

AFRANIO MARCILIANO AZEVEDO * ALANIR CARDOSO * ALDO SILVA ARANTES * ALÍPIO CRISTIANO DE FREITAS * AMARO ALEXANDRINO DA ROCHA * AMÉRICO
ANA MARIA SANTOS ROCHA * ANA WILMA OLIVEIRA MORAES * ANGELA TELMA OLIVEIRA LUCENA * ANTONIA MARA VIEIRA LOGUERCIO * ANTONIO CARLOS FO
APOITIA NETTO * ANTONIO RIBEIRO PENNA * APARECIDA ALVES DOS SANTOS * APOLÔNIO DE CARVALHO * ARI CÂNDIDO FERNANDES * ARMANDO BORTO
BEATRIZ ARRUDA * BELARMINO BARBOSA SIQUEIRA * BENITO PEREIRA DAMASCENO * BERGSON GURJÃO FARIAS * BOLÍVAR NASCIMENTO PRESTES * CAR
EUGÊNIO SARMENTO COELHO DA PAZ * CARLOS GUILHERME DE M. PENAFIEL * CARLOS LAMARCA * CARLOS LICHTISZTEJN * CECÍLIA VIEIRA FERNANDES * CELES
CHARF * CLEY DE BARROS LOYOLA * CRISTINA MARIA BUARQUE * DANIEL AARÃO REIS FILHO * DARCI GIL DE OLIVEIRA BOSCHIERO * DARCY RODRIGUES DE
DENISE OLIVEIRA LUCENA * DENIZE FONTELLA GOULART * DENIZE PERES CRISPIM * DEUSDANTE FERREIRA DE FREITAS * DIMAS FLORIANI * DINALVA OLIVEIRA
DE ALMEIDA MARTINS * EDSON MENEZES DA SILVA * EDUARDA CRISPIM LEITE * EDUARDO DIAS CAMPOS SOBRINHO * ELIA MENEZES ROLA * ELIANA BELLI
CAMARGO * ELISEU GABRIEL DE PIERI * ELIZABETH TEIXEIRA * ELZA MONNERAT * EMÍLIO RUBENS CHASSEREUX * EPAMINONDAS JACOME RODRIGUES * ESTE
IVO VIEIRA * FÉLIX AUGUSTO DE ATHAYDE * FLÁVIO KOUTZII * FRANCISCO DE ASSIS LEMOS * FRANCISCO DERLI * FRANCISCO MARTINELLI * FRANCISCO
FREDERICK BIRTE MORRIS * FREI FERNANDO * FREI JOÃO * GEORGE DE BARROS CABRAL * GERMANA CORREA LIMA * GILDO SCALCO * GILNEY AMO
YA MAGYTI * HAMILTON PEREIRA DA SILVA * HELDER SUAREZ BEDENDO *
MATOS SIPAHI * HONESTINO GUIMARÃES * HORÁCIO MARTINS DE
* IGOR GRABOIS OLIMPIO * ILTO VIEIRA * INÁ MEIRELES DE SOUZA * INES
SOMMER * IVAN DE SOUZA ALVES * IVAN SEIXAS * IZABEL MARQUES
MARC VON DER WEID * JEOVÁ FERREIRA * JESUS PAREDES SOTO *
JOÃO AMAZONAS * JOÃO ARTHUR VIEIRA * JOÃO BATISTA FRANCO
CARLOS ALMEIDA GRABOIS * JOÃO CHILE * JOÃO LUIZ SILVA FERREIRA *
JOÃO VICENTE FONTELLA GOULART * JOELSON CRISPIM * JOILSON
JORGE SALDANHA DE ARAUJO * JOSAIL GABRIEL DE SALES * JOSÉ
CALISTRATO CARDOSO FILHO * JOSÉ CARLOS NOVAIS DA MATTACHADO * JOSÉ CELSO MARTINEZ * JOSÉ DALTRO DA SILVA * JOSÉ MACHADO * JOSÉ MI
SOUZA * JOSÉ ROGÉRIO LICKS * JOSÉ SERRA * JOSÉ TADEU CARNEIRO CUNHA * JOSÉ VELOSO * JÚLIO PRATA * JURACI MENDES DE OLIVEIRA * JURANDIR E
LAURINDO MARTINS JUNQUEIRA FILHO * LENIRA MARIA DE CARVALHO * LEONEL BRIZOLA * LETA VIEIRA DE SOUZA * LINCOLN RAMOS VIANA * LUIS CARLOS
FELIPE RATTON MASCARENHAS * LUIZ GONZAGA TRAVASSOS DA ROSA * MAGNÓLIA DE FIGUEIREDO CAVALCANTI * MANOEL CYRILLO DE OLIVEIRA NETTO * MA
* MARCOS JOSÉ BURLE DE AGUIAR * MARIA ALICE ALBUQUERQUE SABOYA * MARIA DALCE RICAS * MARIA DAS DORES DA SILVA * MARIA DE FÁTIMA MENDE
SOCORRO DE MAGALHÃES * MARIA EMÍLIA LISBOA PACHECO * MARIA FAUSTINO DE ALMEIDA AMARAL * MARIA IGNES DA COSTA D. E. BASTOS * MARIA J
FIGUEIREDO * MARIA TERESA GOULART * MARIJANE VIEIRA LISBOA * MARILIA DE CARVALHO GUIMARÃES * MARINA VIEIRA * MARIO COVAS * MÁRIO MAGA
MARISTELA VILLAR * MAURICE POLITI * MIGUEL ARRAES * MIGUEL DARCY DE OLIVEIRA * MIGUEL PRESSBURGER * NANCY MANGABEIRA UNGER * NARCISA
NAZAREH ANTONIA OLIVEIRA * NELSON CORDEIRO * NELSON REMY GILLET * NELSON RODRIGUES * NESTOR PEREIRA DA MOTA * NILMÁRIO DE MIRANDA * NIL

revista
anistia
política e justiça de transição

APRESENTAÇÃO Fortalecer a Democracia nos 50 anos do Golpe **ENTREVISTAS** Louis Joinet * Emmanuel Decaux * Dalmo Dallari * Paul Bouchet **ARTIGOS ACADÊMICOS** Castor M. M. Bartolomé * Sévane Garibian * Ivan Marx **DOSSIÊ: DIREITO À VERDADE E À JUSTIÇA NOS PAÍSES DO CONE SUL** Kathia Martin-Chenut * Deisy Ventura * Tarciso Dal Maso Jardim * Flávia Piovesan * Ludmila da Silva Catela * Daiana Fusca * Roberta Camineiro Baggio * Roberto Garretón * Juan Errandonea * Marcos Zilli * Marcelo D. Torelly * Mireille Delmas-Marty **ESPECIAL** Cinema pela Verdade **DOCUMENTOS** As Diretrizes de Belfast sobre Anistia e Responsabilização * Sentença do V Tribunal Internacional para Aplicação de Justiça Restaurativa de El Salvador * Sentença Suprema Corte de Justiça da Nação Argentina – Cumprimento Obrigatório das Recomendações da Comissão Interamericana de Direitos Humanos **ISSN 2175-5329 Nº 9 Janeiro/Junho 2013**

JOFFILY * ORLANDO MARETI SOBRINHO * OSCAVU JOSÉ COELHO * PAULO FRATESCHI * PAULO FREIRE * PAULO SARACENI * PAULO WRIGHT * PEDRO DE CAM
CIPRIANO * PETER JOHN MCCARTHY * RAUL JORGE ANGLADA PONT * REGENIS BADING PROCHMANN * RENATA FERRAZ GUERRA DE ANDRADE * REYNAL
ROBERTO FARIA MENDES * ROGÉRIO LUSTOSA * RÔMULO DANIEL BARRETO DE FARIAS * ROSE MARIE MURARO * ROSEMARY NOGUEIRA * RUY FRAÇÃO SOARES
MONTARROYOS * SÉRGIO DE MAGALHÃES GOMES JAGUARIBE * SILVIA LÚCIA VIANA MONTARROYOS * SINVAL DE ITACARAMBI LEÃO * SOLANGE LOURENÇO GO
* ULYSSES DE MENEZES FREITAS * VICENTE CARLOS Y PLA TREVAS * VITOR BORGES DE MELO * VLADIMIR HERZOG * WALMIR ANDRA DE OLIVEIRA * ZIRA



MONUMENTO À RESISTÊNCIA E À LUTA PELA ANISTIA EM MINAS GERAIS,
INAUGURADO EM BELO HORIZONTE EM 25 DE MAIO DE 2013.
FONTE: ACERVO DA COMISSÃO DE ANISTIA.



71ª CARAVANA DA ANISTIA EM IBIÚNA - SP, REALIZADA EM
15 DE JUNHO DE 2013.
FONTE: ACERVO DA COMISSÃO DE ANISTIA.



revista

anistia

política **e** justiça **e** transição

Governo Federal

Ministério da Justiça

Comissão de Anistia

Presidente da República
Dilma Rousseff

Ministro da Justiça
José Eduardo Cardozo

Secretário-Executivo
Marivaldo de Castro Pereira

Presidente da Comissão de Anistia
Paulo Abrão

Vice-presidentes da Comissão de Anistia
Sueli Aparecida Bellato
José Carlos Moreira da Silva Filho

Diretora da Comissão de Anistia
Amarilis Busch Tavares

Chefe de Gabinete
Larissa Nacif Fonseca

Coordenadora Geral do Memorial da Anistia
Política do Brasil
Rosane Cavaleiro Cruz

Coordenadora do Centro de Documentação e Pesquisa
Elisabete Ferrarezi

Coordenador de Projetos e Políticas de Reparação
e Memória Histórica
Eduardo Henrique Falcão Pires

Coordenador de Articulação Social, Ações Educativas
e Museologia
Bruno Scalco Franke

Coordenador Geral de Gestão Processual
Muller Luiz Borges

Coordenadora de Controle Processual, Julgamento
e Finalização
Natália Costa

Coordenação de Pré-Análise
Rodrigo Lentz

Coordenadora de Análise e Informação Processual
Joicy Honorato De Souza

As fotos que registram as atividades públicas promovidas pela
Comissão de Anistia, no segundo semestre de 2013, são de
propriedade do Ministério da Justiça.

Exceto quando expresso em contrário, as traduções
foram realizadas pelo Ministério da Justiça e revisadas pelos
autores e organizadores da presente edição. A Revista agradece
aos colaboradores desta edição: Mayara Nunes, Paula Andrade,
Vanessa Zanella e João Alberto Tomacheski.

Esta é uma publicação científica que objetiva a difusão de ideias
plurais. As opiniões e dados nela incluídos são de
responsabilidade de seus autores, e não do Ministério da Justiça
ou do Governo Federal, exceto quando expresso o contrário.

REVISTA ANISTIA POLÍTICA E JUSTIÇA DE TRANSIÇÃO

Presidente do Conselho
Paulo Abrão

Coordenador-Acadêmico
Marcelo D. Torelly

Coordenadora-Executiva
Elisabete Ferrarezi

Estagiária
Bianca Dias de Oliveira

Organização do Dossiê:
Deisy de Freitas Lima Ventura
Kathia Martin-Chenut

Conselho Editorial

Antônio Emanuel Hespanha (Universidade Nova de Lisboa-
Portugal), Boa Ventura de Souza Santos (Universidade de
Coimbra - Portugal), Bruna Peyrot (Consulado Geral- Itália),
Carlos Cárcova (Universidade de Buenos Aires - Argentina),
Cristiano Otávio Paixão Araújo Pinto (Universidade de Brasília),
Dani Rudinick (Universidade Ritter dos Reis), Daniel Araújo
Reis filho (Universidade Federal Fluminense), Deisy Freitas de
Lima Ventura (Universidade de São Paulo) Eduardo Carlos
Bianca Bittar (Universidade de São Paulo), Edson Cláudio
Pistori (Memorial da Anistia Política no Brasil), Ené de Stutz e
Almeida (Universidade de Brasília) Flávia Carlet (Projeto
Educativo Comissão de Anistia) Flávia Piovesan (Pontifícia
Universidade Católica de São Paulo), Jaime Antunes da Silva
(Arquivo Nacional), Jessie Jane Vieira de Souza (Universidade
Federal do Rio de Janeiro), Joaquin Herrera Flores (*in
memorian*), José Reinaldo de Lima Lopes (Universidade de
São Paulo) José Ribas Vieira (Pontifícia Universidade Católica
do Rio de Janeiro), Marcelo Dalmás Torelly (Coordenador
Acadêmico), Maria Aparecido Aquino (Universidade de São
Paulo), Paulo Abrão Pires Junior (Editor), Phill Clark
(Universidade de Oxford - Inglaterra), Ramon Alberch Fugueras
(Arquivo Geral da Cataluña - Espanha), Rodrigo Gonçalves dos
Santos (Comissão de Anistia), Sandro Alex Simões (Centro
Universitário do Estado do Pará), Sean O'Brien (Universidade
de Notre Dame - Estados Unidos) Sueli Aparecida Bellato
(Comissão de Anistia).

Conselho Técnico

Aline Sueli de Salles Santos, Ana Maria Guedes, Ana Maria Lima
de Oliveira, André Amud Botelho, Carolina de Campos Melo,
Cristiano Paixão, Daniela Frantz, Egmar José de Oliveira, José
Carlos M. Silva Filho, Juvelino José Strozake, Kelen Meregali
Model Ferreira, Luciana Silva Garcia, Márcia Elaine Berlich de
Moraes, Márcio Gontijo, Marina SilvaSteinbruch, Mário Miranda
de Albuquerque, Muller Luiz Borges, Narciso Fernandes Barbosa,
Nilmário Miranda, Paulo Abrão, Prudente José Silveira Mello, Rita
Maria de Miranda Sipahi, Roberta Camineiro Baggio, Roberta
Vieira Alvarenga, Rodrigo Gonçalves dos Santos, Vanderlei de
Oliveira, Virgínius José Lianza da Franca, Vanda Davi Fernandes
de Oliveira.

