

A INVESTIGAÇÃO PENAL DOS CRIMES DE SEQÜESTRO, HOMICÍDIO E OCULTAÇÃO DE CADÁVER NA GUERRILHA DO ARAGUAIA: UMA CONCILIAÇÃO PARCIAL ENTRE A ADPF 153 DO STF E O CASO GOMES LUND VS. BRASIL DA CORTE IDH

Eneas Romero de Vasconcelos*

RESUMO

Durante a ditadura militar brasileira (entre 01.04.64 e 15.03.85) foram cometidos diversos crimes contra os direitos humanos. Os autores destes crimes não foram punidos em face da lei de anistia que foi considerada válida pelo STF. A Corte Interamericana de Direitos Humanos determinou a responsabilização penal dos autores dos crimes equivalentes ao desaparecimento forçado e outros crimes. O presente artigo analisa a possibilidade de aplicação do Código Penal brasileiro para a responsabilização pelo crime de seqüestro e pelos crimes conexos (homicídio e ocultação de cadáver) em face da natureza permanente do seqüestro e da não descoberta da data da consumação dos crimes conexos. Assim, alguns fatos podem ter ocorrido em data posterior a vigência da lei de anistia. Com a solução apresentada, é viável o cumprimento parcial da sentença da Corte IDH.

Palavras-Chave: Justiça de Transição. Ditadura. Crime. Seqüestro e Homicídio. Desaparecimento forçado. STF e Corte Interamericana de Direitos Humanos

1 INTRODUÇÃO

Entre 1º de abril de 1964 e 15 de março de 1985, o Brasil foi governado por militares escolhidos indiretamente,¹ que praticaram crimes contra a humanidade e outras graves violações contra os direitos humanos (como tortura, homicídio, seqüestro, censura, demissões, cassação de direitos políticos *etc*) contra os opositores do regime militar. O Brasil reconheceu oficialmente a existência de diversos desses crimes, como 354 mortes ou desaparecimentos, cerca de 20.000

* Promotor de Justiça (MP-Ce), Mestre em Direito e Estado pela Universidade de Brasília. Atualmente licenciado para realização de LL.M./doutorado na George-August Universität Göttingen. Parte da pesquisa foi desenvolvida e publicada no GLIPGö (Grupo Latino-americano de Pesquisa Penal de Göttingen) na Alemanha. Agradeço a revisão e as sugestões (da pesquisa desenvolvida no GLIPGö) de Maria Laura Böhm, Rodrigo Gonzales-Fuente Rubilar, María Cecilia Domine, Diego Tarapues Sandino (membros GLIPGö), Saulo de Matos, Lauro Joppert Swensson Junior, José Raimundo Leite Filho e Maria Noêmia Pereira Landim.

¹ Para uma compreensão política mais ampla do período militar ver: GASPARI, 2003. indicado nas referências

casos de tortura.² (BRASIL, 2007; AMNESTY INTERNATIONAL, 1976; ARQUIDIOCESE DE SÃO PAULO, 1996; CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2010)

Depois da queda do regime ditatorial e a redemocratização do país, no período de Transição, foram instituídas medidas compensatórias em favor das vítimas e para o reestabelecimento da verdade. Outras medidas tradicionalmente previstas no âmbito da Justiça de Transição,³ contudo, ainda não foram adotadas pelo Brasil, apesar do longo período já transcorrido depois da queda do regime militar.

No ordenamento jurídico nacional dos países em transição tem sido apresentadas diferentes respostas, como a responsabilização penal plena dos agentes estatais (inclusive com invalidação de leis de anistia ou sua não aplicação), responsabilização penal parcial (com ou sem a instauração de comissões de verdade) e ausência de responsabilização criminal. No direito internacional, as Cortes Internacionais especiais (como o Tribunal de Nuremberg, Tóquio e Iugoslávia), universais (Tribunal Penal Internacional) e regionais (Corte Interamericana de Direitos Humanos – Corte IDH) têm responsabilizado ou determinado a responsabilização criminal dos principais autores de crimes nucleares⁴ contra os direitos humanos.

Dentre elas, especialmente relevante na Justiça de Transição é a responsabilização criminal dos agentes estatais pelo cometimento de graves violações contra os direitos humanos. No caso brasileiro, os fatos delituosos praticados pelos militares, em sua maioria, já eram tipificados pelo Código Penal brasileiro vigente na época, como são até hoje. O principal obstáculo jurídico à responsabilização penal, contudo, foi a vigência da Lei 6.683/79, que concedeu ampla anistia para os crimes praticados durante o regime militar.

Recentemente, o Supremo Tribunal Federal do Brasil (STF) julgou constitucional, em sede de controle abstrato e concentrado de constitucionalidade, declarando a validade da lei de anistia brasileira.

Já a Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH), em novembro de 2010, em caso que fora encaminhado pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), determinou que o Brasil responsabilizasse criminalmente os autores de crimes contra os direitos humanos durante a Guerrilha do Araguaia, condenando o Brasil a:

[...]conduzir eficazmente a investigação penal dos fatos do presente caso (A Guerrilha do Araguaia), a fim de esclarecê-los, determinar as correspondentes responsabilidades penais e aplicar efetivamente as sanções e consequências que a lei disponha[...]
[...] determinar os autores materiais e intelectuais do desaparecimento

² Na sentença do caso “Gomes Lund vs. Brasil”, a Corte Interamericana de Direitos Humanos reconheceu a existência de crimes contra a humanidade durante o combate à Guerrilha do Araguaia no Regime Militar, notadamente do crime permanente de desaparecimento forçado.

