOEA. Entretanto, esse órgão já havia comissionado à COMIDH, em 1987, a elaboração do Projeto de Convenção, que em 1988 o apresentou. Já o projeto elaborado pela CAJAR foi encaminhado ao GTSDFI e à CDH<sup>86</sup>.

Embora referidos projetos não tenham sido aproveitados por seus destinatários, é importante verificar que a sociedade civil latino-americana buscou, de diversos modos, contribuir e influir no processo de aprovação de institutos específicos para o enfrentamento do desaparecimento forçado de pessoas no contexto regional e internacional.

O primeiro rascunho daquilo que viria a se constituir na CIPPTPCDF foi inicialmente discutido pela SPDPM e do GTSDFI com base no projeto elaborado por Louis Joinet, o qual, uma vez tendo sido apresentado à AGONU em 1986, não lhe deu prosseguimento, uma vez que se entendeu que se faziam necessárias melhores definições conceituais acerca do fenômeno, suas implicações internacionais, dentre outras exigências<sup>87</sup>.

É importante destacar que tanto a OEA como a ONU, em razão mesmo do período histórico em que a sociedade internacional ainda se encontrava — a guerra

<sup>86</sup> TYLER, Wilder. Antecedentes Del Proceso de Elaboración del Proyecto de Convención Internacional para la Protección de Todas las Personas Contra las Desapariciones Forzadas. *Revista Por el Imperio del Derecho*, Lima, v. 62-63 (Impunidad, Crimen de Lesa Humanidad, Desaparación Forzada), jul. 2001. p. 68-69.

<sup>87</sup> TYLER, Wilder. Antecedentes Del Proceso de Elaboración del Proyecto de Convención Internacional para la Protección de Todas las Personas Contra las Desapariciones Forzadas. *Revista Por el Imperio del Derecho*, Lima, v. 62-63 (Impunidad, Crimen de Lesa Humanidad, Desaparación Forzada), jul. 2001. p. 69.

fria somente “terminaria” em 1989 —, e sendo órgãos políticos por definição, se encontravam em estágio de letargia quanto à adoção ou de textos convencionais, e no caso da ONU, mesmo de uma declaração que condenasse, em nível programático, o desaparecimento forçado.

Nesse sentido, a CIDH contribui, de forma significativa, com esse processo histórico de proscição do desaparecimento forçado de pessoas, especialmente com base no primeiro caso contencioso julgado pela Corte, *Velásquez Rodríguez vs Honduras*. Nesse *leading case*, com decisão de mérito de 29 de julho de 1988, a CIDH fixou diversos parâmetros que orientariam não somente a sua posterior jurisprudência acerca do desaparecimento forçado, em particular, e das violações sistemáticas dos direitos humanos, em geral, como também se constituiu em uma decisão paradigmática para os demais organismos e Tribunais de direitos humanos. Os parâmetros normativos são os seguintes<sup>88</sup>:

1) o desaparecimento forçado constitui-se numa grave violação aos direitos humanos decorrente das cláusulas de respeitar e fazer respeitar presentes no artigo 1º da CADH. Respeitar pelo Estado e seus órgãos; fazer respeitar por grupos que atuem sob a ordem, instigação ou mesmo em razão de omissão do Estado. Em outros termos, essas cláusulas estabelecem aquilo que se pode denominar de eficácias vertical e horizontal (*Drittwirkung*) dos direitos humanos;

2) trata-se de violação pluriofensiva de direitos garantidas pela convenção, especificamente o direito à vida, o direito à liberdade, o direito à inviolabilidade pessoal, o direito a não ser submetido à tortura, tratamento desumano, degradante ou cruel, direito à prestação jurisdicional e direito aos meios recursais de controle da ilegalidade<sup>89</sup>;

3) trata-se de crime permanente, cuja consumação se protraí até o momento em que se estabeleça o destino ou o paradeiro da vítima<sup>90</sup>.

4) é inadmissível a excludente de antijuridicidade de cumprimento de ordens superiores<sup>91</sup>;

5) o Estado tem o dever convencional de apurar, e eventualmente, exercer a persecução penal contra todos os responsáveis por referida prática enquanto perdurar o desaparecimento da vítima<sup>92</sup>.

A adoção dos três principais instrumentos sobre o tema — a DPPTPCDF, de 1993, a CIPPTPCDF, de 2006, e a CISDFP, de 1994 — tiveram os seguintes percursos:

a) no Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos, a CISDFP<sup>93</sup>, como visto acima, se originou de um projeto de convenção internacional elaborado pela COMIDH a partir do comissionamento feito

<sup>88</sup> CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Case of Velásquez-Rodríguez v. Honduras*. Judgement July 29, 1988 (Merits). Disponível em: [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_04\\_ing.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_04_ing.pdf). Acesso em: 20 jul. 2004. *passim*.

<sup>89</sup> “La desaparición forzada de seres humanos constituye una violación múltiple y continuada de numerosos derechos reconocidos en la Convención y que los Estados Partes están obligados a respetar y garantizar”. CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Case of Velásquez-Rodríguez v. Honduras*. Judgement July 29, 1988 (Merits). Disponível em: [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_04\\_ing.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_04_ing.pdf). Acesso em: 20 jul. 2004. p. 32.