Projeto Gráfico
Ribamar Fonseca

Revisão ortográfica
Carmen da Gama

Editoração eletrônica
Supernova Design

Capa inspirada no trabalho original de AeM'Hardy'Voltz

A Revista Anistia nº 09 é alusiva ao primeiro semestre de 2013,
tendo sido editada durante o primeiro semestre de 2014.

Esta edição apresenta os anais do colóquio internacional "Direito
à Verdade e à Justiça nos Países do Cone Sul", realizado em
dezembro de 2011 na Faculdade de Direito da Universidade de
São Paulo pelo Instituto de Relações Internacionais da
Universidade de São Paulo e a Comissão de Anistia do Ministério
da Justiça, com apoio do Programa das Nações Unidas para o
Desenvolvimento (PNUD), Centro de Estudos Legais e Sociais
(CELS-Argentina), Grupo Prisme: Politique, Religion, Institutions
et Sociétés: mutations européennes, Université Strasbourg,
CNRS-France, Projeto Pensando o Direito-Ministério da Justiça,
Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, e Consulado
Geral da França em São Paulo.

Atuaram como revisores nesta edição: Bianca Dias de Oliveira,
Elisabete Ferrarezi, Marcelo Torelly, Paula Regina Montenegro
Generino de Andrade e Rosane Cruz.

Revista Anistia Política e Justiça de Transição / Ministério da Justiça. – N. 9
(jan. / jun. 2013). – Brasília : Ministério da Justiça , 2014.

Semestral.
Primeira edição: jan./jun. 2009.

ISSN 2175-5329

1. Anistia, Brasil. 2. Justiça de Transição, Brasil. I. Brasil. Ministério da Justiça (MJ).

CDD 341.5462



COMISSÃO DE ANISTIA DO MINISTÉRIO DA JUSTIÇA

COMPOSIÇÃO ATUAL

PRESIDENTE:

Paulo Abrão

Conselheiro desde 04 de abril de 2007

Nascido em Uberlândia/MG, em 11 de junho de 1975, é graduado em Direito pela Universidade Federal de Uberlândia, mestre em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos e doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. É especialista em Direitos Humanos e Processos de Democratização pela Universidade do Chile. Atualmente, é secretário Nacional de Justiça, presidente do Conselho Nacional de Refugiados (Conare), professor licenciado do Curso de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul e membro da diretoria da Coalizão Internacional de Sítios de Consciência. Integrou o grupo de trabalho que redigiu a lei de criação da Comissão Nacional da Verdade.

VICE-PRESIDENTES:

José Carlos Moreira da Silva Filho

Conselheiro desde 25 de maio de 2007

Nascido em São Paulo/SP, em 18 de dezembro de 1971, é graduado em Direito pela Universidade de Brasília, mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina e doutor em Direito pela Universidade Federal do Paraná. Atualmente, é professor da Faculdade de Direito e do Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS).

Sueli Aparecida Bellato

Conselheira desde 06 de março de 2003

Nascida em São Paulo/SP, em 1º de julho de 1953, é religiosa da Congregação Nossa Senhora – Cônegas de Santo Agostinho e advogada graduada pela Universidade Presbiteriana Mackenzie de São Paulo, com intensa atividade nas causas sociais. Já trabalhou junto ao Ministério Público Federal na área de Direitos Humanos, foi assistente parlamentar e atuou no processo contra os assassinos do ambientalista Chico Mendes. É integrante da Comissão Brasileira de Justiça e Paz da Conferência Nacional dos Bispos do Brasil (CNBB) e conselheira da Rede Social de Direitos Humanos. Compõe o Grupo de Trabalho Araguaia (GTA).

CONSELHEIROS:

Aline Sueli de Salles Santos

Conselheira desde 26 de fevereiro de 2008

Nascida em Caçapava/SP, em 04 de fevereiro de 1975, é graduada em Direito pela Universidade de São Paulo, mestre em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos e doutoranda em Direito pela Universidade de Brasília. É professora da Universidade Federal do Tocantins/TO.

Ana Maria Lima de Oliveira

Conselheira desde 26 de abril de 2004

Nascida em Irituia/PA, em 06 de dezembro de 1955, é procuradora Federal do quadro da Advocacia-Geral da União desde 1987 e graduada em Direito pela Universidade Federal do Pará.

Ana Maria Guedes

Conselheira desde 04 de fevereiro de 2009

Nascida em Recife/PE, em 19 de abril de 1947, é graduada em Serviço Social pela Universidade Católica de Salvador. Atualmente é membro do Grupo Tortura Nunca Mais da Bahia e integrante da comissão organizadora do Memorial da Resistência Carlos Mariguella, em Salvador/BA.

Carolina de Campos Melo

Conselheira desde 02 de fevereiro de 2012

Nascida na cidade do Rio de Janeiro, em 22 de janeiro de 1976, é graduada e mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-Rio) e doutora em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). É advogada da União desde setembro de 2003. É, também, professora do Departamento de Direito da PUC-Rio e coordenadora acadêmica do Núcleo de Direitos Humanos.

Carol Proner

Conselheira desde 14 de setembro de 2012

Nascida em Curitiba/PR, em 14 de julho de 1974, é advogada, doutora em Direito Internacional pela Universidade Pablo de Olavide de Sevilha (Espanha), coordenadora do Programa de Mestrado em Direitos Fundamentais e Democracia da UniBrasil, co-diretora do Programa Máster-Doutorado Oficial da União Europeia, Derechos Humanos, Interculturalidad y Desarrollo – Universidade Pablo de Olavide/Universidad Internacional da Andaluzia. Concluiu estudos de Pós-Doutorado na École de Hautes Etudes de Paris (França). É secretária-geral da Comissão da Verdade da Ordem dos Advogados do Brasil no Paraná.

Cristiano Paixão

Conselheiro desde 1º de fevereiro de 2012

Nascido na cidade de Brasília, em 19 de novembro de 1968, é mestre em Teoria e Filosofia do Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC), doutor em Direito Constitucional pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG) e fez estágio pós-doutoral em História Moderna na Scuola Normale Superiore di Pisa (Itália). É procurador regional do Trabalho em Brasília e integra a Comissão da Verdade Anísio Teixeira da Universidade de Brasília, onde, igualmente, é professor da Faculdade de Direito. Foi professor visitante do Mestrado em Direito Constitucional da Universidade de Sevilha (2010-2011). É coordenador de relações institucionais da Comissão Anísio Teixeira de Memória e Verdade da Universidade de Brasília.

Eneá de Stutz e Almeida

Conselheira desde 22 de outubro de 2009

Nascida no Rio de Janeiro/RJ, em 10 de junho de 1965, é graduada e mestre em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro e doutora em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina. É professora da Universidade de Brasília, onde, atualmente, é coordenadora do curso de graduação em Direito. Foi vice-presidente do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito (Conpedi) na gestão 2009-2011. É membro da Comissão Anísio Teixeira de Memória e Verdade da Universidade de Brasília.

Henrique de Almeida Cardoso

Conselheiro desde 31 de maio de 2007

Nascido no Rio de Janeiro/RJ, em 23 de março de 1951, é o representante do Ministério da Defesa junto à Comissão de Anistia. Oficial de artilharia do Exército pela Academia Militar das Agulhas Negras (Aman), é bacharel em Ciências Econômicas e em Ciências Jurídicas pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro.

Juvelino José Strozake

Conselheiro desde 25 de maio de 2007

Nascido em Alpestre/RS, em 18 de fevereiro de 1968, é advogado graduado pela Faculdade de Direito de Osasco (Fieo), mestre e doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. É membro da Rede Nacional de Advogados Populares (Renap).

Luciana Silva Garcia

Conselheira desde 25 de maio de 2007

Nascida em Salvador/BA, em 11 de maio de 1977, é graduada em Direito pela Universidade Federal da Bahia e mestre em Direito Público pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Atualmente, coordena a área de proteção a testemunhas da Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República.

Márcia Elayne Berlich de Moraes

Conselheira desde 23 de julho de 2008

Nascida em Cianorte/PR, em 17 de novembro de 1972, é advogada graduada em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS). É especialista, mestre e doutoranda em Ciências Criminais, todas pela mesma instituição. Foi integrante do Conselho Penitenciário do Estado do Rio Grande do Sul entre 2002 e 2011 e professora da Faculdade de Direito de Porto Alegre (Fadipa).

Márcio Gontijo

Conselheiro desde 21 de agosto de 2001

Nascido em Belo Horizonte/ MG, em 02 de julho de 1951, é advogado público de carreira e pertencente aos quadros da Consultoria Jurídica do Ministério da Justiça desde 1976. É representante dos anistiados políticos na Comissão de Anistia. Graduado em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais, é o decano da Comissão de Anistia, tendo, ainda, acompanhado a criação da Comissão Especial de indenização dos familiares dos mortos e desaparecidos políticos.

Marina da Silva Steinbruch

Conselheira desde 25 de maio de 2007

Nascida em São Paulo/SP, em 12 de abril de 1954, é graduada em Direito pela Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo/SP. Atuou como defensora pública da União por 22 anos.

Mário Albuquerque

Conselheiro desde 22 de outubro de 2009

Nascido em Fortaleza/CE, em 21 de novembro de 1948, é membro da Associação Anistia 64/68. Atualmente preside a Comissão Especial de Anistia Wanda Sidou do Estado do Ceará.

Narciso Fernandes Barbosa

Conselheiro desde 25 de maio de 2007

Nascido em Maceió/AL, em 17 de setembro de 1970, é graduado em Direito pela Universidade Federal de Alagoas e possui especialização em Direitos Humanos pela Universidade Federal da Paraíba. É advogado militante nas áreas de Direitos Humanos e Segurança Pública.

Nilmário Miranda

Conselheiro desde 1º de fevereiro de 2012

Nascido em Belo Horizonte/ MG, em 11 de agosto de 1947, é jornalista e mestre em Ciências Sociais pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Foi deputado estadual, deputado federal e ministro da Secretaria Especial de Direitos

Humanos da Presidência da República (SEDH – 2003/2005). Quando deputado federal, presidiu a Comissão Externa para Mortos e Desaparecidos Políticos. Foi autor do projeto que criou a Comissão de Direitos Humanos na Câmara, a qual presidiu em 1995 e em 1999. Representou, por sete anos, a Câmara dos Deputados na Comissão Especial dos Mortos e Desaparecidos Políticos. É membro do Conselho Consultivo do Centro de Referência das Lutas Políticas no Brasil, denominado “Memórias Reveladas”. Atualmente, é presidente da Fundação Perseu Abramo.

Prudente José Silveira Mello

Conselheiro desde 25 de maio de 2007

Nascido em Curitiba/PR, em 13 de abril de 1959, é graduado em Direito pela Universidade Católica do Paraná e doutorando em Direito pela Universidade Pablo de Olavide (Espanha). Advogado trabalhista de entidades sindicais de trabalhadores desde 1984, atualmente leciona nos cursos de pós-graduação em Direitos Humanos e Direito do Trabalho do Complexo de Ensino Superior de Santa Catarina (Cesusc).

Rita Maria de Miranda Sipahi

Conselheira desde 22 de outubro de 2009

Nascida em Fortaleza/CE, em 23 de fevereiro de 1938, é graduada em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade do Recife. É servidora pública aposentada pela Prefeitura do Município de São Paulo. Possui experiência em Planejamento Estratégico Situacional e já desenvolveu trabalhos na área de gestão como supervisora geral de desenvolvimento de pessoal da Secretaria do Bem-Estar Social da Prefeitura de São Paulo. Participa do Núcleo de Preservação da Memória Política de São Paulo/Coletivo de Mulheres.

Roberta Camineiro Baggio

Conselheira desde 25 de maio de 2007

Nascida em Santos/SP, em 16 de dezembro de 1977, é graduada em Direito pela Universidade Federal de Uberlândia, mestre em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos e doutora em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina. Atualmente, é professora na Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, em Porto Alegre/RS.

Rodrigo Gonçalves dos Santos

Conselheiro desde 25 de maio de 2007

Nascido em Santa Maria/RS, em 11 de julho de 1975, é advogado graduado e mestre em Direito Público pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos. Professor licenciado do Centro Universitário Metodista Isabela Hendrix de Belo Horizonte. Atualmente, é consultor da Fundação Getúlio Vargas (FGV).

Vanda Davi Fernandes de Oliveira

Conselheira desde 26 de fevereiro de 2008

Nascida em Estrela do Sul/MG, em 31 de junho de 1968, é graduada em Direito pela Universidade Federal de Uberlândia e doutoranda em Direito pela Universidad de Alicante (Espanha). É membro do Conselho Estadual de Política Ambiental do Estado de Minas Gerais.

Virginius José Lianza da Franca

Conselheiro desde 1º de agosto de 2008

Nascido em João Pessoa/PB, em 15 de agosto de 1975, é advogado graduado em Direito pela Universidade Federal da Paraíba, especialista em Direito Empresarial e mestrando em Direito pela mesma instituição. Atualmente, é coordenador-geral do Conselho Nacional de Refugiados do Ministério da Justiça (Conare). Ex-diretor da Escola Superior da Advocacia da Ordem dos Advogados – Seccional Paraíba. Ex-procurador do Instituto de Terras e Planejamento Agrário (Interpa) do Estado da Paraíba. Igualmente, foi secretário-executivo do Conselho Nacional de Combate à Pirataria (CNCP).