³ Para um panorama da Justiça de Transição, ver a obra, em três volumes: KRITIK, Neil J. 1995 e AMBOS, K. 2009, indicada nas referências.

⁴ Para o conceito de crimes nucleares, segundo o Estatuto de Roma, ver: AMBOS, 2006, indicado nas referências

forçado das vítimas e da execução extrajudicial. Ademais, por se tratar de violações graves de direitos humanos, e considerando a natureza dos fatos e o caráter continuado ou permanente do desaparecimento forçado, o Estado não poderá aplicar a Lei de Anistia em benefício dos autores, bem como nenhuma outra disposição análoga, prescrição, irretroatividade da lei penal, coisa julgada, *ne bis in idem* ou qualquer excludente similar de responsabilidade para eximir-se dessa obrigação, nos termos dos parágrafos 171 a 179 desta Sentença.” (Corte IDH, Caso Gomes Lund e Outros (Guerrilha do Araguaia) vs. Brasil, Exceções Preliminares, Fundo, reparação e custas, Sentença série C, nº 219, de 24 de novembro de 2010, Parágrafo 256, caput e 256, b.)

A decisão da Corte IDH colide diretamente com a decisão do STF ao proibir expressamente a aplicação da ***Lei de Anistia em benefício dos autores, bem como nenhuma outra disposição análoga, prescrição, irretroatividade da lei penal, coisa julgada, ne bis in idem ou qualquer excludente similar de responsabilidade para eximir-se dessa obrigação, nos termos dos parágrafos 171 a 179 desta Sentença.***

As duas decisões colocam em choque as decisões judiciais no âmbito do direito interno e internacional. Do conflito entre ambas emerge a seguinte questão:

A sentença da Corte IDH ao determinar a responsabilização penal de autores do crime contra humanidade, notadamente o desaparecimento forçado e crimes conexos, no caso do Brasil, seqüestro, homicídio e ocultação de cadáver, é compatível com o direito interno brasileiro, notadamente na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, e pode ser cumprida imediatamente no âmbito interno?

O presente artigo ocupa-se deste problema para que se possa responder, ao final, se é admissível juridicamente na ordem jurídica brasileira nacional a imediata abertura de investigação criminal pelo crime de seqüestro (em face da equivalência típica ao desaparecimento forçado ou de sua tipificação autônoma no direito nacional) e pelos crimes conexos (especialmente homicídio e ocultação de cadáver).

2 A lei de anistia no Brasil: a decisão do STF na Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 153⁵

Durante a vigência do Estado de Exceção no Brasil, os Militares detinham controle dos demais Poderes do Estado e conseguiram perseguir sistematicamente os opositores, que foram presos, torturados, exilados, demitidos, cassados, censurados *etc.*

⁵ A Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) é uma ação proposta perante o STF com a finalidade, entre outras, de se fazer o controle concentrado e abstrado da constitucionalidade de uma norma anterior à Constituição (art. 1º, parágrafo único, I da Lei 9.882).

Para poder retornar a legalidade e viver no Brasil, movimentos de direitos civis, notadamente a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), a Associação Brasileira de Imprensa e a Confederação Nacional dos Bispos do Brasil, conseguiram aprovar em 28.08.1979, já no final do regime militar, a Lei 6.683, que conferia *ampla, geral e irrestrita* anistia para os todos os autores de crimes políticos e conexos, bem como com motivação política.

A Lei de Anistia Brasileira, desde o início da sua vigência, apesar de controvérsias, tem sido considerada válida e aplicável para todos os autores e partícipes de crimes políticos, conexos aos políticos, inclusive os praticados com motivação política, por todos os fatos ocorridos entre 2 de setembro de 1961 e 15 de agosto de 1979,⁶ o que impediu a responsabilização penal de todos os militares que praticaram crimes contra os direitos humanos contra opositores do regime na época da ditadura.

Art. 1º É concedida anistia a todos quantos, no período compreendido entre 02 de setembro de 1961 e 15 de agosto de 1979, cometeram crimes políticos ou conexos com estes, crimes eleitorais, aos que tiveram seus direitos políticos suspensos e aos servidores da Administração Direta e Indireta, de fundações vinculadas ao poder público, aos Servidores dos Poderes Legislativo e Judiciário, aos Militares e aos dirigentes e representantes sindicais, punidos com fundamento em Atos Institucionais e complementares.

§ 1º - Consideram-se conexos, para efeito deste artigo, os crimes de qualquer natureza relacionados com crimes políticos ou praticados por motivação política. (BRASIL, Lei 6.683, de 28 de agosto de 1979)

Recentemente, a lei tem sido objeto de maior controvérsia, o que levou a OAB, em 21 de outubro de 2008, a interpor no STF uma Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF)⁷ para questionar a recepção da Lei 6.683 perante a nova Constituição⁸ e para declarar que a lei de anistia não se estende aos crimes comuns praticados por agentes da repressão contra opositores do regime.⁹

O STF julgou o mérito do pedido e decidiu, por maioria de votos (7x2),¹⁰ declarar a constitucionalidade da lei de anistia com base nos seguintes argumentos, constantes da emenda e do voto do relator, Min. Eros Roberto Grau:

⁶ Em sentido contrário, negando a natureza política dos crimes comuns, notadamente dos crimes hediondos e assemelhados, os votos dissidentes na ADPF 153 dos Mins. Carlos Britto e Lewandowsky.

⁷ Sobre a ADPF ver nota 5, *supra*.

⁸ Sobre o cabimento da ADPF no caso, ver: STF, ADPF 130/DF, rel. Min. Ayres Britto, ADPF 33/PA, rel. Min. Gilmar Mendes.