<sup>90</sup> “El deber de investigar hechos de este género subsiste mientras se mantenga la incertidumbre sobre la suerte final de la persona desaparecida. Incluso en el supuesto de que circunstancias legítimas del orden jurídico interno no permitieran aplicar las sanciones correspondientes a quienes sean individualmente responsables de delitos de esta naturaleza, el derecho de los familiares de la víctima de conocer cuál fue el destino de ésta y, en su caso, dónde se encuentran sus restos, representa una justa expectativa que el Estado debe satisfacer con los medios a su alcance.” CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Case of Velásquez-Rodríguez v. Honduras*. Judgement July 29, 1988 (Merits). Disponível em: [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_04\\_ing.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_04_ing.pdf). Acesso em: 20 jul. 2004. p. 38.

<sup>91</sup> “No escapa a la Corte que el ordenamiento jurídico de Honduras no autorizaba semejantes acciones y que las mismas estaban tipificadas como delitos según el derecho interno. Tampoco escapa a la Corte que no todos los niveles del poder público de Honduras estaban necesariamente al tanto de tales actuaciones ni existe constancia de que las mismas hayan obedecido a órdenes impartidas por el poder civil”. CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Case of Velásquez-Rodríguez v. Honduras*. Judgement July 29, 1988 (Merits). Disponível em: [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_04\\_ing.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_04_ing.pdf). Acesso em: 20 jul. 2004. p. 38.

<sup>92</sup> “El Estado está en el deber jurídico de prevenir, razonablemente, las violaciones de los derechos humanos, de investigar seriamente con los medios a su alcance las violaciones que se hayan cometido dentro del ámbito de su jurisdicción a fin de identificar a los responsables, de imponerles las sanciones pertinentes y de asegurar a la víctima una adecuada reparación”. CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Case of Velásquez-Rodríguez v. Honduras*. Judgement July 29, 1988 (Merits). Disponível em: [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_04\\_ing.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_04_ing.pdf). Acesso em: 20 jul. 2004. p. 36.

<sup>93</sup> TYLER, Wilder. Antecedentes Del Proceso de Elaboración del Proyecto de Convención Internacional para la Protección de Todas las Personas Contra las Desapariciones Forzadas. *Revista Por el Imperio del Derecho*, Lima, v. 62-63 (Impunidad, Crimen de Lesa Humanidad, Desaparición Forzada), jul. 2001. p. 69-70.

pela AGOEA em 1987 através da AG/RES 890 (XVII-0/87)<sup>94</sup>, cujo resultado foi apresentado em 1988<sup>95</sup>. Entretanto, a discussão desse projeto “estancou”, especialmente em razão das alterações sugeridas pelo Comitê de Assuntos Jurídicos e Políticos/Organização dos Estados Americanos, que acolhendo as contribuições dos Estados, chegou a cogitar na admissão da excludente de antijuridicidade da obediência devida a superior hierárquico. Entretanto, tendo a AGONU aprovado o texto da DPP/PCDF em 1993, bem como a admissão pela OEA da intervenção de uma coalização de ONGs de direitos humanos, esses fatos permitiram revitalizar o processo de discussão, cuja culminação se deu no 24º Período Ordinário de Sessão, ocorrido em Belém do Pará entre os dias 6 a 10 de junho de 1994 através da AG/RES 1256 (XXIV-0/94), que aprovou o texto convencional<sup>96</sup>.

A partir da aprovação da CISDFP, a CIDH passou a decidir os casos sobre desaparecimento forçado tendo como parâmetro normativo o estabelecido na convenção, sendo a primeira decisão nesse sentido a tomada no caso *Goiburú* e outros *versus* Paraguai, de 22 de setembro de 2006<sup>97</sup>:

1) o desaparecimento forçado não poderá ser considerado um crime político, estando sujeito, nesse sentido, ao regime de extradição, devendo os Estados, em atenção ao Princípio *aut Dedere aut Judicare*, exercer a

persecução penal dos acusados conforme o seu ordenamento jurídico caso os mesmos se encontrem em território diverso daqueles em que o crime tenha sido praticado, ou extraditá-los para o Estado *loci delicti* ou outro que se julgue competente para fazê-lo;

2) os acusados somente poderão ser julgados pelas instâncias jurisdicionais comuns do Estado, com exclusão de toda e qualquer jurisdição especial, em particular a militar. Os fatos constitutivos do desaparecimento forçado de pessoas não poderão ser considerados como exercício das funções militares. São inadmissíveis privilégios, imunidades, graças ou anistias, sem prejuízo daquelas decorrentes das relações diplomáticas;

3) os Estados têm o dever internacional de tipificar o referido comportamento em seus ordenamentos internos, segundo os standards internacionais decorrentes do Direito Internacional.

B) Já no sistema onusiano, entre os anos de 1993 e 2006, promulgaram-se dois importantes instrumentos sobre o desaparecimento forçado, respectivamente, a DP/PCDF e a CIP/PCDF.