SUMÁRIO

- ▶ 11 **APRESENTAÇÃO**
FORTALECER A DEMOCRACIA NOS 50 ANOS DO GOLPE
PAULO ABRÃO, AMARILIS TAVARES & MARCELO TORELLY

- ▶ 17 **ENTREVISTAS**
DEBATE: MIREILLE DELMAS-MARTY, LOUIS JOINET
E EMMANUEL DECAUX
NON À L'IMPUNITÉ, OUI À LA JUSTICE" APÓS DUAS DÉCADAS
34 PAUL BOUCHET
40 DALMO DE ABREU DALLARI

- ▶ 49 **ARTIGOS ACADÊMICOS**

- ▶ 50 **ESTATUTO EPISTÊMICO DO TESTEMUNHO DAS VÍTIMAS:**
O DESAPARECIDO, PARADIGMA DO TESTEMUNHO INDIZÍVEL
CASTOR M. M. BAROLOMÉ RUIZ

- ▶ 76 **O DIREITO À VERDADE: O CASO ARGENTINO**
SÉVANE GARIBIAN

- ▶ 94 **CRIMES DA DITADURA MILITAR BRASILEIRA: POSSIBILIDADES**
JURÍDICAS DE SANÇÃO
IVAN MARX

- ▶ 139 **DOSSIÊ:**
DIREITO À VERDADE E À JUSTIÇA NOS PAÍSES DO CONE SUL

- ▶ 140 **INTRODUÇÃO**
KATHIA MARTIN-CHENUT & DEISY VENTURA

- ▶ 150 **A CONTRIBUIÇÃO DA JUSTIÇA INTERNACIONAL PENAL:**
FORMAÇÃO DE PARADIGMAS
TARCISO DAL MASO JARDIM

- ▶ 188 **DIREITO À VERDADE E JUSTIÇA DE TRANSIÇÃO:**
A CONTRIBUIÇÃO DO SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTEÇÃO
DOS DIREITOS HUMANOS
KATHIA MARTIN-CHENUT

- ▶ 220 **EVOLUÇÃO DO DIREITO INTERNACIONAL E O CASO BRASILEIRO**
FLÁVIA PIOVESAN

- ▶ 238 **NEM ESQUECIMENTO, NEM PERDÃO**
LUDMILA DA SILVA CATELA

- ▶ 258 **PROCESSO DE JUSTIÇA POR CRIMES CONTRA A HUMANIDADE NA ARGENTINA**
DAIANA FUSCA
- ▶ 278 **MARCAS DA MEMÓRIA: A ATUAÇÃO DA COMISSÃO DE ANISTIA NO CAMPO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS DE TRANSIÇÃO NO BRASIL**
ROBERTA CAMINEIRO BAGGIO
- ▶ 298 **DIREITO À VERDADE E À JUSTIÇA NOS PAÍSES DO CONE SUL DA AMÉRICA LATINA**
ROBERTO GARRETÓN
- ▶ 320 **JUSTIÇA DE TRANSIÇÃO E DIREITO INTERNACIONAL: AS EXPERIÊNCIAS JUDICIAIS NO URUGUAI**
JUAN ERRANDONEA
- ▶ 340 **PUNIR *OR NOT* PUNIR? QUAL É O VERDADEIRO DILEMA?**
MARCOS ZILLI
- ▶ 368 **DAS COMISSÕES DE REPARAÇÃO À COMISSÃO DA VERDADE: CONTRIBUIÇÕES DA COMISSÃO SOBRE MORTOS E DESAPARECIDOS POLÍTICOS E DA COMISSÃO DE ANISTIA PARA A COMISSÃO NACIONAL DA VERDADE**
MARCELO D. TORELLY
- ▶ 388 **CONCLUSÕES – PUNIR E/OU PERDOAR: A APOSTA EM UMA JUSTIÇA RESTAURADORA E INSTAURADORA**
MIREILLE DELMAS-MARTY
- ▶ 400 **ESPECIAL**
CINEMA PELA VERDADE
- ▶ 417 **DOCUMENTOS**
- ▶ 418 **AS DIRETRIZES DE BELFAST SOBRE ANISTIA E RESPONSABILIZAÇÃO**
- ▶ 440 **SENTENÇA DO V TRIBUNAL INTERNACIONAL PARA APLICAÇÃO DE JUSTIÇA RESTAURATIVA DE EL SALVADOR**
- ▶ 472 **SENTENÇA SUPREMA CORTE DE JUSTIÇA DA NAÇÃO ARGENTINA – CUMPRIMENTO OBRIGATÓRIO DAS RECOMENDAÇÕES DA COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS**
- ▶ 506 **NORMAS EDITORIAIS**



INAUGURAÇÃO DO MONUMENTO À RESISTÊNCIA E À LUTA PELA ANISTIA EM MINAS GERAIS, INAUGURADO EM BELO HORIZONTE EM 25 DE MAIO DE 2013.
FONTE: ACERVO DA COMISSÃO DE ANISTIA.



PÚBLICO DA INAUGURAÇÃO DO MONUMENTO À RESISTÊNCIA E À LUTA PELA ANISTIA EM MINAS GERAIS, INAUGURADO EM BELO HORIZONTE EM 25 DE MAIO DE 2013.
FONTE: ACERVO DA COMISSÃO DE ANISTIA.



APRESENTAÇÃO

**PAULO ABRÃO, AMARILIS TAVARES &
MARCELO D. TORELLY**





FORTALECER A DEMOCRACIA NOS 50 ANOS DO GOLPE

Temos a alegria de apresentar a nona edição da *Revista Anistia Política e Justiça de Transição*. Na antevéspera do aniversário de 50 anos do Golpe Militar de 1964, o presente volume de nosso periódico científico apresenta os resultados do *Colóquio Direito à Verdade e Justiça de Transição nos Países do Cone Sul*, realizado em dezembro de 2011 na Universidade de São Paulo. A reflexão comparada nos permite, a um só tempo, identificar características comuns, mas também peculiaridades dos processos transicionais da região. Neste processo, podemos traduzir informação em conhecimento e aprendizado, explorando o que há de melhor em cada contexto nacional para percebermos o que podemos aprimorar em nossas respostas domésticas ao legado autoritário.

Além das contribuições acadêmicas para o Colóquio, a Revista apresenta entrevistas e depoimentos de intelectuais e defensores dos direitos humanos que atuaram, nas Américas e na Europa, para minorar os danos da ditadura e estimular o retorno à democracia. Entre os documentos que a Revista publica nesta edição, temos a nova sentença do Tribunal Internacional para a Justiça Restaurativa em El Salvador, a sentença da Suprema Corte de Justiça da Nação Argentina, que reconhece efeito vinculante às recomendações da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, e os princípios de Belfast para a aplicação de leis de anistia.

Que conclusões nos inspiram estes conteúdos?

Primeiro, a de que o rompimento com a ordem constitucional democrática não é, nem pode jamais ser, uma alternativa. O legado das ditaduras do Cone Sul segue em disputa, e é vital para a democracia repudiar, de forma veemente, o autoritarismo. Ao longo do tempo, diversos textos comparativos e estudos de caso aqui publicados mostraram como as justificativas para a ruptura com a ordem democrática sempre atenderam a interesses específicos, e nunca ao interesse da Nação. A compreensão dos processos históricos que levaram à consolidação de *déficits* democráticos é um meio para enfrentar as causas estruturais que impedem a melhoria de nossa qualidade democrática. O caminho a ser seguido é o de aprimoramento de nossas instituições públicas, e disso depende a afirmação de que não há justificativa legal - ou política - para rompimentos como o de 1964.

Segundo, concluimos que é fundamental exercitarmos a memória sobre o autoritarismo e promovermos mecanismos de não repetição. Aqui não bastam as reformas legais, é necessária a construção substancial de uma cultura democrática e igualitária. A memória é instrumento fundamental para isso, pois permite a reflexão crítica sobre as violações pretéritas e o estabelecimento de um senso comum democrático, promovendo uma ruptura com o senso comum autoritário de que tivemos no Brasil uma “ditabranda” e de que o golpe foi um mal necessário para alcançar um suposto bem maior, forjado na necessidade de se combater um inimigo interno. Essas afirmações se assentam em uma ideia de que a violação aos direitos humanos é aceitável, desde que moderada e justificável, e de que é legítimo a uma minoria impor sua vontade quando contrariada.

Naturalizar esse tipo de afirmação significa estimular a crença profundamente antidemocrática de que existem setores diferenciados da sociedade com delegação para usarem da violência sem se submeterem nem ao império das leis, nem à vontade democrática da maioria.

Terceiro, concluímos que os debates comparados nos ajudam a compreender como diferentes contextos autoritários propiciaram diferentes respostas transicionais. Isso permite comparar alternativas e estabelecer novos horizontes de possibilidades. Argentina e Chile aparecem, hoje, como exemplos latino-americanos de promoção da justiça, explicitando um *déficit* brutal da transição brasileira. Enquanto os vizinhos argentinos avançam em reconhecer que as recomendações da Comissão Interamericana de Direitos Humanos vinculam o sistema de justiça doméstico, no Brasil o sistema de justiça ainda discute “se” e “como” implementar a sentença do caso Julia Gomes Lund. Aqui, podemos aprender.

De outro lado, o Brasil apresenta inequívocos sucessos que podem inspirar outros atores pró-democracia em processos de transição. Dois exemplos são o exitoso programa de reparações e o vigoroso debate que toda a sociedade tem produzido por meio das comissões da verdade. No primeiro caso, a abrangência do programa brasileiro, orientado pela perspectiva da reparação integral – financeira, moral, individual, coletiva e psicológica – que tem servido de inspiração para países que desenham mecanismos para compensar violações em escala aos direitos humanos. No segundo, nos tornamos objeto de atenção internacional, uma vez que a mobilização sem precedentes por verdade e memória, em nosso país, ganhou ímpar dimensão institucional, com



a emergência de dezenas de comissões locais, regionais, setoriais e temáticas, públicas e privadas, desenhadas para ampliar a busca pela verdade e robustecer o trabalho da Comissão Nacional da Verdade.

Na antevéspera da triste data dos 50 anos do golpe, esta Revista segue cumprindo sua missão de oferecer aos seus leitores um debate de excelência sobre questões de justiça de transição. Segue apostando na estratégia de combater os *déficits* de nossa democracia por meio da crítica aos legados do autoritarismo e da busca permanente da ampliação do debate democrático.

Todo processo democrático possui suas contradições, como as recentes manifestações de junho plenamente demonstraram, a um só tempo desafiando e mostrando o vigor de nossa democracia. Qual é a principal conclusão a que chegamos? A de que somente com mais democracia resolveremos nossos *déficits* democráticos.

Boa leitura!

Brasília, dezembro de 2013.

Paulo Abrão

Secretário Nacional de Justiça
Presidente da Comissão de Anistia

Amarilis Tavares

Diretora da Comissão de Anistia

Marcelo Torelly

Coordenador Acadêmico da Revista

PRODUTOS DO PROJETO MEMÓRIAS DA RESISTÊNCIA E DA SOLIDARIEDADE
REALIZADO EM PARCERIA COM A ASSOCIAÇÃO ARQUIVISTAS SEM FRONTEIRAS
DO BRASIL, PORTO ALEGRE, EM 24 DE ABRIL DE 2013.

FONTE: ACERVO DA COMISSÃO DE ANISTIA.



MESA DO LANÇAMENTO DO LIVRO MEMÓRIAS DA RESISTÊNCIA
E DA SOLIDARIEDADE, PORTO ALEGRE, EM 24 DE ABRIL DE 2013.

FONTE: ACERVO DA COMISSÃO DE ANISTIA.



PÚBLICO DO LANÇAMENTO DO LIVRO MEMÓRIAS DA RESISTÊNCIA
E DA SOLIDARIEDADE, PORTO ALEGRE, EM 24 DE ABRIL DE 2013.

FONTE: ACERVO DA COMISSÃO DE ANISTIA.

ENTREVISTAS



- LOUIS JOINET
- EMMANUEL DECAUX
- DALMO DALLARI
- PAUL BOUCHET



OS ESPECIALISTAS FRANCESES NA ONU E OS REGIMES AUTORITÁRIOS LATINO-AMERICANOS*

DEBATE COM LOUIS JOINET
E EMMANUEL DECAUX, SOB A
COORDENAÇÃO DE MIREILLE
DELMAS-MARTY – COLLÈGE DE
FRANCE, PARIS, 24 DE NOVEMBRO
DE 2011.

Louis Joinet e Emmanuel Decaux foram especialistas independentes junto à Subcomissão de Direitos Humanos da ONU e participaram do desenvolvimento de diversos trabalhos relativos ao impacto dos regimes de exceção na proteção dos direitos humanos; às leis de anistia e à luta contra a impunidade das graves violações a direitos humanos; ao direito à reparação ou ao exercício da justiça por tribunais militares e de exceção.

Mireille Delmas-Marty – Nós estamos reunidos hoje para falar do direito à verdade e da justiça de transição nos países do Cone Sul da América Latina, isto é, na Argentina, no Brasil, no Chile, no Paraguai e no Uruguai. Devo recordar que o presente debate dá continuidade a uma pesquisa sobre as “Figuras da internacionalização do direito” nos países já citados, que se desenvolve há alguns anos no âmbito da cátedra “Estudos jurídicos comparados e internacionalização do direito” do *Collège de France*. Eu coordenei, juntamente com Kathia Martin-Chenut, esta pesquisa, que será publicada em breve. Como seguimento de tal pesquisa, Kathia Martin-Chenut organiza, em São Paulo, com a Universidade de São Paulo e o Ministério da Justiça do Brasil, um colóquio precisamente sobre o direito à verdade e a justiça de transição nos países do Cone Sul.

* Concepção, organização e coordenação de Kathia Martin-Chenut. Transcrição e livre tradução do francês de Deisy Ventura. Entre colchetes encontram-se as notas da tradutora. Vídeo original disponível em <http://www.college-de-france.fr/site/mireille-delmas-marty/24_18_novembre_2011_.htm#p=../mireille-delmas-marty/24_novembre_2011_.htm>.