⁹ A OAB interpôs uma ADPF objetivando a declaração de não recebimento pela Constituição de 1988 do disposto no § 1º do art. 1º da Lei 6.683/79 e solicitou ao STF que conferisse à lei de anistia uma interpretação conforme à Constituição de modo a declarar que a anistia concedida pela lei aos crimes políticos ou conexos não se estende aos crimes comuns praticados pelos agentes de repressão contra opositores políticos durante o regime militar.

¹⁰ O Ministro Ayres Britto, em seu voto dissidente, conferiu interpretação conforme à Constituição para excluir os crimes hediondos e assemelhados, especialmente a tortura, da aplicação da lei da anistia por não se tratarem

a) a lei de anistia é válida e abrange todos os crimes políticos e comuns conexos com os políticos, inclusive os cometidos pelos militares; b) a lei de anistia é uma lei medida (lei de efeitos concretos) e não pode ser julgada inconstitucional perante a nova ordem; 3) a lei de anistia é anterior à convenção da ONU contra a tortura e outros tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes e à lei brasileira de tortura (Lei 9.455/97) e ao art. 5º XLIII; 4) somente o legislativo teria legitimidade para reformar a lei de anistia; 5) a lei de anistia foi ratificada pela EC 26/85, emenda convocatória da Constituição e que, portanto, integra a nova ordem constitucional.¹¹ (STF, ADPF nº 153, Plenário, relator Eros Grau, publicado no DJ de 06 de ago. de 2010)

A decisão do STF, decorrente de competência originária em sede de controle de constitucionalidade concentrado, tem efeito vinculante e eficácia *erga omnes* (art. 10, § 3º da Lei 9.882/99) e torna definitiva (art. 12 da Lei 9.882/99) no direito interno a validade da lei de anistia para todos os autores e partícipes, inclusive os militares autores de crimes contra a humanidade.

3 Os direitos humanos: a ADPF 153 e a Corte IDH

Por outro lado, a CIDH, em 26 de março de 2009, antes da decisão do STF, já havia submetido para apreciação da Corte IDH o caso da Guerrilha do Araguaia¹² em face da omissão do Estado brasileiro em estabelecer todas as medidas necessárias para localizar os desaparecidos políticos, punir os autores de crimes contra os direitos humanos, estabelecer medidas plenas de compensação para as famílias das vítimas e reestabelecer a verdade das vítimas da guerrilha do Araguaia.

A Corte IDH, no exercício do controle de convencionalidade das obrigações internacionais assumidas pelo Brasil perante a Convenção, reiterou a sua jurisprudência anterior no sentido de considerar inaplicáveis para todos os fins

de crimes políticos. O Ministro Lewandowsky sustentou que a anistia não poderia abranger os crimes comuns e que a aplicação da lei da anistia em cada processo penal teria que ser feita *case by case*. (STF, ADPF, 153, ver nota 11, supra).

¹¹ Ver: STF, ADPF 153, Plenário, relator Eros Grau, 2010. Em sentido contrário, a jurisprudência da Argentina, do Uruguai, do Chile e do Peru. Para um resumo da situação ver: ALMQVIST, 2009 indicado nas referências.

¹² Dentre os ilícitos cometidos, destaca-se a guerrilha do Araguaia, episódio ocorrido no início da década de 1970 em que um grupo de jovens (em 1972 eram 70) vinculados ao Partido Comunista do Brasil estabeleceu-se na Região do Araguaia (região agrícola e rural no norte do Brasil) para organizar uma guerrilha. O Governo Militar enviou expedições com grande quantidade de militares e policiais para combater referido grupo, tendo praticado, para tanto, diversos crimes como homicídios, torturas e o seqüestro dos opositores do regime e de pessoas da região (especialmente camponeses, eventualmente envolvidos com referido grupo). O governo militar, apesar de diretamente responsável pelo desaparecimento forçado dessas pessoas, negou a prática dos crimes e os responsáveis até hoje não foram investigados. O destino de muitos dos perseguidos jamais foi revelado, apesar do reconhecimento da morte civil pela Lei 9.140/95.

as anistias ou auto-anistias concedidas por autores de crimes contra os direitos humanos em próprio favor,¹³ condenando o Estado brasileiro.

A responsabilização criminal dos autores de crimes contra os direitos humanos de acordo com o padrão de violações de direitos humanos existentes na época, especialmente do desaparecimento forçado, foi uma das medidas determinadas pela Corte IDH, que ressaltou ainda que:

o Estado (brasileiro) não poderá aplicar a Lei de Anistia em benefício dos autores, assim como nenhuma outra disposição análoga, prescrição, irretroatividade da lei penal, coisa julgada, *ne bis in idem* ou qualquer excludente similar de responsabilidade para eximir-se dessa obrigação, nos termos dos parágrafos 171 a 179 desta Sentença. (Corte IDH, Caso Gomes Lund e Outros (Guerrilha do Araguaia) vs. Brasil, Exceções Preliminares, Fundo, reparação e custas, Sentença série C, nº 219, de 24 de novembro de 2010, Parágrafo 256, b.)

A referida sentença da Corte IDH confere maior importância e atualidade à justiça de transição no Brasil¹⁴ e torna necessária a análise da possibilidade de responsabilização imediata dos autores do crime de desaparecimento forçado (ou do tipo equivalente) e dos crimes conexos (especialmente de homicídio e ocultação de cadáver) na ordem jurídica brasileira, especialmente tendo em vista a anistia, a prescrição e a irretroatividade.