O texto da Declaração de 1993 teve como principal fator de adoção o fato de a ICJ ter liderado uma coalização de ONGs de direitos humanos para, atuando junto à SPDPM, impulsionar a adoção de um texto. Assim, a ICJ convocou um Seminário Internacional em 1991 no qual se reuniram membros da SPDPM, do GTSDFI e ONGs de representantes de familiares de desaparecidos do qual resultou o projeto de declaração que foi submetido ao SPDPM por seu expert Miguel Afonso Martínez que, tendo sido aprovado, foi remetido aos demais órgãos da ONU para apreciação e aprovação<sup>98</sup>. Nesse sentido, a CDH estabeleceu um Grupo Aberto Interseccional para aperfeiçoar o projeto já apresentado, e que, em razão da intervenção dos Estados, foi mitigado em alguns pontos importantes, o que permitiu, no entanto, a obtenção de consenso para a aprovação, pela AGONU, da DPP/PCDF através da Resolução 47/133, de 12 de fevereiro de 1993.

Já o processo de criação da CIP/PCDF teve início em 1994 com a divulgação, pela Anistia Internacional, de um estudo comparado entre os textos da CISDFP

<sup>94</sup> “11. Solicitar aos Estados membros que apresentem à Comissão Interamericana de Direito Humanos, até 30 de junho de 1988, observações e comentário sobre sua iniciativa construtiva de preparar um projeto de convenção para prevenir e punir os desaparecimentos forçados, a fim de que a Comissão possa apresentar ao próximo período ordinário de sessões da Assembleia Geral um projeto de convenção sobre a matéria”. OAS. Assembleia Geral. AG/RES. 890 (XVII-0/87): Informe anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. In: OAS. Assembleia Geral. *Décimo Sétimo Período Ordinário de Sessões, 9-14 Novembro de 1987*: Textos Autenticados das Resoluções. Washington: DC, 1988. v. 1. p. 59.

<sup>95</sup> OAS. Assembleia Geral. AG/RES 950 (XVIII-0/88): Relatório Anual da Comissão Interamericana de Direitos Humanos. In: OAS. Assembleia Geral. *Décimo Oitavo Período Ordinário de Sessões, 14-19 de Novembro de 1988*: Atas e Documentos. Washington: DC, 1989. v. 1. p. 87.

<sup>96</sup> OAS. Assembleia Geral. AG/RES. 1256 (XXIV-0/94): Convenção Interamericana sobre Desaparecimento Forçado de Pessoas. In: OAS. Assembleia Geral. *Vigésimo Quarto Período Ordinário de Sessões, 6-10 Junho de 1984*: Textos Autenticados das Declarações e Resoluções. Washington: DC, 1994. v. 1.

<sup>97</sup> CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Goiburú y otros v. Paraguay*, Sentencia de 22 septiembre de 2006 (Fondo). Disponível em: [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_153\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_153_esp.pdf). Acesso em: 20 out. 2008. passim.

<sup>98</sup> TYLER, Wilder. Antecedentes Del Proceso de Elaboración del Proyecto de Convención Internacional para la Protección de Todas las Personas Contra las Desapariciones Forzadas. *Revista Por el Imperio del Derecho*, Lima, v. 62-63 (Impunidad, Crimen de Lesa Humanidad, Desaparación Forzada), jul. 2001. p. 70-72.

e da DPPTPCDF objetivando. Nesse sentido, a apresentação de um pré-projeto a ser discutido pela ONU, dando especial ênfase em três pontos essenciais: a) a tipificação do desaparecimento forçado como um crime contra a humanidade, b) a tipificação do comportamento, com identificação o mais clara possível dos bens jurídicos violados pela prática, em especial a sua diferenciação em relação a outras formas de privação arbitrária da liberdade como o sequestro ou a detenção ilegal, e c) a criação de mecanismos que permitissem, de um lado, instituir critérios de prevenção, e de outro lado, de atuação direta na proteção de pessoas submetidas ao desaparecimento forçado e de fiscalização dos Estados no cumprimento das obrigações derivadas da convenção. Em 1996, 1997 e 1998, foram convocados seminários internacionais com a participação da Anistia Internacional, da ICJ, organismos da ONU e demais ONGs internacionais, para discutir e aperfeiçoar o projeto inicialmente apresentado à SPDPM por Louis Joinet, cujo resultado foi, nesse último ano, remetido à CDH, a qual, em 1999, remeteu-o ao SGONU para que esta o submetesse aos Estados-partes da organização.

Um tópico importante nesse contexto foi a aprovação, na Conferência de Roma que aprovou o ETPI em 1998, o fato de o estatuto prever, expressamente, o desaparecimento forçado de pessoas como um forma de crime contra a humanidade, dissentindo, dessa forma, do tratamento dado anteriormente pelos estatutos dos tribunais *ad hoc*<sup>99</sup>, o que reforçou a necessidade de a sociedade internacional adotar um instrumento universal específico sobre o tema<sup>100</sup>. A tipificação adotada pelo ETPI inspirou-se no conceito previsto na DPP-TPCDF<sup>101</sup>.