LOUIS JOINET

A ideia central do colóquio é mostrar não somente a influência do direito internacional sobre o direito interno dos países da América Latina, mas também o aporte dos países da América Latina, do seu direito interno e de sua prática interna sobre a evolução do direito internacional. E, para falar disto, nós temos a sorte de acolher dois especialistas franceses que exerceram, ambos, e ainda exercem, atividades no seio das Nações Unidas sobre os regimes autoritários na América Latina. Temos, de um lado, Louis Joinet, que exerceu mandatos particularmente importantes em relação ao nosso tema. Ele presidiu a Subcomissão de Direitos Humanos

EMMANUEL DECAUX

das Nações Unidas, foi Presidente-relator do grupo de trabalho sobre a detenção arbitrária e Relator especial sobre a questão da impunidade. Logo, estamos realmente no coração deste tema. De outra parte, temos Emmanuel Decaux que é atualmente Professor da Universidade de Paris 2, que é Vice-Presidente da comissão nacional consultiva de direitos do homem, uma comissão francesa, mas que tem igualmente atividades internacionais como Presidente do Comitê das Nações Unidas sobre desaparecimentos forçados. Eu passarei imediatamente a palavra à Louis Joinet, que outrora pronunciou a seguinte frase: “Tudo começou no Brasil”

Louis Joinet – Sim, digamos que o Cone Sul em geral, e o Brasil em particular, desempenhou um papel histórico – cabe empregar grandes palavras nas grandes ocasiões. Porque era a época da ditadura. A oposição brasileira estava dispersa e dividida; muitos estavam no exílio. Os amigos brasileiros sabem: o PCB, o PC do B, a ALN, cada um defendia seu campo. E Miguel Arraes, grande homem e grande brasileiro, que estava em Argel [Argélia], contatou-me e disse: “é preciso que encontremos um tema unificador”, e nós pensamos na anistia. Quem pode ser contrário à anistia dos prisioneiros políticos? Então, isto durou três anos. Houve um problema muito grande. Em Roma, com o governo italiano, a Fundação Lelio Basso, nós organizamos um grande colóquio – todas as tendências da oposição em exílio estavam lá – sobre o papel das leis de anistia. O objetivo que tínhamos...

MDM – Isto foi nos anos 1980?

LJ – Bem antes, bem antes, era 1970, algo assim.

MDM – Porque, então, o Relatório Joinet sobre a anistia é posterior.

LJ – Sim, porque o relatório Joinet da ONU sobre a anistia é o desenvolvimento deste famoso relatório sobre a anistia que eu havia apresentado em Roma, para os amigos brasileiros. Partiu do Brasil.

MDM – Logo, foi um trabalho de grande fôlego.

LJ – Muito longo. Um ano nacional equivale a cinco anos na ONU. O resultado deste colóquio é que se decidiu cobrir o Brasil, em plena ditadura, de Comitês pela Anistia para o Brasil. Eu fui até lá, em missão, como novo relator. Foi, aliás, muito complicado, a ditadura nos expulsou da sala onde deveríamos nos reunir. Uma grande pessoa que se chama Ruth Escobar, uma grande atriz, nos acolheu em seu teatro. A polícia não ousou intervir e lançamos, então, este grande movimento, não de massas, mas deve ter havido 30 ou 40 comitês neste enorme território. Logo, houve uma tomada de consciência. A consequência foi que, pouco a pouco, esta tomada de consciência permitiu a formação de uma verdadeira frente contra a ditadura, porque se pressentiu que isto começava a evoluir, de certo modo, em todo o mundo. Franco cairia, em Portugal, bem como a ditadura grega e, então, foi muito importante que todos estivessem unidos nesta fase histórica de transição. Quem desempenhou um papel muito importante foram as famílias. As famílias das vítimas uniram-se. Então o que houve, e foi muito difícil, é que foi necessário, em torno dos anos 80, dar um giro de 180 graus. Acabávamos de lutar, de nos organizar para lutar pela anistia...

MDM – Pela anistia aos opositores políticos.

LJ – Sim, e eis que subitamente as ditaduras, tanto no Brasil como alhures, começaram a sentir que seria melhor



preparar a impunidade, uma forma de impunidade, e foi então que os ditadores organizaram anistias para “limpar-se”.

MDM – E então vocês passaram, ao contrário, a lutar contra a anistia.

LJ – Então, ali surgiu a luta contra a anistia, com ambiguidade. Foi complicado, porque não se pode esquecer que alguns praticaram violências. Mas não se pode, e isto é uma questão crucial em meu relatório sobre a impunidade, e na minha experiência prática: não se pode colocar no mesmo plano o opressor e o oprimido. Então, há erros dos dois lados. Mas há um momento, descrito na alínea 3 da Declaração Universal de Direitos Humanos, que explica que se há um momento em que os DH não são respeitados, o povo será levado a revoltar-se. Não se trata de um encorajamento à violência política. Mas é preciso reconhecer que não se pode colocá-los em plano de igualdade. Eu estive em missões no Araguaia – era o PC do B que organizava uma guerrilha àquela época – não tenho lembrança de que os guerrilheiros tenham praticado desaparecimentos forçados massivos. Porém, os Estados, sim. Inclusive o Estado brasileiro. Realmente, há uma nuance a trazer o opressor e o oprimido. Mesmo se houve erro dos dois lados, não se pode colocá-los no mesmo plano.

MDM – Sobre o tema das desapareções massivas, Emmanuel Decaux poderia trazer elementos complementares?

Emmanuel Decaux – Sim, aqui também a escala do tempo é muito importante. O que é um pouco desencorajador é que o tempo dos Estados não é o mesmo dos indivíduos. A declaração das Nações Unidas contra os desaparecimentos forçados foi adotada em dezembro de 1982 e apenas 25 anos depois, em fevereiro de 2007, a Convenção foi aberta a assinaturas em Paris. O importante é que esta Convenção entrou em vigor, com 30 Estados-Partes, o que não é muito, pois há mais de 190 Estados no mundo. E o Brasil é um dos Estados-Partes, como numerosos Estados latino-americanos. Então, isto é uma coisa muito boa. O comitê foi implementado, houve uma primeira sessão há algumas semanas. Então as coisas estão em ordem. Mas o que é importante é que agora nós tratamos de um direito forte, porque tudo que foi feito, todo o trabalho pioneiro que havia feito a subcomissão com Joinet, foram *guidelines, standards, diretivas, princípios diretores*, ou seja, do direito suave. Foi fundado sobre um forte consenso, o que significa que todos os Estados estavam envolvidos, enquanto um tratado vincula apenas os Estados-Partes, mas um tratado se trata de um direito forte, e nossa Convenção tem instrumentos muito inovadores, pois, em caso de crise, nós podemos até mesmo recorrer à Assembleia Geral [da ONU], o que é algo importante.

MDM – Então há uma mistura de direito suave e de direito forte?

ED – No momento, coexiste o grupo de trabalho sobre desaparecimento forçado e involuntário, que tem um mandato universal, que pode fazer chamados urgentes e visitas aos países (todos os países do planeta), e o comitê convencional que se ocupa apenas dos Estados-Partes, com uma cooperação entre os dois, porque não se deve causar confusão. É algo que tecnicamente é muito complicado, mas para as vítimas de desaparecimento forçado, seja qual for o balcão a que recorrem, é o mesmo fenômeno. Aqui nós temos o dever, entre grupo de trabalho e comitê, de coerência e continuidade.

LJ – Algo importante: por que fizemos esta declaração? Porque é preciso distinguir bem, e isto interessa aos juristas, uma declaração e uma convenção. Quando um Estado aceita uma convenção, ele abandona uma parcela de sua soberania. Então, se formos investigar em seu território, ele é obrigado a aceitar. No entanto, o Grupo de Trabalho – porque na ONU não se pode dizer comissão de inquérito, por razões diplomáticas, diz-se grupo de trabalho...

MDM – Fica mais neutro, aparentemente...

LJ – Uma queixa chama-se comunicação... Enfim, é a linguagem onusiana, mas o importante é que possamos ir ao local. Então, começamos, antes de elaborar a convenção, a fazer uma declaração, cujo grupo de redação eu presidi, que foi adotada pela Assembleia Geral. Porque,

dizíamos a nós mesmos, se não existir convenção, essa comissão de inquérito terá ao menos uma norma à qual referir-se. Finalmente, depois de algum tempo, foi possível orientarmo-nos rumo a uma convenção, cujo grupo de redação do anteprojeto eu igualmente presidi. Aqui, o papel fundamental do Cone Sul foi o da família das vítimas, o que merece algumas palavras de explicação: é algo realmente histórico, que depois ganhou diversos continentes. No início, as pioneiras foram as Mães da Praça de Maio e as Avós [da Praça de Maio]. Depois, cria-se a FEDEFAM, a Federação Latino-americana das Associações de Familiares de Presos e Desaparecidos, que se implantou por meio de sessões em cada país. E foram elas que – eu estou bem colocado para sabê-lo, pois estive no grupo que preparou o texto da convenção – exerceram uma pressão, muito agradável, porque isto nos ajudava a avançar, mas havia pressões muito fortes, mobilizações, eles visitavam os Embaixadores, os Estados. E houve uma tomada de consciência que sacudiu o mundo das ONGs [Organizações Não Governamentais]. Até aquela época, as ONGs eram, como se dizia em minha juventude, eurocentristas – a exemplo das grandes organizações, como a Anistia Internacional –, e aqui foram as vítimas, em seus países, que tomaram em suas mãos o problema e se organizaram para lutar.

MDM – Isto é muito importante porque é realmente a ação cívica, a ação cidadã...

LJ – Totalmente.



MDM – Esquece-se com frequência, quando não se é internacionalista e se fala do direito internacional, pensa-se unicamente no papel dos Estados, eventualmente no das ONGs, mas raramente no papel de cada simples cidadão. É importante dizer que cada cidadão tem uma parte de responsabilidade e pode fazer com que as coisas se movam.

LJ – E isto migrou agora para todos os continentes. Eu trabalhei muito com a federação dos familiares de desaparecidos das Filipinas, da Argélia (que é muito dinâmica). Então, tenho o prazer de dizer que os amigos do Cone Sul, da sociedade civil, realmente encontram-se à origem de uma evolução absolutamente histórica. Isto é muito importante, que eles tenham tomado as rédeas de seu próprio destino. E depois, quando chegou o período de transição, eles já estavam organizados, então um equilíbrio de forças já estava instaurado. Era obrigatório ouvi-los, eles eram interlocutores, eu lembro da comissão *Nunca Más* na Argentina [também conhecida como Comisión Nacional sobre la Desaparición de Personas – CONADEP], foi muito importante dispor imediatamente de interlocutores organizados, e não ter que partir a buscar uns e outros. É realmente uma história muito bonita, esta história do Cone Sul.

MDM – É uma condição necessária ter interlocutores.

LJ – Se não tivermos interlocutores na

sociedade civil, o que se tem é o Estado. Quando eu falo da sociedade civil, falo da corrente que representa as vítimas, sejam as ONGs ou as famílias.

MDM – Atrás desta potente ação das vítimas, há algo que emerge, de que se fala seguidamente, como uma espécie de direito à verdade?

LJ – Aqui, duas palavras de juridicismo: em meu relatório sobre a luta contra a impunidade os três pilares eram o direito de saber, o direito à justiça e o direito à reparação, para os oprimidos, o que é mais amplo que a expressão “vítimas”. São os três pilares para uma estratégia de luta contra a impunidade. E eu havia voluntariamente chamado de direito de saber, e não de direito à verdade, porque o direito de saber é também um processo que permite saber. Houve um grande debate e, finalmente, todos nos pusemos de acordo em relação a um conceito comum, que é o do direito à verdade.

MDM – É verdade que direito de saber é mais modesto, de certa forma, do que a verdade...

LJ – Era para fazer com que as ditaduras aceitassem que eles esperavam tentar alcançar o direito de saber.

MDM – O relatório ao qual você faz alusão é o relatório...

LJ – É o relatório para o qual fui designado pela subcomissão, sobre a luta contra a impunidade. A escolha que

fiz à época foi ditar princípios diretores. Não eram normas que tivessem valor obrigatório, mas tratei de que fossem dirigidos tanto à sociedade civil como ao Estado.

MDM – Você fala do relatório intitulado “Não à impunidade, sim à justiça”?

LJ – Estes são os anais de um primeiro colóquio preparatório ao relatório sobre a impunidade que fiz para a ONU. O evento ocorreu em Genebra no ano de 1992. Havia 50% de latino-americanos. Havia gente como Frederico Andreu (Guzman), que desempenhou um papel histórico na organização deste colóquio, e foi lá que nós limpamos o caminho, por tudo que acabo de dizer, foi lá que começamos. Hoje parece claro, mas nós partimos do nada.

MDM – Já é lá que encontramos as três condições evocadas?

LJ – Sim.

MDM – Enfim, se estas três condições forem reunidas, pode-se admitir uma anistia? Como se faz o vínculo?

LJ – Se elas estão reunidas, tudo depende do que se anistia. Faz-se uma distinção entre os crimes contra a humanidade e outros. Há desaparecimentos que são práticas massivas, que são considerados crimes contra a humanidade pela convenção, mas há também outros casos. Um dos casos históricos de desaparecimento, tenho vergonha de dizer... O primeiro grande país onde

houve desaparecimento foi a França, com o caso Ben Barka, que eu conheço bem porque era adjunto do juiz de instrução. Na jurisprudência do Cone Sul, e em particular da Corte Interamericana, eles fizeram a distinção. Quando há uma prática massiva, isto se torna um crime contra a humanidade, que é imprescritível por natureza. Mas em outros casos de desaparecimento, sem fazer juridicismo, retarda-se o ponto de partida da prescrição porque o maior desafio da luta contra a impunidade é: que lugar se deixa, ou não, à prescrição?

MDM – Prescrição e anistia não são a mesma coisa...

LJ – Sim, mas os agressores jogam com ambos, para evitar...

MDM – Pode-se utilizar a prescrição como uma anistia disfarçada, de fato...

LJ – Exatamente, ganhar um pouco de tempo para seguir e lutar para evitar qualquer tipo de anistia.

MDM – Tanto os crimes contra a humanidade como os crimes de guerra são imprescritíveis, logo, não anistiáveis.