3.1 O desaparecimento forçado e o seqüestro: equivalência típica

Na sentença da Corte IDH, foi determinado que o Brasil *conduzisse*

[...]eficazmente a investigação penal dos fatos do presente caso (Guerrilha do Araguaia), a fim de esclarecê-los, determinar as correspondentes responsabilidades penais e aplicar efetivamente as sanções e consequências que a lei disponha. (Corte IDH, Caso Gomes Lund e Outros (Guerrilha do Araguaia) vs. Brasil, Exceções Preliminares, Fundo, reparação e custas, Sentença série C, nº 219, de 24 de novembro de 2010, Parágrafo 256, caput, grifo nosso)

O desaparecimento forçado não se encontra tipificado no direito interno brasileiro.¹⁵ A incidência desse tipo penal enfiaria grande controvérsia em face dos

¹³ Ver os seguintes precedentes da Corte IDH: Barrio Altos vs. Perú”, 2001, “Almonacid Arellano y otros vs. Chile”, 2006, “la Masacre de la Cantuta vs. Perú”, 2006, e “la Masacre de la Rochela vs. Colômbia”, 2007.

¹⁴ Sobre a Justiça de Transição no Brasil, ver: SOARES e ZILLI, 2010. DIMOULIS; MARTINS; SWENSSON JUNIOR e NEUMANN, 2010. SOARES e KISHI, 2009, indicado nas referências.

¹⁵ O Brasil subscreveu, mas não ratificou a CIDFP

(<http://www.cidh.oas.org/Basicos/Portugues/1.Desaparecimento.Rati..htm>, acesso em 11/10/2011 às 15 h 55), e foi condenado a criminalizar o desaparecimento forçado pela Corte IDH. Foi apresentado, em seguida, o Projeto de Lei 245/2011 no Senado para tipificar esse delito atualmente na Comissão de Constituição e Justiça. Ver: http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=100177, acesso em 11/10/2011 às 11 h

princípios da irretroatividade da lei penal e da legalidade: art. 5º, XXXIX “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal “ e XL “a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu;” da CF/88.

Na ordem internacional, o crime de desaparecimento forçado encontra-se previsto pela Convenção Interamericana sobre Desaparecimento Forçado (CIDFP)

Art. 2º Para os efeitos desta Convenção, entende-se por desaparecimento forçado a privação de liberdade de uma pessoa ou mais pessoas, seja de que forma for, praticada por agentes do Estado ou por pessoas ou grupos de pessoas que atuem com autorização, apoio ou consentimento do Estado, seguida de falta de informação ou da recusa a reconhecer a privação de liberdade ou a informar sobre o paradeiro da pessoa, impedindo assim o exercício dos recursos legais e das garantias processuais pertinentes.(CONVENÇÃO INTERAMERICANA SOBRE O DESAPARECIMENTO FORÇADO DE PESSOAS, 1994)

e pelo Estatuto do Tribunal Penal Internacional (ETPI).

Art. 7º, II, “i) Por "desaparecimento forçado de pessoas" entende-se a detenção, a prisão ou o seqüestro de pessoas por um Estado ou uma organização política ou com a autorização, o apoio ou a concordância destes, seguidos de recusa a reconhecer tal estado de privação de liberdade ou a prestar qualquer informação sobre a situação ou localização dessas pessoas, com o propósito de lhes negar a proteção da lei por um prolongado período de tempo.(ESTATUTO DE ROMA DO TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL, 1998)

No ETPI, o desaparecimento forçado é previsto como um crime de lesa humanidade realizado no contexto de um ataque generalizado ou sistemático contra a população civil. (AMBOS, 2009). Na CIDFP, segundo a Corte IDH, o tipo exige “la privación de la libertad y la negación a dar información, que deben entenderse como cumulativas y no como alternativas.” (AMBOS, 2009)

Na ordem interna, embora seja controverso se o crime de desaparecimento forçado seria equivalente ao crime de seqüestro para fins de dupla tipicidade para extradição, alguns fatos descritos pela Corte IDH já eram tipificados, *autonomamente*, como seqüestro no direito brasileiro antes da ditadura e até hoje.

O Código Penal do Brasil, vigente desde antes da ditadura, prevê, em seu art. 148 , como seqüestro ou cárcere privado a conduta de:

Art. 148 - Privar alguém de sua liberdade, mediante seqüestro ou cárcere privado:

Pena - reclusão, de um a três anos.

§ 1º - A pena é de reclusão, de dois a cinco anos:

I - se a vítima é ascendente, descendente, cônjuge ou companheiro do agente ou maior de 60 (sessenta) anos; (Redação dada pela Lei nº 11.106, de 2005)

II - se o crime é praticado mediante internação da vítima em casa de saúde ou hospital;

III - se a privação da liberdade dura mais de 15 (quinze) dias.

IV - se o crime é praticado contra menor de 18 (dezoito) anos; (Incluído pela Lei nº 11.106, de 2005)

V - se o crime é praticado com fins libidinosos. (Incluído pela Lei nº 11.106, de 2005)

§ 2º - Se resulta à vítima, em razão de maus-tratos ou da natureza da detenção, grave sofrimento físico ou moral: Pena - reclusão, de dois a oito anos.(BRASIL, Decreto Lei nº2848, de 07 de dezembro de 1940)

O seqüestro é um crime contra a liberdade individual (bem jurídico protegido) e o sujeito ativo do delito pode ser qualquer pessoa. O tipo exige, então, que o agente prive outrem de sua liberdade dolosamente.¹⁶ (NUCCI, 2007; PRADO, 2010; NORONHA, 2003; BRUNO, 1966; HUNGRIA, 1958)

O desaparecimento forçado, por sua vez, possui um bem jurídico múltiplo¹⁷(AMBOS, 2009) e exige especial qualidade do agente e é sacionado com maior gravidade. O delito de seqüestro torna passível de tipificação no direito interno, ainda que com menor gravidade, as condutas, teoricamente, previstas como desaparecimento forçado.