Contribuiu, decisivamente, para tanto a persistência da CDH que, em 2002, encontrando apoio do Conselho Econômico e Social da Organização das Nações Unidas, obteve a convalidação, pela Resolução 2001/221 desse

órgão, da criação do Grupo de Trabalho responsável por atuar, em conjunto com a sociedade civil, Estados e demais organismos internacionais, na elaboração do projeto de convenção. Nesse mesmo ano, a CDH nomeou a Manfred Nowak, expert independente em violações em direito humanos, para elaborar o relatório sobre a necessidade de se adotar uma convenção específica, mormente em razão da natureza declaratória e programática da DPPTPCDF, conhecido como Relatório Nowak, o qual consignou, em suas conclusões, que<sup>102</sup>

as insuficiências do atual marco jurídico-internacional esboçadas no presente informe apontam claramente para a necessidade de contar com “um instrumento normativo juridicamente vinculante para a proteção de todas as pessoas contra os desaparecimentos forçados” [...]. Dito instrumento poderia revestir-se na forma de um tratado especial de direitos humanos, o projeto de convenção internacional para a proteção de todas as pessoas contra os desaparecimentos forçados, um protocolo facultativo do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos ou um protocolo facultativo à Convenção contra a Tortura.

O Grupo de Trabalho, que iniciou o seu funcionamento em 2003 sob a presidência do diplomata francês Bernard Kessedjian, trabalhou por quase três na elaboração do projeto da convenção internacional. Em 2005 foi designada a reunião final, ocorrida entre os dias 12 e 23 de setembro de 2005, em Genebra, tendo-se obtido o consenso dos Estados quanto ao projeto final de convenção apresentado por este organismo. Assim, referido projeto

[...] foi subsequentemente adotada pelo recém-criado CDH/ONU em sua Resolução 1/1, de 29 de junho de 2006 e em 13 de novembro de 2006 pelo Terceiro Comitê da Assembleia Geral das Nações Unidas. Finalmente, em 20 de dezembro de 2006 ela foi aprovada pelo plenário da Assembleia Geral através da Resolução 61/177.

Após 25 anos de luta, as organizações de familiares de pessoas desaparecidas nomearam 2006 como “o ano da Convenção”.

Em 6 de fevereiro de 2007 a convenção foi aberta para assinatura em Paris, tendo sido assinada por 57 Estados [...].<sup>103</sup>

<sup>99</sup> TYLER, Wilder. Antecedentes Del Proceso de Elaboración del Proyecto de Convención Internacional para la Protección de Todas las Personas Contra las Desapariciones Forzadas. *Revista Por el Imperio del Derecho*, Lima, v. 62-63 (Impunidade, Crimen de Lesa Humanidad, Desaparición Forzada), jul. 2001. p. 73; SCOVAZZI, Tullio; CITRONI, Gabriella. *The struggle against enforced disappearance and the 2007 United Nations Convention*. Leiden: Martinus Nijhoff, 2007. p. 254-255.

<sup>100</sup> SCOVAZZI, Tullio; CITRONI, Gabriella. *The struggle against enforced disappearance and the 2007 United Nations Convention*. Leiden: Martinus Nijhoff, 2007. p. 255-263.

<sup>101</sup> AMBOS, Kai. *Treatise on International Criminal Law: the crimes and sentencing*. Oxford: Onxford University Press, 2014. v. 2. p. 109.

<sup>102</sup> UNITED NATIONS. Consejo Economico y Social. Comisión de Derechos Humanos. *Los Derechos Civiles y Politicos, en Particular Las Cuestiones Relacionadas con las Desapariciones y las Ejecuciones Sumarias*: Informe presentado por el Sr. Manfred Nowak 8 enero de 2002. Disponível em: [http://repository.un.org/bitstream/handle/11176/238736/E\\_CN.4\\_2002\\_71-ES.pdf?sequence=6&isAllowed=y](http://repository.un.org/bitstream/handle/11176/238736/E_CN.4_2002_71-ES.pdf?sequence=6&isAllowed=y). Acesso em: 20 mar. 2015. p. 54.

<sup>103</sup> SCOVAZZI, Tullio; CITRONI, Gabriella. *The struggle against en-*

A relevância desses instrumentos internacionais foi a de criarem, no plano do Direito Internacional dos Direitos Humanos, um direito humano autônomo<sup>104</sup> e inderrogável<sup>105</sup>, qual seja, o direito a não ser submetido ao desaparecimento forçado, posto que, até então, como já visto, ele vinha sendo sancionado na forma de uma violação a diversos dispositivos dos tratados internacionais sobre a matéria, mas também a de estabelecer, sem chances para qualquer dúvida razoável, o vínculo essencial entre este ramo e o Direito Penal Internacional, na medida em que o desaparecimento forçado de pessoas é caracterizado como um crime de caráter geral, somente alcançando o *status* de crime contra a humanidade em caso de um ataque geral e sistemático à população civil no contexto de conflitos armados internacionais ou internos.

Com efeito, o preâmbulo da CISDFP estabelece que “[...] a prática sistemática do desaparecimento forçado de pessoas constitui um *Crime de Lesa-Humanidade*” (grifo no original), importando destacar que a convenção regional antecedeu ao ETPI. Já, no preâmbulo da CIPPTPCDF, declara-se que a “[...] extrema gravidade do desaparecimento forçado, que constitui um crime e, em certas circunstâncias definidas pelo direito internacional, crime contra a humanidade”.

## 5 Considerações finais

Em sede de conclusão da pesquisa acima apresentada faz-se possível apresentar-se algumas conclusões acerca do processo histórico de incriminação do desaparecimento forçado de pessoas e sobre a sua fenome-

*forced disappearance and the 2007 United Nations Convention*. Leiden: Martinus Nijhoff, 2007. p. 262.