LJ – Sim, é a jurisprudência da Corte Interamericana. No caso Bordaberry, não é nem internacional, é o direito nacional. No julgamento de Bordaberry, que eu conheci, que era o ditador uruguaio à época, ele foi condenado a 30 anos de prisão por uma jurisdição nacional, por crime contra a humanidade. Não foi necessário recorrer ao direito

internacional. Logo, a evolução do direito internacional progressivamente impregnou a legislação nacional. Na Argentina, os acasos da vida fizeram com que eu fosse testemunha de acusação no processo dos generais argentinos. Foi um momento... Vocês se dão conta de que, por duas vezes eu conduzi inquéritos contra a ditadura, e eu me encontro na audiência e a junta militar está no banco dos réus!

MDM – Deve ter sido um momento de grande intensidade.

LJ – O surpreendente é que o membro do Ministério Público que me interrogou nesta audiência foi Luis Moreno Ocampo, que é, hoje, o Procurador do Tribunal Penal Internacional.

MDM – Isto é interessante como cruzamento...

LJ – Foi interessante ver porque... OTPI, eu concordo que é um grande progresso, mas nós, verdadeiramente, encontramos a solução quando é um tribunal nacional que presta a boa justiça. E eu havia aceito ser testemunha, sob a condição de que não fosse um tribunal de exceção. E foi um tribunal de segunda instância, de direito comum, com o procedimento de direito comum, que julgou os generais argentinos.

MDM – Isto é importante também em relação às questões concernentes à jurisdição de exceção, que Emmanuel Decaux...

ED – Há todo um trabalho que foi feito pela Subcomissão [de promoção e de proteção dos direitos humanos da ONU]. Primeiro, por Nicole Questiaux, sobre os estados de crise e circunstâncias excepcionais, sempre para ter princípios diretores, para não encontrar-se na arbitrariedade absoluta. Ainda hoje, há países em estado de justiça de exceção: havendo problemas, cria-se uma jurisdição suplementar, como no Egito. Então, os estados de exceção tornam-se permanentes, com um vínculo entre o regime militar e a justiça militar. Nisto também Louis, a Subcomissão, começou a trabalhar sobre a justiça militar e eu tive a sorte de continuar...

LJ – Eu é que tive a sorte de que você continue...

ED – Em todo caso, a última coisa importante, eu creio, que se fez em 2006, foi adotar um princípio diretor sobre a boa administração da justiça por tribunais militares, que foi aceito por consenso por todos os colegas, inclusive o meu colega chinês, meu colega russo etc., e este princípio coloca um preceito claro, de que, em se tratando de violações massivas de direitos humanos, uma justiça militar não pode ser (considerada como) independente e imparcial. Aí há uma incompetência de princípio, uma incompatibilidade de princípios, ideia que, aliás, não foi retomada na Convenção das Nações Unidas. Creio que no momento das negociações, para acalmar as

inquietações da Síria – o que hoje parece muito paradoxal – apagou-se este ponto, quando isto é muito claro na Convenção Interamericana sobre Desaparecimento Forçado. Então, a meta do comitê é de ter uma interpretação estrita desta questão de princípio, isto é, que uma jurisdição de exceção, *a fortiori* uma jurisdição militar, não pode ser competente quando se trata de violações massivas de direitos humanos.

MDM – Mas, então, se voltamos a este princípio de recusa da impunidade, isto não cria problemas em relação a formas de justiça ditas tradicionais ou alternativas? Qual é o lugar das comissões que chamamos por vezes de “da verdade” ou “de reconciliação”, em relação ao processo penal?

LJ – Eu acredito, e, no relatório sobre a impunidade eu o digo claramente, que as comissões de verdade ou de reconciliação têm por objetivo satisfazer o direito de saber, o direito à verdade: o que houve? Como se chegou até aqui? O que é diferente do direito à justiça: a denúncia, o devido processo... E então, há uma interação. Eu estive em missões, eu trabalhei em comissões deste tipo... Porque há, atualmente, creio que há duas dezenas delas no mundo...

MDM – De onde vem a primeira?

LJ – A primeira foi a da Argentina. Em seguida o Chile, depois... A da África do Sul, de Uganda; a do Timor, na qual eu trabalhei...

MDM – Então, isto também partiu da América Latina?

LJ – Sim, por isto o papel é dos países do Cone Sul. Então, finalmente, pouco a pouco, eles podem ter orgulho disto, de uma certa forma – embora às custas do sofrimento. Eles fizeram evoluir o direito internacional e internacionalmente.

MDM – Eles abriram o caminho, na verdade.

LJ – Sim.

MDM – Em relação ao que acaba de dizer Louis Joinet, não haveria um problema concreto em relação às famosas reparações às vítimas?

ED – Trata-se do problema da escala dos crimes contra a humanidade, quando há dezenas ou centenas de milhares de pessoas que foram atingidas. Um outro trabalho de referência foi feito por outro especialista da Comissão, Theo van Boven, sobre as reparações das violações massivas de direitos humanos e violações graves do direito humanitário, que foi completado a seguir por [Cheriff] Bassiouni. Este processo foi até o final, foi a Assembleia Geral que referendou, há alguns anos, estes princípios. A ideia central de Theo van Boven é a de que pode haver reparações coletivas, que não são somente reparações materiais, individuais, mas reparações simbólicas, de reabilitação das vítimas, e também museus... Vocês sabem que em Buenos Aires há a ESMA [Escola Superior de Mecânica da Armada] que foi um lugar terrível. É muito impressionante quando se



vê, porque tudo está vazio. Era um lugar de trânsito para a desapareção forçada e se tornou um museu.

MDM – Isto se alia à ideia do direito de saber e de conhecer sua história também.

LJ – O que implica em certo reconhecimento pelo Estado, da sua responsabilidade.

ED – Na África do Sul, vê-se museus do *apartheid*; lá, também, são muito impressionantes.

MDM – O que vai além da reparação às vítimas, é ao mesmo tempo...

LJ – O símbolo; são monumentos...

ED – Quando há um sistema que, por si só, é perverso, como o *apartheid*, há dois níveis de responsabilidade. Há as pessoas que fazem funcionar o sistema e há as que são cúmplices do sistema. Então, além da existência de um *apartheid*, que já é um crime, dentro deste sistema há pessoas que cometem brutalidades, assassinatos, execuções forçadas, e que possuem uma responsabilidade individual suplementar. Logo, é muito duro distinguir estes dois níveis e a Comissão Desmond Tutu tinha esta vocação. Contrariamente ao que se pensa, as pessoas que não colaboravam com a comissão, ou que tinham cometido crimes demasiado graves, eram encaminhadas à Justiça.

MDM – Então, eles foram julgados na África do Sul? Porque, durante um certo

tempo, eles não haviam sido julgados...

E se dizia haver uma certa frustração das vítimas em relação àqueles que não haviam reconhecido a própria culpa, mas, tampouco, foram julgados. Então, agora, eles foram julgados...

ED – Houve julgamentos.

MDM – Reparções como a construção de um museu, por exemplo, não suscitam a questão da aproximação entre o direito e a história? A justiça e a memória?

LJ – Sim, de certo modo é este o objetivo. Você tem, por exemplo, na Argentina, uma ONG que faz um trabalho notável, que se chama *Memoria Abierta*, que grava – como estamos fazendo agora – centenas e centenas de depoimentos. Eles me entrevistaram durante quatro horas sobre as missões das quais eu havia participado na época da ditadura. Aqui, há uma memória... Porque é preciso compreender bem que, um dia, os juízes deverão dar lugar aos historiadores. Isto é muito importante. No meu relatório sobre a impunidade, eu pondero que é muito importante.

MDM – É um ponto muito sensível, especialmente quando visto sob o prisma dos historiadores...

LD – É preciso que eles tenham a matéria-prima. Então, há toda uma cultura da memória no Cone Sul que se desenvolveu com as ONGs especializadas, o que é verdadeiramente muito importante. Mas, sobre as comissões de verdade e de reconciliação

– e isto corresponde a uma questão de memória – há um relatório que é muito interessante, o da comissão do Chile [*Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación*, conhecida como Comissão Rettig]. Porque a primeira parte, eu creio, não é de inquéritos sobre as violações etc. É sobre como se comportou a sociedade chilena sob a ditadura [trata-se da segunda parte do relatório]. Então, há capítulos sobre os sindicatos, as igrejas, os intelectuais, as ONGs, os jornalistas, e é apaixonante ler isto. Porque há um começo de autocrítica. Não há somente os “militares maus”; todo mundo estava envolvido neste processo.

MDM – O relatório, então, vai além da investigação puramente judiciária...

LJ – Sim, esta comissão, o seu relatório, é, para mim, exemplar, em relação a este aspecto. Quanto ao resto, houve lacunas... Mas isto é muito importante. Imaginem, por exemplo, na França à época da libertação, que nos puséssemos a fazer um exame de consciência sobre como, sob o governo de Pétain, comportaram-se os intelectuais etc. Isto é inconcebível na França! No Chile, isto foi feito.

MDM – Atualmente, isto é admissível em outras partes do mundo...

LJ – Eu não sei... Há duas dezenas de comissões, eu não conheço todas. Mas no relatório sobre a Argentina não há este aspecto; ele vai mais longe quanto à investigação, sobre as violações, o tipo,

o autor, as práticas... Mas esta parte eu ignoro em outros relatórios, além daquele do Chile. É interessante.

MDM – Isto colocaria, como pano de fundo, a questão dos arquivos?

LJ – O problema dos arquivos foi descoberto, de modo relativamente recente. Desculpe-me por repetir-me, mas aqui também o Cone Sul desempenhou um papel histórico. Um dos meus colegas e amigos, [Martín] Almada, que é um jurista paraguaio, descobriu, abandonados numa delegacia de polícia do Sul de Assunção, os arquivos da Operação Condor. O que é a Operação Condor? Era uma espécie de INTERPOL [ICPO, *International Criminal Police Organization*] da ditadura. Cinco ou seis países, inclusive o Brasil – além da Argentina, do Paraguai, do Chile etc. –, reuniram-se para exterminar os opositores, fisicamente. Então havia uma coordenação, pois muita gente partia em exílio ou se refugiava na clandestinidade para poder estar em seu país. Havia, especialmente na fronteira do Paraguai, uma unidade especializada – porque muitos passavam pelo Paraguai para chegar ao Chile e à Argentina – e tudo isto foi coordenado pela Operação Condor. Eles não tiveram a ideia ou o tempo... Porque é preciso saber que destruir arquivos é muito difícil...

MDM – Por que é difícil?

LJ – Por exemplo, quando da libertação da França, o Quai d’Orsay [Ministério



das Relações Exteriores da França] tentou queimar os arquivos, sobre a grama... Você empilha pastas, você joga combustível e põe fogo. Mas tente queimar um livro, deixando-o em cima disto! Ele pode se deteriorar, mas é preciso arrancar página a página e jogá-las para que ele queime inteiro. Assim, na maior parte das vezes, apesar da tentativa de destruição, foi possível recuperar arquivos, ou, não raro, eles foram preservados porque não houve tempo de fazê-los desaparecer ou de levá-los a outro lugar.

ED – Além disso, as ditaduras são muito burocráticas.

MDM – Há muitos arquivos; logo, há muitos arquivos a destruir.

LJ – São muito burocráticas! Nós trabalhamos nos arquivos da STASI e da KGB [polícias secretas, respectivamente, da Alemanha Oriental e da União Soviética], que são espantosos porque há arquivos até sobre os próprios arquivistas. É a serpente que devora a própria cauda.

MDM – Atualmente se trabalha nestes arquivos?

LJ – O Centro Internacional dos Arquivistas, o CIA; a UNESCO [Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura]... Foi no âmbito da UNESCO e do Alto Comissariado de Direitos Humanos das Nações Unidas que, em um grupo de

trabalho, eu tratei destas questões. E eu devo dizer que quando eu li a lei sobre a Comissão da Verdade do Brasil, há um ponto que deve servir de exemplo a muitos países: é que há uma segunda lei que se chama Lei de Acesso à Informação, por duração indeterminada. Isto é fundamental, porque a maior parte dos países tem uma legislação que diz, por exemplo, “por trinta anos não haverá acesso” etc. E eu estou agradavelmente surpreso, pois, geralmente é por algo assim que as ditaduras lutam. Os policiais, os militares, eles tentam fazer com que se mantenha [o sigilo]... E então, esta lei que eu começo a conhecer melhor, que é sobre a Comissão da Verdade, eu considero que é uma etapa importante. Mas é apenas uma etapa. Será necessário ir mais longe. E tudo depende de como os membros desta Comissão interpretarão seu mandato, à luz... Eu espero que eles façam contato com os seus colegas do Cone Sul que já exerceram estes mandatos, aproveitem a experiência: as besteiras a não fazer, as provocações a evitar, são temas muito sensíveis. Quanto ao problema dos arquivos, o ponto positivo é a outra lei, sobre o acesso à informação. Quanto ao resto, é preciso ainda avançar.

MDM – Serão, talvez, as palavras de encerramento, porque eu creio que nós bem demonstramos o papel motor dos países do Cone Sul, o ímpeto que foi dado. Mas como você acaba de dizer, é uma etapa essencial, mas não é a última etapa.