3.2 O seqüestro como crime permanente

A doutrina brasileira¹⁸ e a jurisprudência do STF¹⁹ vem reconhecendo, reiteradamente, a natureza permanente do crime de seqüestro, que se consuma com a subtração ilícita dolosa da liberdade individual da pessoa e se protraí no tempo enquanto não for libertada a vítima, período em que a situação de flagrância continua existindo.

Ao julgar a extradição de um militar Uruguaio que praticara o crime de desaparecimento forçado no contexto da operação Condor, o STF analisou a correspondência entre os tipos de seqüestro e desaparecimento forçado e a natureza permanente de ambos os delitos.

Neste caso, a maioria do Tribunal, inicialmente, acompanhou o voto do relator Min. Marco Aurélio Melo para denegar a extradição fundada na falta de dupla tipicidade e na ocorrência da prescrição em face da morte presumida das vítimas.²⁰

¹⁶Segundo Hungria, “São *essentialia* do crime em questão em sua dupla forma: a) detenção ou retenção de alguém em determinado lugar; b) dissentimento, explícito ou implícito, do sujeito passivo; c) ilegitimidade objetiva da retenção ou detenção; d) dolo.” (Hungria,1958, p. 193).

¹⁷ Sobre a definição do bem jurídico do desaparecimento forçado ver: Ambos e Böhm, 2009, indicado nas referências.

¹⁸ Ver: Bruno, 1966, Nucci, 2007, Prado, 2010, Hungria, 1958, Noronha, 2003.

¹⁹ Ver os seguintes precedentes do STF sobre Seqüestro e Extorsão Mediante Seqüestro como crimes permanentes: HC 73521-5, Ceará, Primeira Turma, rel. Min. Ilmar Galvão, DJ de 02.08.1996, Extradição 436-1, Pleno, rel. Min. Djaci Falcão, DJ 26.09.86, HC 62.876-1, Rio de Janeiro, 1ª Turma, rel. Min. Sydney Sanches, DJ 16.08.1985, HC 33.295, São Paulo, Pleno, rel. Min. Abner de Vasconcelos, DF 6.10.84

²⁰ Houve aditamento da ação para incluir o seqüestro de um menor, posteriormente encontrado.

Posteriormente, após manifestação do Min. Peluso, que, acompanhando a divergência inaugurada pelo Min. Lewandowsky, o STF, com a mudança na posição dos Ministros Eros Grau e Carmém Lúcia, resolveu deferir a extradição em face da ocorrência da dupla tipicidade e da impossibilidade de se poder determinar o termo *a quo* da consumação do crime sem o que não se poderia contar o prazo prescricional do crime.

O voto do Min. Peluso, em oposição ao do relator, sustenta que a ausência civil ou a declaração de morte ou desaparecimento por si só são insuficientes para que se possa precisar a data final da consumação do crime que se protraí no tempo no caso do seqüestro e do seqüestro de menor e que precisa ser definida com exatidão também no caso de homicídio que exigiria também exame de corpo delito direto ou indireto.

3.3 O seqüestro enquanto crime de ação penal pública incondicionada

Com efeito, enquanto não se puder precisar a data, deve ser instaurado Inquérito Policial para a investigação dos fatos, já que o seqüestro é um crime de ação penal pública incondicionada (nos termos do art. do 100 CP e arts. 24 e 5º do CPP), sendo dever da autoridade competente a sua instauração, pois:

Para instaura-se a persecução penal, no entanto, não é preciso que o crime se apresente na integridade de seus elementos constitutivos. Desde que uma conduta comissiva ou omissiva possa enquadrar-se em tipo abstrato descritivo na lei penal, torna-se ela relevante para a atividade persecutória do Estado. Basta, por isso, à autoridade policial, a notícia de um *fato típico*, para que inicie as investigações em que se corporifica o momento inicial da *persecutio criminis*. Quando se fala, portanto, de notícia do crime, não se cogita da infração penal em sua integridade, mas tão só de acontecimento penalmente relevante por ser a consubstanciação de ação ou omissão típica. (MARQUES, 2009, p.104)

O Inquérito Policial poderia resultar, eventualmente, em sentença judicial (art. 62 do CPP e art. 5º, XXXV da CF) de extinção da punibilidade pela morte do agente (art. 107, I do CP) ou pela prescrição (como se explicará adiante), mas somente após a confirmação da morte da vítima, que deve ser efetivamente comprovada, inclusive com a apresentação da respectiva certidão de óbito em que se indique a data, o local e a provável *causa mortis*.²¹

3.4 A prescrição e o seqüestro

²¹ A certidão de óbito poderá ser emitida conforme previsto pela Lei 9.140/95, alterada pela Lei nº 10.536/2002, que declararam mortos os desaparecidos (conforme anexo) com a da certidão de óbito ou justificação judicial (art. 3º da Lei 9.140/95)

A prescrição da pretensão punitiva (art. 107, IV do CP), enquanto causa da extinção da punibilidade, pressupõe uma sentença judicial (art. 581 do CPP e art. 5º, XXXV da CF). O seu prazo só começa a correr, *nos crimes permanentes, do dia em que cessou a permanência* (art. 111, III do CP), o que é reconhecido pela doutrina e pela jurisprudência do STF.²² Nos crimes instantâneos ou instantâneos de efeito permanente, o crime “consume-se em um único instante ou momento determinado” (crime instantâneo), ainda que o resultado possa ser duradouro e independa da vontade do agente (crime instantâneo de efeito permanente), (PRADO, 2010, p.254) como no homicídio. Nestes casos, a prescrição começa a correr do dia em que se consumou o crime (art. 111 do CP).