<sup>104</sup> Com efeito, o artigo 1, 1 da CIPPTPCDF estabelece que “Nenhuma pessoa será submetida a desaparecimento forçado”, enquanto o artigo 1, a, primeira parte, da CISDFP estabelece a obrigação de os Estados “Não praticar, nem permitir, nem tolerar o desaparecimento forçado de pessoas”.

<sup>105</sup> Conforme estabelecido no artigo 1, 2 da CIPPTPCDF “Nenhuma circunstância excepcional, seja estado de guerra ou ameaça de guerra, instabilidade política interna ou qualquer outra emergência pública, poderá ser invocada como justificativa para o desaparecimento forçado”. No mesmo sentido prescreve o artigo 1, a, segunda parte da CISDFP: “Nem mesmo em estado de emergência, exceção ou suspensão de garantias individuais”. Sobre o tema, DE OLIVEIRA, Marcus Vinícius Xavier de. Os direitos absolutos no contexto do Direito Internacional dos Direitos Humanos. *Revista de la Secretaria del Tribunal Permanente del Mercosur*, a. 7, n. 13, p. 95-119, 2019. p. 95-119.

nologia no âmbito do Direito Penal Internacional e o Direito Internacional dos Direitos Humanos.

Primeiramente, é importante, mais uma vez, afastar-se da ideia de origem comum na formação histórica da proscição do fenômeno pelos campos do Direito Penal Internacional e do Direito Internacional dos Direitos Humanos.

A proscição do desaparecimento forçado de pessoas nos dois campos se deu por modos, circunstâncias e fundamentos distintos. NO Direito Penal Internacional, inicialmente, na forma de crime de guerra; no Direito Internacional dos Direitos Humanos, como uma manifestação de uma resposta aos abusos que as ditaduras civis e/ou militares na América Latina em decorrência do conflito ideológico leste-oeste e a adoção da Doutrina da Segurança Nacional, no qual o desaparecimento forçado de pessoas se manifestou como uma prática comum contra a dissidência política.

O que parece coincidir é o resultado desses diversos processos históricos com a aprovação do ETPI e das CIPPTPCDF e da CISDFP, mas que foram precedidos pela aprovação da DPPTPCDF, sendo eles os instrumentos convencionais que permitem assegurar a existência de um direito não restringível a não ser desaparecido, bem como a existência positiva de incriminação internacional do comportamento em suas duas formas, isto é, *direct* e *indirect enforcement*.

Esse último fato decorre da qualificação internacional do desaparecimento forçado de pessoas *qua* crime internacional próprio, o que dispensa, para que ocorra a legítima persecução criminal, que ele seja internamente tipificado como crime, uma vez que a sua consumação na facticidade histórica enseja tanto a persecução direta pelo Tribunal Penal Internacional, se presentes os elementos que o tipifiquem como um crime contra a humanidade na forma do artigo 7 do ETPI, como por outros Estados por meio da jurisdição universal, o que poderá ocorrer em suas duas formas, como crime comum ou crime contra a humanidade.

Contudo, as duas convenções estabelecem, como visto, o mandado internacional de incriminação do comportamento, dando, assim, uma dimensão objetiva e positiva às obrigações de prevenção e repressão internas dos autores de desaparecimento forçado de pessoas.

Outro ponto que precisa ser indicado é que os contextos históricos que deram origem ao fenômeno, como

seja, o regime stalinista e/ou o domínio nazista nos Territórios Ocupados a partir do Decreto Noite e Névoa, bem como, no período da Guerra Fria, com o espoucar da adoção da Doutrina de Segurança Nacional no contexto latino-americano.

É fato que o desaparecimento forçado de pessoas se constitui em um “método de submetimento” da população civil e de manutenção do terrorismo de Estado. O fazer desaparecer na noite e na névoa se constitui em terrorismo de Estado cujas vítimas são, imediatamente, o sujeito-desaparecido, e imediatamente seus familiares e a sociedade civil, donde as cortes internacionais de direitos humanos considerarem que essa forma gravíssima de violação aos direitos humanos também ofende o direito ao vínculo familiar.

Talvez um dos exemplos mais significativos da gravidade do comportamento seja o fato de que, na Argentina, de Mães da Praça de Maio, que surgiu para saber do destino de seus filhos, passou-se, geracionalmente, para as Avós da Praça de Maio. E por qual motivo? Porque o desaparecido ingressa numa zona cinzenta: nem morto, nem vivo, desaparecido.

Importante lembrar, por fim, o papel importantíssimo que a jurisprudência da CIDH desempenhou para o ressurgimento da luta pela proscrição do desaparecimento forçado de pessoas, já que foi através do caso Velásquez Rodrigues *versus* Honduras de 1988 e os que se seguiram, que a sociedade civil internacional logrou reunir novas forças para a aprovação dos documentos internacionais que estabelecem a obrigação objetiva de prevenir e reprimir a prática.

## Referências

ALMEIDA, Francisco António de M. L. F. *Os crimes contra a humanidade no actual Direito Internacional Penal*. Coimbra: Almedina, 2009.