LJ – Nós poderíamos até dizer que, no Brasil, é a segunda etapa, porque lembro que já há outras comissões [*Comissão Especial sobre Mortos e Desaparecidos Políticos* – CEMDP, e *Comissão de Anistia*]. De todo modo, é preciso considerar que eu tenho amigos brasileiros que criticaram esta lei, pois ela não vai suficientemente longe. Eu compartilho este ponto de vista sob certos aspectos. Colocar em pé de igualdade o opressor e o oprimido não é algo que possa resultar, um dia, em uma reconciliação. Aliás, no relatório sobre impunidade, eu não falo sobre reconciliação, que quer dizer diálogo. Olhem o que houve no Chile. É muito longo tudo isto. Exige tempo. Houve a Comissão de que falamos, e, anos depois, criou-se uma nova Comissão [*Mesa de Diálogo de Derechos Humanos*], em que havia representantes do Estado, de ONGs, de advogados, que se colocavam à mesa, não para condenar, mas para identificar os locais onde se encontravam os restos mortais. Porque, francamente, encontrar os desaparecidos é um grande percurso para as famílias. Com o tempo que passa, é quase mais importante do que condenar o autor. Ser eternamente condenado a não ter um túmulo... Eu lembro no Timor... Houve muitos desaparecidos. Mas as famílias adquiriram uma área no cemitério da cidade de Dili, e cada família tem uma pequena lápide branca, onde podem vir recolher-se diante de uma tumba virtual

do desaparecido, deixar uma flor... É muito emocionante, há brinquedinhos de criança... Vejam, a questão dos desaparecidos... Encontrar os restos de um desaparecido, mesmo transcorrido um século! Houve progressos enormes com o DNA, que, hoje, tornam isto possível. Eu estive em missão na Espanha com o juiz [Baltasar] Garzón em busca dos desaparecidos da época de Franco e, hoje, isto é possível. Mas é preciso encontrar as valas.

MDM – Disto, a Convenção não fala?

ED – Sim, tudo está na Convenção. O problema, infelizmente, é que há também muitas pessoas que foram jogadas ao mar...

LJ – E, sobretudo, na Argentina e no Uruguai...

ED – Esta também é uma invenção francesa.

LJ – De helicóptero ou avião, havia vãos inteiros... Eu desejo bons ventos à lei brasileira, que ela vá mais longe.

MDM – Não se imporá a reconciliação ou a conciliação à justiça?

LJ – Conciliação significa que as pessoas aceitam discutir para dirigir-se à reconciliação. Porque, quando se quer a reconciliação de imediato, não é possível. Para reconciliar-se, é preciso haver um que perdoe. Para perdoar, é preciso que este a quem se vai perdoar arrependa-se.

Então, é complicado demais. Não se vai pedir às pessoas para que façam um ato de contrição... Num primeiro momento, é preciso fazer com que as pessoas dialoguem, reescrevam sua história, entendam o porquê de terem chegado até lá. Quando eu digo que o opressor e o oprimido não podem ser postos no mesmo plano, isto não significa que eu quero encorajar as pessoas a cometerem atentados, mas o terrorismo de Estado e o terrorismo militante, se assim posso dizer, estão ligados a um período da história em que alguém se revolta contra a opressão.

MDM – Não é assim, tão claro, em todos os casos.

LJ – Não, mas é frequentemente o caso, em todas as missões que realizei: El Salvador, Guatemala, Timor... Vê-se rapidamente em cinco, seis anos de história, que o terrorismo de Estado é muito mais... Como direi... Perverso!

MDM – E podemos identificá-lo com mais facilidade.

LJ – Sim, pode ser identificado. Eu tive minha primeira missão com a FORPRONU [*Força de Proteção das Nações Unidas*] na ex-Iugoslávia. Eu me ocupava da região de Krajina do Sul [região da Croácia ocupada pelos sérvios durante a guerra]. Basta encontrar os arquivos, o que eu fiz. Quem estava a serviço na delegacia tal, por exemplo, no dia 20 de fevereiro às 17 horas, no dia em que pessoas

foram massacradas. É este tipo de coisa que a Comissão da Verdade do Brasil encontrará.

MDM – Voltamos ao Brasil para desejar pleno êxito à comissão...

LJ – E eu aproveito para saudar todos os meus amigos brasileiros, porque eu conheci muitos, ao longo de vinte anos.

MDM – Eles ficarão felizes ao revê-lo, ao menos na tela. Muito obrigada.



INAUGURAÇÃO DO MONUMENTO DO PROJETO MARCAS DA MEMÓRIA DA COMISSÃO DE ANISTIA EM HOMENAGEM AS VÍTIMAS DA DITADURA E À LUTA PELA ANISTIA EM BELO HORIZONTE, 25 DE MAIO DE 2013.

FONTE: ACERVO DA COMISSÃO DE ANISTIA.



CPT
CENTRO PASTORAL DA TERRA
CPT - TUCURUÍ - PA
DE OLHO ABERTO
PARA NÃO
VIRAR ESCRAVO!

OAB
OAB
OAB

211

BRA
Comitê Escola
Cultura

Associação dos Advogados

COMITÊ ESCOLA



“NON À L’IMPUNITÉ, OUI À LA JUSTICE” APÓS DUAS DÉCADAS: TESTEMUNHO DE PAUL BOUCHET¹

PARA RESPONDER A UM NÚMERO SIGNIFICATIVO DE QUESTÕES, DISPONHO DE 20 MINUTOS, O QUE É POUCO, TENDO EM CONTA A EVOCAÇÃO DO MOMENTO NO QUAL ENCONTREI DALMO DALLARI HÁ VINTE ANOS ATRÁS. HÁ, ENTÃO, CERCA DE UM MINUTO POR ANO, PARA AVALIAR O QUE FOI FEITO DESDE ENTÃO. E FEZ-SE MUITA COISA. ANTES DE TUDO, LEMBREMOS, UMA VEZ MAIS, QUE O PESSIMISMO DA INTELIGÊNCIA VAI AQUI SE JUNTAR AO OTIMISMO DA VONTADE. EVOCO UM ENCONTRO QUE OCORREU EM NOVEMBRO DE 1992, UMA INICIATIVA QUE PERMITE COMPREENDER UMA PARTE DO QUE DISSE LOUIS JOINET.

Ele evocou os trabalhos preparatórios deste evento, que foram uma ilustração das relações entre o nacional e o internacional. Podemos debater, em teoria, longamente, a interação entre nacional e internacional, que passa pelo Estado, pelo poder público; que passa pela sociedade civil, pelas minorias ativas; que passa pelos espíritos esclarecidos, proféticos; que passa pelo sofrimento das vítimas, que não podem aceitar o esquecimento.

Tudo isto se refletiu nos anos de 1991 e 1992, nesta iniciativa cujo ponto de partida eu recordarei rapidamente, assim como o seu ponto de chegada. Foi uma iniciativa conjunta de um órgão nacional, a Comissão Nacional Consultiva de Direitos Humanos francesa, que eu presidia à época, e da Comissão Internacional de Juristas. Uma comissão nacional e um grupo internacional que tomaram uma iniciativa conjunta, o que era por si só excepcional. Encontramo-nos em Genebra. Para mim, não era longe. Para você, Dalmo, foi um pouco mais longe, mas não demais. Foi interessante porque a Comissão Consultiva francesa era – e, se pode até dizer que isto era uma

de suas riquezas – muito ambígua. Ela foi a sucessora, após uma reforma nos anos 1990, da comissão constituída por René Cassin – um dos redatores da Declaração Universal dos Direitos Humanos, como vocês bem sabem – que foi criada precisamente a fim de preparar a contribuição francesa à declaração universal. Então, após uma longa sucessão, eu havia herdado a presidência desta comissão consultiva, que compreendia mais de 70 membros, cuja originalidade é a de ser composta por representantes do Estado, enquanto tais, e da sociedade civil. O Presidente, aliás, foi nomeado pelo Primeiro Ministro depois de uma difícil escolha, pois ele não queria nomear um funcionário do Estado, mas ao mesmo tempo buscava um representante da sociedade civil que tivesse uma certa compreensão – o que nem sempre é o caso – um discernimento sobre o que corresponde ao Estado e o que corresponde à sociedade civil. Modestamente, e espero que construtivamente, eu correspondia a este perfil, porque fui por 40 anos advogado trabalhista. Jovem resistente, ao final da Segunda Guerra Mundial, tornei-me advogado de sindicatos. Nestes 40 anos, fui igualmente um dos raros advogados a tornar-me membro do Conselho de Estado [jurisdição administrativa máxima da França], ou seja, membro de um organismo de Estado. Então, a escolha foi, por si só, muito simbólica. Mas havia também representantes das grandes organizações não governamentais nacionais, e, de algumas, eu havia participado como ativista. E havia representantes da nossa diplomacia. Esta era a Comissão Consultiva de Direitos Humanos francesa, que se aliou nesta iniciativa à Comissão Internacional de Juristas, dotada de *status* consultivo junto às Nações Unidas.

Decidimos conjuntamente sobre a reunião que ocorreu em Genebra durante quatro dias, numa iniciativa totalmente singular, sob a égide das Nações Unidas. Havia 60 especialistas, dos quais a maioria, como lembrou Louis Joinet, vinha efetivamente do Cone Sul. Mas havia, também, numerosos representantes da África; da Ásia, menos, essencialmente, um indiano; da Europa, claro; e, então, diferentes sensibilidades podiam ser encontradas, inclusive entre os especialistas. Os representantes dos Estados estavam lá: eram 38 representantes diplomáticos acreditados junto às Nações Unidas. E, depois, havia uma lista de 28 representantes das grandes organizações não governamentais.

Ora, a reunião era efetivamente uma espécie de *melting pot*. Alguns apostavam que cada um falaria de si, que ouviríamos gente diferente e cada um contaria seus próprios danos. Mas não foi isto que ocorreu! É preciso que saibam: depois de quatro dias, todos esses membros, aparentemente tão diferentes, do nacional ao internacional, alguns especialistas, outros dirigentes de Estado ou de organizações sociais, fizeram um chamado! Um chamado! Louis Joinet já nos explicou as complicações da denominação de uma comunicação, mas fez-se um chamado! Para um francês, vocês sabem, um chamado é o chamado de 18 de junho de 1940, quando o General [de Gaulle] se levanta e diz à Nação: é preciso continuar a guerra, não escutemos mais o governo em exercício. Um chamado!

É muito interessante reler este chamado. Ele foi adotado por unanimidade, depois que ouvimos os especialistas. Falo em especialistas, tenho 20 minutos, preciso acelerar um pouco, mas há um deles que reencontro aqui, e não está longe de mim [Dalmo Dallari]. Então eu leio com emoção, mas, sobretudo, com um interesse intelectual considerável, o que ele disse na época, o ponto de partida, e depois referirei o ponto de chegada.

Ele começou com prudência, em pontos muito articulados, não é uma conversa qualquer. Começou por dizer que a esperada proteção dos direitos humanos pelos tribunais internacionais era um ideal cuja plena realização ainda era distante. Vocês verão que nós ganhamos tempo, mas esta era a ótica da época: “ainda distante”. É preciso, então, dizia ele, aperfeiçoar os sistemas judiciários nacionais e esta tarefa pode ser realizada por meios que tragam resultados imediatos: trata-se de não deixar arrefecer a vigilância, o que faria nascer não mais do que uma ilusão de justiça. Eis aí alguém que não prometia absurdos.

Seu trabalho dividia-se em duas partes. A primeira tinha diversos pontos que tiveram resultado, que nos interessam mais aqui. Interrogava-se: será que a busca da realização de uma justiça internacional pode retardar a necessidade de acelerar o que pode ser feito no plano nacional? Havia aqui uma crítica aos juízes que compartilho inteiramente, juízes franceses ou não, os que viveram esta época. Antes de perguntar aos juízes nacionais qual era o estatuto das normas internacionais, especialmente as de direitos humanos, é preciso passar em revista as dificuldades existentes. Juízes incompetentes. Juízes parciais. Juízes demasiadamente formalistas. Tudo isto era claro, não se queria esperar o internacional que parecia distante; ao mesmo tempo, se queria agir nacionalmente de imediato, mas com juízes que não estavam preparados, e que, de resto, como todo juiz, tinham problemas, seja de estatuto, seja de estado de espírito. Então, vejam este momento crucial. Havia uma disposição específica sobre a situação brasileira, referente aos tribunais de exceção e os tribunais militares. Na França, havíamos restrito estes tribunais. Mas tínhamos em comum, depois desta análise tão bem feita e tão útil, um ponto de chegada – vocês verão em que termos, pois aqui também havia o otimismo da vontade, enquanto a inteligência dizia que talvez fosse uma ilusão.

Os especialistas participantes, entre os quais meu vizinho de mesa aqui, lançaram um chamado contra a impunidade, direcionado às ONGs, aos Estados, às organizações internacionais que estavam lá. Primeiramente, um chamado para que a iniciativa tomada pelo Conselho de Segurança de criar uma comissão imparcial de especialistas não esperasse demais, para que, a partir de reuniões, as experiências vivenciadas até então fossem disponibilizadas para a instauração, o mais rápido possível – estávamos com pressa – de um tribunal penal internacional, mais do que nunca indispensável. Em segundo lugar, um chamado para que fosse proposta, no âmbito da Conferência Mundial de Direitos Humanos – que deveria reunir-

se em Viena, no ano seguinte, em junho de 1993 – segundo as modalidades mais apropriadas, a implementação de uma instância penal internacional, a fim de romper, enfim, o ciclo da impunidade.

Todos nós desejávamos isto e estávamos apressados. Dizia-se: “no prazo mais rápido possível”. Como dizia Joinet, o tempo da ONU é cinco vezes mais longo do que o do Estado. Mas, desta vez, tudo foi feito com muita rapidez. Nós fomos escutados. É quase glorioso que tenhamos sido tão rapidamente escutados. Para evitar engano, eu retomo as datas. [A reunião de] Genebra, foi em 1992. Quando a ex-Iugoslávia exigia um debate imediato, era 1993. O Tribunal Penal Internacional para a ex-Iugoslávia foi constituído. A França desempenhou um papel importante, novamente, e nós estávamos contentes por fazer isto. Tivemos 15 dias. Uma comissão de oito membros. Havia Louis Joinet, que vocês acabam de ver [no filme]; Mireille Delmas-Marty, que está aqui, e eu. Vocês têm aqui três dos oito personagens que tiveram 15 dias para fazer um projeto francês, que passou à dimensão internacional nos dias que se seguiram. Chegou-se então à Resolução do Conselho de Segurança [nº 808], de fevereiro de 1993, com uma rapidez extraordinária, que criou o tribunal penal para a ex-Iugoslávia. Um projeto de tribunal *ad hoc*, que foi muito combatido, pois muitas ONGs, sonhando com o melhor, o que é normal, diziam: “é preciso um tribunal penal internacional de imediato, e a criação de tribunais *ad hoc* traz o risco de atrasar o processo, pois os tribunais *ad hoc* se sucederão”. E, efetivamente, isto ocorreu em alguns casos, mas não se retardou a criação do Tribunal Penal Internacional, pois vocês sabem que em 1998 criou-se o TPI. E o fato de que os tribunais *ad hoc* o tenham precedido, por um lado, resolveu problemas que, sem eles, não teriam sido resolvidos; por outro lado, amadureceu as consciências e, em minha opinião, iluminou o caminho.