Portanto, o início do prazo prescricional exige a prévia descoberta da data da consumação do delito, o que somente pode ser feito por investigação penal para determinar a data e a natureza delituosa do fato. A extinção da punibilidade por prescrição depende de apreciação judicial, após instauração de um inquérito policial ou processo penal (caso haja prova de materialidade e indícios suficientes de autoria submetidos à apreciação judicial)²³ em face do princípio da inafastabilidade. A sentença que denegar a prescrição pode ser desafiada por recurso em sentido estrito (art. 581 do CPP).

Embora conste, como *obter dicta* na ADPF 153, a prescrição de todos os crimes praticados por militares na ditadura,²⁴ a jurisprudência do próprio STF, reiterada na operação Condor, reconhece o seqüestro como crime permanente, cuja prescrição exige prévia verificação da data da consumação do delito.²⁵ De igual modo, em relação ao homicídio, observou o Min. Peluso durante os debates no julgamento da Extradicação 974, operação Condor:

Em relação à prescrição, o problema que avantei, que cuido ter examinado à luz dos artigos 6º e 7º do Código Civil, é que, para que seja admitida a presunção, seja tanto para efeitos civis, como para efeitos penais, a presunção de morte tem de ser objeto de uma sentença, que, entre outras coisas, deve ficar a data provável do falecimento, porque sem tal sentença permanece sempre a dúvida. E, neste caso, nós nos remetemos, já não para a hipótese de morte presumida, mas para o instituto da ausência, que

²² Recentemente, o STF ratificou referida jurisprudência para postergar o termo *a quo* da prescrição em caso de continuidade delitiva, como ocorre no caso de lavagem de dinheiro: “Consignou-se que, embora as transferências ilícitas de recursos para o exterior tivessem ocorrido antes de 4 de março de 1998, enquanto os valores correspondentes não viessem a ser legalmente repatriados ou remanescessem ocultos no exterior, o crime de lavagem de capitais continuaria sendo perpetrado”, STF, Inq 2471/SP, rel. Min. Ricardo Lewandowski, 29.9.2011. (Inq-2471), noticiado no informativo 642 (de 26 a 30 de setembro de 2011).

²³ A eventual e controversa aplicação da imprescritibilidade, fundada no direito internacional e na decisão da Corte IDH, ou a existência de causas de suspensão ou interrupção, exige sentença judicial em face do princípio da inafastabilidade da jurisdição.

²⁴ Ver: STF, Voto do Min. Peluso na ADPF 153, STF.

²⁵ Ainda que se reconheça, por sentença, a prescrição em decorrência da Lei 9.140/95 e da consequente emissão de certidão de óbito (com detalhamento da data, local e provável *causa mortis*), não prescindiriam de investigação mais aprofundada dos casos de desaparecimento cuja eventual (embora muito provável) morte não tenha sido esclarecida e não conste do respectivo anexo, como ressaltou a Corte IDH no caso Araguaia.

tem tratamento normativo completamente diferente e no qual não se presume morte alguma.

Noutras palavras, o que temos, no caso para fixar o termo inicial da prescrição? O grande problema é esse. Eu seria muito propenso a reconhecer a prescrição, desde que me demonstrem haja algum dado que indique que, em determinado momento, de lá para cá, as vítimas foram mortas. Faleceram no mês tal, provavelmente de tal, diante de tal e qual circunstância ou faleceram no ano tal. A partir daí começaria a contar o prazo de prescrição. Qual o início do tempo de prazo prescricional, neste caso? Em relação a todas as vítimas do artigo 144, bis?(REPÚBLICA ARGENTINA. Ext. 974. Min. Relator: Marco Aurélio. 2009)

3.5 Os crimes conexos: o homicídio e a ocultação de cadáver e a prescrição

Um Inquérito Policial pelo crime de seqüestro implicaria na investigação dos possíveis crimes conexos, já que, *in casu*, há evidentes indícios de que, ao seqüestro, tenha sucedido a consumação de outros crimes conexos, como o de homicídio e ocultação de cadáver, o que foi confirmado em muitos casos em que foram encontrados os corpos muitos anos depois, inclusive com a instituição da Comissão Especial (Mortos e Desaparecidos) pela Lei 9.140/95.

Ainda que se possa imaginar que todos os desaparecidos da guerrilha do Araguaia tenham sido mortos, juridicamente, contudo, é controversa a admissibilidade de uma presunção fática-hipotética da morte de todos os desaparecidos políticos.²⁶

De todo modo, ainda que se possa hipoteticamente presumir que os crimes estejam prescritos no direito interno (caso não se adote algumas das causas de suspensão ou de interrupção da prescrição previstas no direito comparado e internacional) a data da consumação somente pode ser apreciada *case by case*. Somente ao se precisar a data consumação pela autoridade judicial (em decorrência do princípio da inafastabilidade da jurisdição, da legalidade e da indisponibilidade da ação penal, art. 5º, II, XXXV e 129, I da CF) poderá verificar-se o decurso do prazo da prescrição da pretensão punitiva e a efetiva extinção da punibilidade.

Portanto, a descoberta da data da consumação dos crimes conexos ao seqüestro, enquanto crimes, crimes instantâneos²⁷ ou instantâneos de efeito permanente, exige a instauração de um inquérito policial em que se poderá efetivamente descobrir (e não hipoteticamente presumir) a data da consumação do delito. Com efeito, no caso dos crimes conexos de homicídio e da ocultação de cadáver, somente a descoberta da data da morte e da ocultação do cadáver torna possível a descoberta do dia em que se consumou o crime para que comece a correr o termo *a quo* da prescrição (art. 111 do CP).