AMBOS, Kai. La desaparición forzada de personas como tipo penal autónomo: análisis comparativo-internacional y propuesta legislativa. In: AMBOS, Kai *et al.* (org.). *Desaparición forzada de personas: análisis comparativo e internacional*. Bogotá: Temis, 2009.

AMBOS, Kai. *Treatise on International Criminal Law: the crimes and sentencing*. Oxford: Oxford University Press, 2014. v. 2.

APPLEBAUM, Anne. *Gulag: a history of the soviet concentration camp*. New York: Knoph Doubleday, 2003.

ARENDT, Hannah. *As origens do totalitarismo*. São Paulo: Cia das Letras, 1989.

BASSIOUNI, M. Cherif. *Crimes against humanity: historical evolution and contemporary application*. Cambridge: Cambridge University Press, 2011.

BASSIOUNI, M. Cherif. International crimes: jus cogens and obligation erga omnes. *Law and Contemporary Problems*, v. 59, n. 4, p. 63-74, 1996.

BASSIOUNI, M. Cherif. *Introduction to International Criminal Law*. 2. ed. Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2013.

BAZELAIRE, Jean-Paul; CRETIN, Thierry. *A justiça penal internacional: sua evolução, seu futuro de Nuremberg a Haia*. Barueri: Manole, 2004.

BOBBIO, Norberto. *O problema da guerra e as vias da paz*. São Paulo: UNESP, 2003.

BOBBIO, Norberto. *O terceiro ausente: ensaios e discursos sobre a paz e a guerra*. Barueri: Manole, 2009.

BRASIL. Comissão Especial Sobre Mortos e Desaparecidos Políticos. *Direito à Memória e à Verdade: Comissão Especial sobre Mortos e Desaparecidos Políticos*. Brasília: SEDH/PR, 2007.

BRASIL. Comissão Nacional da Verdade. *Relatório: Mortos e Desaparecidos Políticos*. Brasília: CNV, 2014. v. 3.

CASSESE, Antonio. *Lineamenti di Diritto Internazionale Penale*. Bologna: Il Mulino, 2005. v. 1.

CLARIN. *Una duda histórica: no se sabe cuántos son los desaparecidos*. 2003. Disponível em: <http://edant.clarin.com/diario/2003/10/06/p-00801.htm>. Acesso em: 20 mar. 2014.

COELHO, Lauro Machado. *Anna, a Voz da Rússia: vida e obra de Anna Akhmátova*. São Paulo: Algor, 2008.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Case of Velásquez-Rodríguez v. Honduras*. Judgement July 29, 1988 (Merits). Disponível em: [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_04\\_ing.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_04_ing.pdf). Acesso em: 20 jul. 2004.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Goiburú y otros v. Paraguay*, Sentencia de

- 22 septiembre de 2006 (Fondo). Disponível em: [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_153\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_153_esp.pdf). Acesso em: 20 out. 2008.
- CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Gómez Palomino v. Peru*, Sentencia de 22 de noviembre de 2005 (Fondo). Disponível em: [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_136\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_136_esp.pdf). Acesso em: 20 out. 2008.
- CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Gordínez Cruz v. Honduras*, Sentencia de 20 de enero de 1989 (Fondo). Disponível em: [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_05\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_05_esp.pdf). Acesso em: 20 jul. 2004.
- CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Molina Theissen v. Guatemala*, Sentencia de 4 mayo de 2004 (Fondo). Disponível em: [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_106\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_106_esp.pdf). Acesso em: 20 out. 2008.
- CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. *Case concerning military and paramilitary activities in and against Nicaragua* (Nicaragua vs. United States of America), Merits, Judgment of 27 June 1986. Disponível em: <http://www.icj-cij.org/docket/?sum=367&p1=3&p2=3&case=70&p3=5>. Acesso em: 20 jan. 2006.
- DINSTEIN, Yoram. *Guerra, agressão e legítima defesa*. 3. ed. Barueri: Monele, 2004.
- EL PAÍS. *Un informe médico exige a Ríos Montt de ir a un segundo juicio*. 2015. Disponível em: [http://internacional.elpais.com/internacional/2015/07/08/actualidad/1436374484\\_749667.html](http://internacional.elpais.com/internacional/2015/07/08/actualidad/1436374484_749667.html). Acesso em: 08 jul. 2015.
- FINUCANE, Brian. Enforced disappearances as a crime under International Law: a neglected origin in the laws of war. *Yale Journal of International Law*, v. 35, n. 1, p. 171-197, 2009.
- GADDIS, John Lewis. *The cold war: a new history*. New York: The Penguin Press, 2005.
- GRAVEN, Jean. Le crimes Contre L'Humanité. *RCA-DI*, v. 76, 1950.
- GRUCHMANN, Lothar. "Nacht-und-Nebel" Justiz. Die mitwirkung deutscher Strafgerichte an der bekämpfung des Widerstandes in den Besetzten Westeuropäischen Ländern 1942-1944". *Jahrgang*, v. 29, Heft 3, p. 342-396, 1981. Disponível em: [http://www.ifz-muenchen.de/heftarchiv/1981\\_3\\_2\\_gruchmann.pdf](http://www.ifz-muenchen.de/heftarchiv/1981_3_2_gruchmann.pdf). Acesso em: 20 jan. 2012.
- JACKSON, Richard; MURPHY, Eamon; POYNTING, Scott. Terrorism, the State and the study of political terror. In: JACKSON, Richard; MURPHY, Eamon; POYNTING, Scott (org.). *Contemporary State terrorism: theory and practice*. London: Routledge, 2010.
- JAPIASSU, Carlos Eduardo Adriano. *O Tribunal Penal Internacional: a internacionalização do Direito Penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.
- JORDA, Claude. Valores Comuns da Humanidade: o ponto de vista jurídico. In: CASSESSE, Antonio; DELMAS-MARTY, Mireille. *Crimes Internacionais e Jurisdições Internacionais*. Barueri: Manole, 2004. p. 75.
- KENEZ, Peter. *A history of the Soviet Union from the beginning to the end*. 2.ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2006.
- LANDESZENTRALE FÜR POLITISCHE BILDUNG RHEINLAND-PFALS. *Die Gedenkstätte SS-Sonderlager/KZ Hinzert*. Disponível em: <http://politische-bildung-rlp.de//fileadmin/download/Hinzert-d.pdf>. Acesso em: 20 jan. 2014.
- MAY, Larry. *Crimes against humanity: a normative account*. Cambridge: Cambridge University Press, 2005.
- MOREILLON, Jacques. The International Committee of the Red Cross and the protection of political detainees. *International Review of the Red Cross*, Geneva, n. 164, nov. 1974.
- OAS. Assembleia General. AG/RES. 742 (XIV-0/84): Informe anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. In: OAS. Assembleia General. *Décimo cuarto Período Ordinario de Sesiones, 12-17 Noviembre de 1984: Actas y Documentos*. Washington: DC, 1985. v. 1.
- OAS. Assembleia General. AG/RES. 890 (XVII-0/87): Informe anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. In: OAS. Assembleia General. *Décimo Séptimo Período Ordinário de Sessões, 9-14 Novembro de 1987: Textos Autenticados das Resoluções*. Washington: DC, 1988. v. 1.
- OAS. Assembleia Geral. AG/RES 950 (XVIII-0/88): Relatório Anual da Comissão Interamericana de Direitos Humanos. In: OAS. Assembleia Geral. *Décimo Oitavo Período Ordinário de Sessões, 14-19 de Novembro de 1988: Atas e Documentos*. Washington: DC, 1989. v. 1.