Assim, as iniciativas, de onde quer que partam, quando se coordenam, superando as querelas doutrinárias – porque doutrinariamente existiam muitas opiniões divergentes – chegam a um resultado num prazo determinado. Nosso chamado foi ouvido, tanto pela criação quase imediata do tribunal *ad hoc* para a ex-Iugoslávia, como pelo TPI, cinco anos depois. Apesar das vicissitudes extremas que perturbam nossa vontade de agir mais rápido, há mais do que ilusões. Há os resultados que podem ser obtidos de uma vontade coordenada, nacional e internacional, de ONGs, Estados, organismos intermediários e especialistas. Tudo isso pode ser coordenado em prol de ações eficazes. Eis minha mensagem do dia.

RESUMO: O grande jurista francês Paul Bouchet evoca a reunião da Comissão Internacional de Juristas, de novembro de 1992, na qual sessenta especialistas, em sua maioria vindos do Cone Sul, entre eles Dalmo Dallari, juntaram-se a representantes de Estados e de organizações, internacionais e intergovernamentais. O resultado unânime desta reunião foi um chamado contra a impunidade dos crimes contra a humanidade e outras graves violações

de direitos humanos, e pela instalação, o mais rápido possível, de uma jurisdição penal internacional.

PALAVRAS-CHAVE: Direitos Humanos, Tribunal Penal Internacional, Comissão Internacional de Juristas, Impunidade, Crimes contra a Humanidade.

À ESQUERDA, PAUL BOCHET, À DIREITA, DALMO DE ABREU DALLARI, EM MESA PRESIDIDA POR ANDRÉ DE CARVALHO RAMOS (CENTRO) DURANTE O COLÓQUIO INTERNACIONAL DIREITO À VERDADE E À JUSTIÇA NOS PAÍSES DO CONE SUL, SÃO PAULO, DEZEMBRO DE 2011.

FONTE: ACERVO DA COMISSÃO DE ANISTIA.







“NON À L’IMPUNITÉ, OUI À LA JUSTICE” APÓS DUAS DÉCADAS: TESTEMUNHO DE DALMO DALLARI¹

1. A COMISSÃO INTERNACIONAL DE JURISTAS E A ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE JURISTAS DEMOCRATAS

A Comissão Internacional de Juristas (CIJ) se tornou excessivamente pró-americana e pró-capitalista, logo depois do término da II Guerra Mundial, por volta de 1950, assim que foi criada. Quem acabou pilotando a criação da opositora, a Associação Internacional de Juristas Democratas (AIJD), foi Joë Nordmann: advogado francês judeu, comunista histórico – com carteira do Partido Comunista – e defensor de grandes casos. Simultaneamente à criação da AIJD, ocorreu a decisão de transferir a sede da CIJ de Berlim para a Suíça, para que ela fosse menos influenciada pela orientação norte-americana.

Nos anos 80, quando fui preso e sequestrado, minha família foi denunciar o fato à CIJ. O representante brasileiro da CIJ era José Nabuco, um advogado tradicional do Rio de Janeiro que não tinha nada de progressista e defenderia o governo se fosse defender alguém. Digo isso para ressaltar que a CIJ só se tornou mais atuante e mais avançada à medida que contratou secretariados independentes e progressistas, todos muito jovens. Destaco o Reed Brody, estadunidense; o Alejandro Artúcio, uruguaio que participou da reunião em Genebra em 1992, sendo o secretário geral da CIJ na época; e o Adama Dieng, senegalês que fazia o secretariado para a África. Nos anos 1980, quem conseguia obter recursos financeiros para contratar funcionários a fim de atuar na defesa de direitos era a CIJ, que acabou contratando esses nomes e então se fez a mudança: esses jovens fizeram a revolução na CIJ. Um dado expressivo é que a CIJ ganhou um grande prêmio internacional

1 Transcrição e revisão de Pedro Charbel.



e se tornou uma grande associação no final dos anos 1980. Foi Reed Brody quem me convidou para ir para lá.

Em 1981, houve uma reunião muito importante, extraordinária, da AIJD, realizada no plenário do Senado Francês, para denunciar as violações de direitos humanos na América Latina. Foi nesse momento que os trabalhos sobre desaparecimento forçado foram amplamente divulgados. Eu participei dessa reunião. Pérez Esquivel viajou comigo, num avião de carreira que estava cheio de “subversivos” da América Latina, estando presentes, inclusive, as Mães de Maio da Argentina. Nós tivemos a reunião no Senado e, no domingo, o Esquivel foi convidado para falar na grande missa de Notre-Dame: o grande líder da Argentina falou das violências na América Latina, no púlpito de Notre-Dame. A França se abria para isso.

Eu era da AIJD e vim integrar a CIJ graças à minha atuação na Comissão de Justiça e Paz, a qual fez com que Reed Brody e Alejandro Artúcio me convidassem e me convencessem a participar. Participei das duas associações, ao mesmo tempo, paralelamente. Afinal, tínhamos muito pouca gente no Brasil que falava em direitos humanos, era um risco, praticamente, um crime.

2. A COMISSÃO JUSTIÇA E PAZ

O papel fundamental na criação da Comissão de Justiça e Paz (CJP) no Brasil é de Dom Paulo Evaristo Arns, então arcebispo de São Paulo. Ele começou a ser procurado pelas famílias dos presos, desaparecidos e torturados. É importante dizer que a igreja estava dividida. Já na década de 1980, durante a Constituinte, eu fui convidado a falar para os bispos e, depois de ouvir meus relatos sobre as violências, um deles me perguntou: “Isso que o senhor está falando é verdade ou invenção dos comunistas?”. Eles não queriam aceitar, eles eram a favor da ditadura e dos militares. Por isso é importante ressaltar a importância de Dom Paulo e Dom Helder Câmara, este, atuando num ambiente extremamente pesado, o Nordeste dos coronéis, e aquele, no Sul.

Dom Paulo tinha um bom relacionamento com o Papa Paulo VI – que foi quem criou, no Vaticano, a Comissão Justiça e Paz – e conseguiu que se criasse, no Brasil também, uma CJP. A partir disso, as coisas não ocorrem muito tranquilamente, porque, como o Rio de Janeiro ainda preservava uma tradição de Capital da República, foi criada uma CJP com sede lá, sendo designado presidente o Professor Cândido Mendes de Almeida, que era muito conservador e se opunha às denúncias de violências e arbitrariedades do



APRESENTAÇÃO TEATRAL DURANTE A 71ª CARAVANA DA ANISTIA EM IBIÚNA – SP, REALIZADA EM 15 DE JUNHO DE 2013.

FONTE: ACERVO DA COMISSÃO DE ANISTIA.

governo. E Cândido Mendes exigia que a CJP do Rio de Janeiro fosse reconhecida como Comissão Nacional de Justiça e Paz. Dom Paulo, então, inconformado com isso, pediu – e o Vaticano abriu essa exceção – que se criasse uma segunda comissão no país, em São Paulo. Isso ocorreu em 1972, quando Dom Paulo me convidou para ser o presidente da CJP. O convite veio porque eu já vinha atuando pelos direitos humanos como professor da Universidade de São Paulo, como livre-docente, numa posição que se contrastava: pouca gente se atrevia a denunciar a violência e a tortura. Anos depois, Dom Paulo me disse que eu fui o quinto a quem ele fez o convite: os quatro primeiros não aceitaram porque o risco era muito grande. Eu aceitei, assumi e parti para a briga.

Tivemos algumas dificuldades com o Rio de Janeiro porque eles consideravam que nós estávamos desvirtuando a CJP. Sempre mantive um bom relacionamento com o Cândido

Mendes, mas houve uma reunião muito difícil no Rio de Janeiro, na qual ele nos acusava do desvirtuamento, dizendo: “Nós estamos em bom entendimento com os militares, nós estamos dialogando e vocês tomam uma atitude aberta contra”. Ele dizia que a CJP do Rio de Janeiro era a Comissão Nacional e que nós éramos seus subordinados. Nós não aceitamos isso, afirmamos a absoluta autonomia e independência da CJP de São Paulo e partimos para a defesa dos perseguidos políticos, em atrito com o Rio de Janeiro.

A Comissão foi crescendo tanto que Dom Paulo nos deu uma sala no prédio principal da Curia Metropolitana. E, nesse momento, há uma figura com papel extremamente importante, a secretária da CJP, Margarida Genevois. Ela era uma pessoa excepcional, absolutamente aberta, corajosa e, de certo modo, se contrapondo à posição ultraconservadora do marido, um francês do meio industrial. Ela dava expediente quase que por todo o dia e recebia as famílias dos presos e desaparecidos, reportando tudo e passando para nós – eu era o presidente e Hélio Bicudo o vice. Começamos a trabalhar o quanto antes, mas com muitas restrições. Nesse contexto, a CIJ também foi importante: eu criei, em São Paulo, ao lado da CJP, uma seção da CIJ – a CJP era muito marcada.

3. DA AMÉRICA LATINA PARA O MUNDO

Havia a tentativa de levar para o âmbito internacional as reivindicações de âmbito nacional. Nós estávamos começando. Foi nessa época que tive contato com as Mães de Maio e com Pérez Esquivel. Também com articulações no Chile, Venezuela, etc.. Uma pessoa absolutamente comprometida nessa luta é o Belisário dos Santos Jr.. Ele tem de ser lembrado. Ele era um missionário, trabalhou muito na Argentina, Uruguai e Paraguai, fazendo o “*networking*”. Ele conseguia fazer um seminário e me levava para falar. Funcionava muito bem.

No encontro em Genebra, em 1992, nós, latino-americanos, trazíamos os depoimentos. Nós estávamos vivendo o dia a dia das violências, podíamos afirmar que isso ocorria e contar com pormenores o que estava acontecendo. Naturalmente, os governos ditatoriais negavam que houvesse violências. As reivindicações latino-americanas levavam informações porque os organismos internacionais não as tinham. Através dos governos recebiam informações totalmente opostas, “eram subversivos, praticavam atos anti-sociais, era justo que fossem reprimidos”, diziam. Através dos juristas latino-americanos que defendiam os direitos humanos, as informações foram sendo transmitidas.

4. A ANISTIA NO BRASIL

Quando, a certa altura, começou a haver menos violência no Brasil do que em outros países, muitos procuravam refúgio no Brasil. No entanto, nos primeiros tempos, muitos brasileiros e estrangeiros refugiados no Brasil conseguiram deixar o país. Mas inicialmente, por influência das ligações dos golpistas brasileiros com os Estados Unidos, quem saísse do Brasil só conseguia ser acolhido nos países comunistas. Por isso, muitos temiam que quando voltassem fossem rotulados de comunistas, mas era o jeito de sair do país. Toda a questão do exílio teve um peso grande na campanha da anistia.

Algo que foi absolutamente falso, afirmado pelo então Ministro do Supremo Tribunal Federal, Eros Graus, na decisão da ADPF 153, foi que a anistia tinha sido negociada, em todos os seus termos. Negociada é conversa-fiada: ela foi o máximo que conseguimos em favor dos perseguidos. A anistia aceita pelos que detinham ainda o poder político estava longe do ideal, mas, com ela, muitos presos seriam soltos, muitos exilados poderiam voltar. E, nós pagamos o preço. Ainda mais, os militares que já estavam a ponto de cair do poder disseram que dariam a anistia de forma ampla geral e irrestrita, anistiando também os torturadores. E, naquele momento, foi conveniente não discutir esse ponto, para trazer de volta os exilados e libertar os presos.

Eu tive reuniões com os presos políticos nos presídios Tiradentes e do Barro Branco, tentando convencê-los, porque alguns não queriam ser anistiados. Muitos não queriam porque os torturadores seriam anistiados também. Além disso, a proposta era conceder anistia a todos, menos aos crimes contra a vida – e muitos tinham participado de ações que resultaram em morte de alguém. Era uma situação muito tensa. Lembro-me, eu fazendo seminários dentro do presídio, já era um avanço conseguir me reunir com os presos. Um ponto importante é que todas as minhas propostas eram de soluções por via institucional e via jurídica. Nunca apoiei uma luta armada, uma ação violenta; sempre foi defendida a reivindicação pelos caminhos jurídicos. E sofri muitas restrições por isso.

Hoje, no entanto, não é necessário alterar a Lei de Anistia. É preciso aplicá-la corretamente. O Brasil é signatário de vários acordos e tratados internacionais dos quais advém a compreensão dos crimes contra a humanidade como não passíveis de anistia. Então, não é preciso mudar a lei: tortura é um crime contra a humanidade, então não está anistiada. Isso hoje é norma constitucional, o que vem da Emenda 45, de acordo com a qual os tratados e acordos sobre direitos humanos têm nível de emenda constitucional.

Isso é muito importante porque não será fácil mudar a Lei de Anistia: haverá pressão empresarial, pressão de quem financiou a tortura e hoje financia deputados e senadores.