²⁶ Em sentido contrário, admitindo a presunção da morte dos desaparecidos o Min. Marco Aurélio Mello em seu voto na Extradução 974.

²⁷ Segundo PRADO este crime “consume-se em um único instante ou momento determinado”, (PRADO, 2010, p. 254).

3.6 A Anistia para o seqüestro e para os crimes conexos

A anistia, do grego 'amnestia', esquecimento ou oblvio,²⁸ juntamente com a graça e o indulto, é prevista como causa de extinção da punibilidade (art. 107, II do CP).²⁹ O reconhecimento da sua validade para todos os crimes praticados entre 2 de setembro de 1961 e 15 de agosto de 1979 pelo STF com efeito vinculante e eficácia *erga omnes* não impede a investigação de fatos que se configurem como seqüestro, cuja consumação, enquanto crime permanente, em tese, pode-se verificar em data posterior ao termo *ad quem* da Lei 6.683/79.

De igual modo, os crimes conexos, como o homicídio, pelo menos em alguns casos (como naqueles em que não foi emitida certidão de óbito ou procedida a justificação judicial), não tiveram ainda a data da sua consumação confirmada. Nestes casos, também podem ter ocorrido em data posterior ao termo *ad quem* da Lei 6.683/79.

A aplicação da Lei de Anistia em cumprimento da ADPF 153, *in casu*, exigira em tese, pelo menos no casos cuja consumação do crime ainda não foi esclarecida, prévia investigação criminal e instauração de Procedimento para se verificar se o fato se consumou no período de vigência da Lei de Anistia em face dos princípios da legalidade, da indeclinabilidade judicial e da indisponibilidade da ação penal.

4 CONCLUSÕES

Para cumprir a decisão da Corte IDH no ponto referente à responsabilização penal dos autores do crime equivalente ao desaparecimento forçado e crimes conexos, o Brasil poderia (sem contrariar a decisão do STF e desafiar a soberania, em conformidade com o direito interno vigente), instaurar, imediatamente, as respectivas Investigações Criminais *no local do crime* para todos os fatos em que ainda não tenha sido estabelecido o momento da consumação (e, portanto, o termo de início da prescrição).

Este entendimento é consentâneo com o direito vigente brasileiro, reconhecido tanto pela doutrina como pela jurisprudência reiterada do STF, sem que seja necessário desafiar os complexos problemas jurídicos existentes no direito internacional decorrentes da eventual retroatividade da lei penal, da imprescritibilidade penal dos crimes contra os direitos humanos e da auto-anistia.

²⁸ Para uma visão comparada da anistia ver: Mallinder, 2009, p. 132.

²⁹ Sobre anistia no Brasil ver: Carvalho Filho, p. 103-206. Bruno; p. 202-204. Zaffaroni, e Pierangeli, 2004, p. 711-712. Prado, 2010, p. 655-656. Queiroz, p. 394-395.

ABSTRACT

During the Brazilian dictatorship (between 01^o.04.64 and 15.03.85) were perpetrated several crimes against human rights. The offenders were never punished due to the approval of an amnesty law, which was considered constitutional by the Brazilian Supreme Court. The Inter-American Court of Human Rights sentenced Brazil to prosecute the offender of crimes against human rights, especially for enforced disappearance. The present article analyses the application of the Brazilian Penal Code for the crimes of kidnap and the ones connected (notably murder) due to the permanent nature of kidnap and the non-discovery of the final term of the other crimes. Thus, some criminal facts may have occurred after the end of validity of the amnesty law. The answer here addresses the problem in order to find a way for Brazil to comply with the sentence of the Inter-American Court of Human Rights.

Key words: Transitional Justice. Dictatorship. Crime. Kidnap and Murder. Desaparecimento forçado. STF and Inter-american Court of Human Rights

REFERÊNCIAS

ALMQVIST, Jessica; ESPÓSITO, Carlos (coord.), **Justicia transnacional en Iberoamérica**, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2009.

AMBOS, K. et al. **Building a Future on Peace and Justice: Studies on Transnational Justice, Peace and Development**. Berlin, Heidelberg: Springer-Verlag, 2009.

AMBOS, Kai; BÖHM, Maria Laura. La Desaparición Forzada de Personas como Tipo Penal Autónomo. In: **Desaparición forzada de personas**. Análisis comparado e internacional. Bogotá: Editorial Temis S. A., 2009.

AMNESTY INTERNATIONAL. **Report on allegations of torture in Brazil**. London: 1976.

ARQUIDIOCESE DE SÃO PAULO. **Brasil: Nunca mais**. Um relato para a história. 36. ed. Petrópolis: Vozes, 1996.

BRASIL. **Lei 9.140**, de 04 de dezembro de 1995. Reconhece como mortas pessoas desaparecidas em razão de participação, ou acusação de participação, em

atividades políticas, no período de 2 de setembro de 1961 a 15 de agosto de 1979, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9140compilada.htm>. Acesso em: 11 out. 2011.

_____. **Lei nº 10.536**, de 14 de agosto de 2002. Altera dispositivos da Lei nº 9.140, de 4 de dezembro de 1995, que reconhece como mortas pessoas desaparecidas em razão de participação, ou de acusação de participação, em atividades políticas, no período de 2 de setembro de 1961 a 15 de agosto de 1979, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10536.htm>. Acesso em: 11 out. 2011.

_____. **Projeto de Lei 245**, de 08 de fevereiro de 2011. Determina que a imunidade de execução em favor de Estado Estrangeiro não alcança o crédito trabalhista. Situação: Aguardando Parecer na Comissão de Relações Exteriores e de Defesa Nacional (CREDN). Disponível em: <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=100177>. Acesso em: 11 out. 2011.