- OAS. Assembleia Geral. AG/RES. 1256 (XXIV-0/94): Convenção Interamericana sobre Desaparecimento Forçado de Pessoas. In: OAS. Assembleia Geral. *Vigésimo Quarto Período Ordinário de Sessões, 6-10 Junho de 1984: Textos Autenticados das Declarações e Resoluções*. Washington: DC, 1994. v. 1.
- OAS. Comissão Interamericana de Direitos Humanos. *Informe anual de Comisión Interamericana de Derechos Humanos 1977*. Parte II: Campos en los cuales han de tomarse medidas para dar mayor vigencia los derechos humanos, conforme lo prescribe la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/annualrep/77sp/sec.2b.htm>. Acesso em: 20 mar. 2014.
- OAS. General Assembly. AG/RES. 666 (XIII-0/83), adopted at the seventh plenary session held on November 18, 1983. In: OAS. General Assembly. *Thirteenth Regular Session, November 14-18, 1983: Proceedings*. Washington: DC, 1983. v. 1.
- OLIVEIRA, Marcus Vinícius Xavier de. Os direitos absolutos no contexto do Direito Internacional dos Direitos Humanos. *Revista de la Secretaría del Tribunal Permanente del Mercosur*, a. 7, n. 13, p. 95-119, 2019.
- PÁGINA 12. *Luto en el infierno: murió Saint Jean, el que quería matar a todos*. 2012. Disponível em: <http://www.pagina12.com.ar/diario/ultimas/20-205033-2012-10-06.html>. Acesso em: 06 out. 2012.
- PASTOR RIDRUEJO, Jose Antonio. *Curso de Derecho Internacional Público y Organizaciones Internacionales*. 14. ed. Madrid: Tecnos, 2014.
- PESSOA, Mário. *O Direito da segurança nacional*. Rio de Janeiro: Biblioteca do Exército; São Paulo: RT, 1971.
- PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e Justiça Internacional*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.
- POLIAN, Pavel. *Against their will: the history and geography of forced migrations in the URSS*. Budapest: Central European University Press, 2004.
- RAMOS, André de Carvalho. *Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.
- REPÚBLICA ARGENTINA. *Nunca más!* Informe CONADEP, Septiembre de 1984. Disponível em: <http://www.desaparecidos.org/nuncamas/web/investig/articulo/nuncamas/nmas2a01.htm>. Acesso em: 20 set. 2011.
- REPÚBLICA DE CHILE. Programa de Derechos Humanos. Ministerio del Interior y Seguridad Pública. *Informe de la Comisión Presidencial Asesora para la Calificación de Detenidos Desaparecidos, Ejecutados Políticos y Víctimas de Prisión Política y Tortura*. Disponível em: <http://www.ddhh.gov.cl/filesapp/informecomisionfase2.pdf>. Acesso em: 20 mar. 2015.
- ROXIN, Claus. *Derecho Penal: parte general*. Madrid: Civitas, 1997. v. 1.
- ROXIN, Claus. *Política criminal y sistema de Derecho Penal*. 2. ed. Buenos Aires: Hammurabi, 2002.
- SANTOS, Marcelo. *O poder norte-americano e a América Latina no pós-guerra fria*. São Paulo: Annablume-FAPESP, 2007.
- SCOVAZZI, Tullio; CITRONI, Gabriella. *The struggle against enforced disappearance and the 2007 United Nations Convention*. Leiden: Martinus Nijhoff, 2007.
- SEOANE, Maria; MULEIRO, Vicente. *El Dictador: la historia secreta y pública de Jorge Rafael Videla*. Buenos Aires: Sudamerica, 2001.
- SOLZHENITSYN, Aleksandr. *Archipiélago Gulag (1918-1956)*. Barcelona: Tusquets Editores, 1998.
- THEISSEN, Ana Lucrecia Molina. La desaparición forzada de personas en América Latina. In: TRINDADE, Antônio Augusto Cançado *et al.* (org.). *Estudios básicos de Derechos Humanos VII*. San José, C. R: Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1996.
- TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA A EX IUGOSLÁVIA. Trial Chamber. *Prosecutor vs. Zoran Krupeski et all (Lasva Valley)*. Disponível em: <http://www.icty.org/x/cases/kupreskic/tjug/en/kup-tj000114e.pdf>. Acesso em: 16 jan. 2016.
- TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. *Tratado de Direito Internacional de Direitos Humanos*. 2. ed. Porto Alegre: SAFE, 2003. v. 1.
- TYLER, Wilder. Antecedentes Del Proceso de Elaboración del Proyecto de Convención Internacional para la Protección de Todas las Personas Contra las Desapariciones Forzadas. *Revista Por el Imperio del Derecho*, Lima, v. 62-63 (Impunidad, Crimen de Lesa Humanidad, Desaparición Forzada), jul. 2001.
- UNITED NATIONS. Consejo Economico y Social. Comisión de Derehos Humanos. *Los Derechos Civiles y Políticos, en Particular Las Cuestiones Relacionadas con las*