_____. Supremo Tribunal Federal. **ADPF 153/DF**, Rel.: Min. Eros Grau, 28 de abril de 2010. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo584.htm>>. Acesso em: 11 out. 2011.

_____. Supremo Tribunal Federal. **ADPF 130/DF**, rel. Min. Carlos Ayres Britto, 30 de abril de 2009. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=130&classe=ADPF&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em: 11 out. 2011.

_____. Supremo Tribunal Federal. **ADPF 33/PA**, rel. Min. Gilmar Mendes, 18 de abril de 2008. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=33&classe=ADPF-ED&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em: 11 out. 2011.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Extradição 436-1**, Pleno, rel.: Min. Djaci Falcão, 26 de setembro de 1986. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/907429/extradicao-ext-436-at-stf>>. Acesso em: 11 out. 2011.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Extradição 974-0**, Pleno, rel.: Min. Marco Aurélio, 06 de agosto de 2009. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14712233/extradicao-ext-974-stf>>. Acesso em: 11 out. 2011.

_____. Supremo Tribunal Federal. **HC 62.876-1/RJ**, 1ª Turma, rel.: Min. Sydney Sanches, 16 de agosto de 1985.

_____. Supremo Tribunal Federal. **HC 33.295/SP**, Pleno, rel.: Min. Abner de Vasconcelos, 6 de outubro de 1984

_____. Supremo Tribunal Federal. **HC 73521-5/CE**, 1ª Turma, rel.: Min. Ilmar Galvão, 02 de agosto de 1996.

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

BRUNO, Aníbal. **Direito Penal**. Tomo 4o. Parte Especial, Crimes contra a pessoa. Rio de Janeiro: Forense, 1966.

BRUNO; Anibal. **Direito Penal**. Parte Geral. Tomo 3º. Pena e Medida de Segurança. Rio de Janeiro: Forense, 1966.

CARVALHO FILHO, Aloysio. **Comentários ao Código Penal**. Rio de Janeiro: Forense, 1979. v. 4.

CONVENÇÃO INTERAMERICANA SOBRE DESAPARECIMENTO FORÇADO DE PESSOAS. Belém: CIDH, 1994. Disponível em: <<http://www.cidh.oas.org/Basicos/Portugues/k.Desaparecimento.htm>>. acesso em 11 out. de 2011.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, **Caso Nº 11.552 de Gomes Lund e Outros (Guerrilha do Araguaia) vs. Brasil**, Exceções Preliminares, Fundo, reparação e custas, Sentença série C, nº 219, de 24 de novembro de 2010.

DIMIOULIS, Dimitri. et al. **Justiça de transição no Brasil**. São Paulo, Editora Saraiva, 2010.

ROMA. **Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional**, em 17 de julho de 1998. Disponível em: <http://direitointernacional.110mb.com/DIPr/Estatuto_de_Roma.pdf>. Acesso em: 11 out. 2011.

GASPARI, Elio. **A ditadura escancarada**. São Paulo: Companhia das Letras, 2003.

_____. **A ditadura envergonhada**. São Paulo: Companhia das Letras, 2003.

_____. **O sacerdote e o Feiticeiro: a ditadura derrotada**. São Paulo: Companhia das Letras, 2003.

HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal**. Arts. 137 a 154. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1958. 4v.

KRITY, Neil J, editor. **Transitional Justice. How emergin democracies reckon with former regimes**. Washington, D.C.: United States Institute of Peace Press, 1995.

MALLINDER, Louise. Exploring the Practice of States in Introducing Amnesties. In: AMBOS, K. et al. **Building a Future on Peace and Justice: Studies on Transitional Justice, Peace and Development**. Berlin and Heidelberg: Springer-Verlag, 2009.

MARQUES, José Frederico. **Elementos de Direito Processual Penal**. 3. ed. Revista e atualizada por Eduardo Ferrari Reale e Guilherme Madiera Dezem. Campinas: Millenium Editora, 2009. v.1.

NORONHA, Magalhães. **Direito Penal**. Dos Crimes contra a Pessoa. Dos Crimes contra o Patrimônio. 33. Ed. São Paulo: Saravam 2003. v. 2.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal Comentado**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

PRADO, Luís Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**, Parte Especial Arts. 121 a 249. 8. Ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2010. v. 2.

PRADO, Luís Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**. Parte Geral. Arts. 1º a 120. 9 ed. São Paulo, RT, 2010. v. 1.

QUEIROZ, Paulo. **Direito Penal**. Parte Geral. 2008.

REALE JUNIOR, Miguel. **Instituições de Direito Penal**. Parte Geral. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. v. 2.

SECRETARIA ESPECIAL DOS DIREITOS HUMANOS DA PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA. Comissão Especial sobre Mortos e Desaparecidos Políticos. ***Direito à Memória e à Verdade***. Brasília: SEDH, 2007.

SILVA, Pablo Rodrigo Alflen. Informes Nacionales. Brasil. In: **Desaparición forzada de personas**. Análisis comparado e internacional. Bogotá/Colômbia: Editorial Temis S.A., Deutsche Gesellschaft für Technische Zusammenarbeit (GTZ), 2009.

SOARES, Inês Virgínia P.; ZILLI, Marcos. **Anistia, Justiça e Impunidade**. Reflexões sobre a Justiça de Transição no Brasil. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2010.

SOARES, Inês Virgínia Prado; KISHI, Sandra Akemi Shimada (coord.). **Memória e verdade**. A Justiça de Transição no Estado Democrático de Direito. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2009.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal**. Parte Geral. 5. ed. São Paulo: RT, 2004.