*Desapariciones y las Ejecuciones Sumarias*: Informe presentado por el Sr. Manfred Novak 8 enero de 2002. Disponível em: [http://repository.un.org/bitstream/handle/11176/238736/E\\_CN.4\\_2002\\_71-ES.pdf?sequence=6&isAllowed=y](http://repository.un.org/bitstream/handle/11176/238736/E_CN.4_2002_71-ES.pdf?sequence=6&isAllowed=y). Acesso em: 20 mar. 2015.

UNITED NATIONS. General Assembly. *Resolution 33/175*: Protection on Human Rights in Chile, 20 December 1978. Disponível em: [http://www.un.org/en/ga/search/view\\_doc.asp?symbol=A/RES/33/175](http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/33/175). Acesso em: 20 mar. 2015.

UNITED NATIONS. General Assembly. *Resolution 47/133*: Declaration on the Protection of All Persons from Enforced Disappearance, 12 February 1993. Disponível em: [http://www.un.org/en/ga/search/view\\_doc.asp?symbol=A/RES/47/133](http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/47/133). Acesso em: 20 fev. 2011.

UNITED NATIONS. *United Nations War Crimes Commission*: Law reports of trials of war crimes: The German High Command Trial. London: The United Nations War Crimes Commission, 1949. v. 12.

UNITED NATIONS. *United Nations War Crimes Commission*: Law reports of trial war crimes. London: The United Nations War Crimes Commission, 1948. v. 6.

UNITED STATES OF AMERICA. International Military Tribunal Nuremberg. *Trial of the major war criminals before the International Military Tribunal*: Official Documents. Nuremberg: IMTN, 1947. v. 1.

UNITED STATES OF AMERICA. Nuremberg Military Tribunals. *Trials of war criminals before the Nuremberg Military Tribunals under Control Council Law n. 10: The Justice Case*. Washington: Government Printing Office, 1951. v. 3.

VITKAUSKAITE-MEURICE, Dalia; ŽILINSKAS, Justinas. The Concept of Enforced Disappearances in International Law. *Jurisprudencija*, v. 2, p. 197-214, 2010.

WERLE, Gerhardt. *Principles of International Criminal Law*. Hague: T.M.C. Asser Press, 2009.

WERTH, Nicolas. The mechanism of a mass crime: the great terror in the Soviet Union, 1937-1938. In: GALATELLY, Robert; KIERNAN, Ben (org.). *The specter of Genocide*: mass murder in the historical perspective. Cambridge: Cambridge University Press, 2003.

YALE UNIVERSITY. Avalon Project. *Night and Fog Decree [Nacht und Nebel Erlass]*. Disponível em: <http://avalon.law.yale.edu/imt/l-90.asp>. Acesso em: 20 jan. 2011.

Para publicar na Revista de Direito Internacional, acesse o endereço eletrônico  
[www.rdi.uniceub.br](http://www.rdi.uniceub.br) ou [www.brazilianjournal.org](http://www.brazilianjournal.org).  
Observe as normas de publicação, para facilitar e agilizar o trabalho de edição.