5. ALIANÇA MILITAR-EMPRESARIAL

Por que razão existe tanta resistência à apuração dos fatos e das violências, apuração das verdades? Maliciosamente, está sendo dito que é uma acusação aos militares. O dado fundamental é que houve uma aliança óbvia e muito importante entre militares e empresários. O financiamento da ação militar, da tortura, pelos empresários, foi extremamente importante. Recomendo uma pesquisa nos noticiários e atas de reuniões da Federação de Indústrias de São Paulo. Eu fui, várias vezes, como membro do povo, às reuniões abertas. Eu estava lá, sentado, vendo o general, o almirante, o brigadeiro na mesa da solenidade da Federação das Indústrias, falando da necessidade da repressão e pregando a violência. Estavam absolutamente juntos. E isso faz parte, inclusive, de uma tremenda corrupção. Muitos desses chefes militares viraram empresários. Eu assisti a isso: no começo, se apresentavam como almirante fulano, brigadeiro, etc.; depois o mesmo personagem aparecia como engenheiro, da engenharia militar, que então passava a integrar o conselho das empresas.

Houve uma união muito íntima dos empresários com os militares, e, hoje, eles estão preservados e vendem essa ideia de que é um absurdo essa denúncia dos militares, essa “briga civil-militar”, como se a denúncia de tortura se limitasse aos militares, somente. O avanço nacional não tem o mesmo ritmo do avanço internacional ou de outros países porque há aspectos nacionais que estão sendo escondidos, principalmente a aliança empresarial-militar. Isso é muito importante para nós, principalmente, para caracterizar o Golpe de 1964 como uma ação anticomunista, contra o aumento do sindicalismo. E, naturalmente, envolvendo outros setores, como setores da Igreja Católica: por isso a pregação que se fazia de que os comunistas fechariam as igrejas. Houve uma aliança militar-empresarial, mas com apoio considerável da Igreja Católica.

6. AVANÇOS E OBSTÁCULOS NO BRASIL

Um problema que tínhamos, em âmbito nacional, era o fato de que os processos por violações de direitos humanos eram de competência da justiça estadual e, em muitos

estados, a justiça estadual era dominada pelos grandes senhores regionais, apelidados “coronéis”, pelos oligarcas. Então, quem, no Nordeste, lutava pelos direitos humanos, era rotulado de comunista e o judiciário achava normal combatê-los. O judiciário era um apêndice das oligarquias, então, nós queríamos diminuir isso com a federalização dos crimes contra os direitos humanos. Falo sobre isso no meu livro sobre o federalismo brasileiro.²

Depois de 1992, ano da reunião de Genebra, a evolução foi muito grande. Um dos avanços, relativamente recentes, foi a transferência da competência para a Justiça federal quando caracterizados crimes contra a pessoa humana, com a Emenda constitucional nº 45 de 2004. Antes, a competência era estadual, o que sistematicamente resultava na absolvição dos acusados. Isso teve importância, principalmente, no Nordeste. Também nos anos 1990, trabalhávamos muito para restringir a competência da Justiça Militar. Eu propunha exatamente que os crimes contra os direitos humanos saíssem da competência desta e passassem para a justiça penal comum. Mas a restrição da competência, que veio em 1996, limitou-se aos crimes dolosos contra a vida, não atingindo a tortura.

O Conselho de Defesa dos Direitos da Pessoa Humana (CDDPH) foi um espaço importante na luta pela federalização. Eu estava no processo de criação do CDDPH nos anos 1980. Naquela época, defendia, inclusive, que alguém do governo deveria estar presente, escrevi sobre isso no meu livro *O Renascer do Direito*, escrito exatamente durante essas discussões. Já no governo Lula, eu integrei o CDDPH. Com o Paulo Vannuchi como Secretário de Direitos Humanos da Presidência, a importância do CDDPH era maior e a reforma foi finalmente adotada.

Creio que o maior obstáculo é, ainda, eliminar a ideia de que é preciso mudar a lei da anistia. Porque isso deixa subentendido que anistia é válida para torturadores. Isso é uma falsidade, é uma tática para manter a impunidade. Mesmo com essa lei, o torturador não está anistiado. Então, que se puna já! Sempre haverá interesses poderosos bloqueando a mudança da lei, isso dependente do Congresso Nacional, o qual está extremamente dependente de grupos empresariais, em decorrência do sistema de financiamento de campanha. E os financiadores não querem a apuração da verdade.

A Comissão da Verdade é um bom ponto de partida, mas depende muito de como ela atua. Se ela ficar colocando panos quentes, e ficar evitando atritos, não vai levar a nada.



É preciso levantar dados, o máximo possível, para depois passar para a punição. A mudança do atestado de óbito de Herzog em março desse ano – o fato de ter-se admitido, por uma decisão judicial, que o atestado estava errado, era falso – é importante. Corrigiu-se, e, agora, vamos ver quem torturou, quem matou, ou quem mandou matar. É um dado positivo, sinal de que caminhamos num sentido de mais verdade.

RESUMO: Como figura de proa na resistência brasileira à ditadura civil-militar, o advogado e professor Dalmo de Abreu Dallari oferece valioso depoimento, especialmente sobre sua atuação na Comissão Internacional de Juristas e na Comissão de Justiça e Paz de São Paulo, abordando igualmente os avanços e os principais obstáculos à justiça de transição no Brasil, entre eles a atual interpretação da lei da anistia.

PALAVRAS-CHAVE: Comissão Internacional de Juristas; Anistia; Comissão de Justiça e Paz.

EXPOSIÇÃO DE FOTOS NO SAGUÃO DO CONGRESSO INTERNACIONAL JUSTIÇA DE TRANSIÇÃO NOS 25 ANOS DA CONSTITUIÇÃO DE 1988, REALIZADO DURANTE A 69ª CARAVANA DA ANISTIA, EM BELO HORIZONTE, EM 24 DE MAIO DE 2013.

FONTE: ACERVO DA COMISSÃO DE ANISTIA.

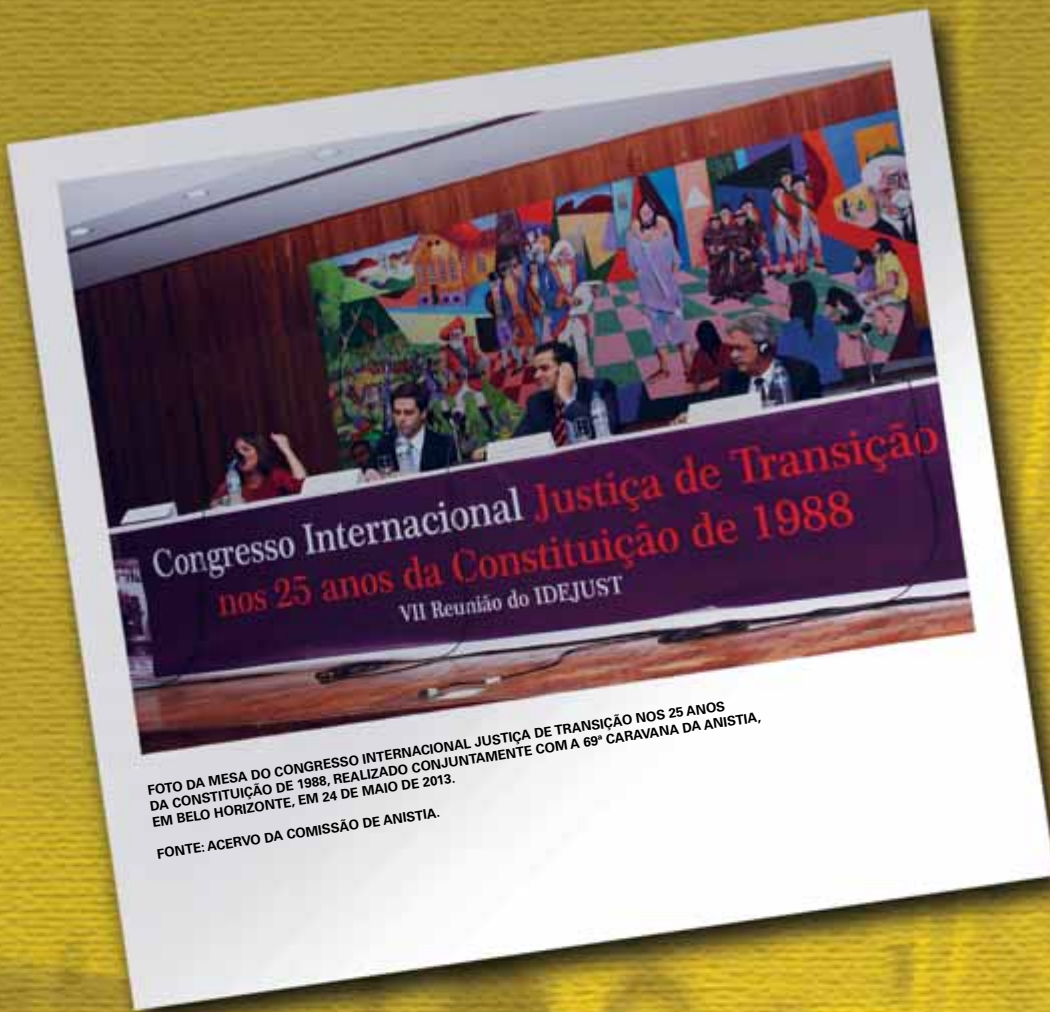


FOTO DA MESA DO CONGRESSO INTERNACIONAL JUSTIÇA DE TRANSIÇÃO NOS 25 ANOS DA CONSTITUIÇÃO DE 1988, REALIZADO CONJUNTAMENTE COM A 69ª CARAVANA DA ANISTIA, EM BELO HORIZONTE, EM 24 DE MAIO DE 2013.
FONTE: ACERVO DA COMISSÃO DE ANISTIA.



FOTO DO PÚBLICO DO CONGRESSO INTERNACIONAL JUSTIÇA DE TRANSIÇÃO NOS 25 ANOS DA CONSTITUIÇÃO DE 1988, REALIZADO CONJUNTAMENTE COM A 69ª CARAVANA DA ANISTIA, EM BELO HORIZONTE, EM 24 DE MAIO DE 2013.
FONTE: ACERVO DA COMISSÃO DE ANISTIA.

ARTIGOS ACADÊMICOS



“O VERDADEIRO SENTIDO DO SOFRIMENTO PADECIDO PELAS VÍTIMAS DA VIOLÊNCIA PERMANECE NA IMPOSSIBILIDADE DE DIZER. A PALAVRA NUNCA PODERÁ DIZER A TOTALIDADE DO SOFRIMENTO DAS VÍTIMAS. O TESTEMUNHO SEMPRE ESCONDE UMA ZONA OCULTA DE SENTIDO EM QUE A VÍTIMA TESTEMUNHA PELO PURO SILÊNCIO. A VÍTIMA DA TORTURA COEXISTE COM A INCAPACIDADE DE DIZER A TOTALIDADE DO SOFRIMENTO QUE A ATINGIU. ELA SE TORNA VERDADEIRA TESTEMUNHA PRECISAMENTE PORQUE NÃO É CAPAZ DE TESTEMUNHAR A TOTALIDADE DA VIOLÊNCIA SOFRIDA.”



ESTATUTO EPISTÊMICO DO TESTEMUNHO DAS VÍTIMAS: O DESAPARECIDO, PARADIGMA DO TESTEMUNHO INDIZÍVEL

Castor M.M. Bartolomé Ruiz

Professor e Coordenador da Cátedra Unesco-Unisinos de Direitos Humanos e Violência, Governo e Governança. Doutor em Filosofia pela Universidade de Deusto (Espanha)

INTRODUÇÃO

1. O objetivo deste texto é analisar a especificidade do testemunho da vítima como narrativa que contém uma epistemologia da verdade essencial para a justiça, já que o estatuto de verdade do testemunho escapa aos modelos empírico-racionalistas dominantes. Propomos neste ensaio elucidar qual o estatuto epistemológico do testemunho, em particular o testemunho das vítimas, e sua relevância para uma teoria da justiça a partir das vítimas, a que denominamos de *justiça anamnética*.

Tomando como referência inicial a obra de Giorgio Agamben, *O que resta de Auschwitz. O arquivo e a testemunha*¹, destacamos a tese de que a vítima é (assim como pode não ser; é sua potência do não...) também uma testemunha. Enquanto testemunha ela constrói a verdade a partir de uma narrativa, esta por sua vez se torna um acontecimento. Sua narrativa revela a injustiça sofrida a partir da perspectiva daquele que foi vítima. O estatuto epistêmico de sua narrativa expõe uma verdade que só ela, enquanto vítima que testemunha, poderá narrar. Ela fala desde um lugar epistêmico singular, só ela pode narrar o que aconteceu (na sua pessoa), ao sofrer o ato de violência. As outras narrativas externas, como inquéritos policiais ou testemunhos de observadores, narrarão percepções externas que nada mais são do que a periferia do acontecimento. A experiência da violência como verdade vivida e sofrida desde dentro do

1 AGAMBEN, Giorgio. *O que resta de Auschwitz. O arquivo e a testemunha. Homo sacer III*. São Paulo: Boitempo, 2008.

acontecimento, é uma posição epistêmica e política que só a vítima poderá narrar. Seu dizer será um dizer único. A vítima, enquanto testemunha, tem a potencialidade de criar uma narrativa da injustiça desde uma perspectiva singular. Seu lugar epistêmico é único, por isso o sentido da verdade do seu testemunho também é diferente, único. Esta distinção epistêmica entre o testemunho da vítima, e o testemunho dos observadores e outras provas externas, demarca também uma distinção qualitativa entre o tipo de verdade narrada pela testemunha e a verdade aferida pelas provas. São dois tipos de verdades, dois estatutos da verdade que se implicam de forma diferente nas práticas de justiça.

Uma primeira tese a desenvolver é que a vítima, além de sua condição objetiva de pessoa injustiçada, contém a potencialidade do testemunho. O testemunho da vítima possui uma perspectiva epistemológica singular para repensar uma nova compreensão da justiça. A vítima que se torna testemunha se constitui concomitantemente num acontecimento novo que demarca uma nova potencialidade política. O testemunho das vítimas apresenta uma perspectiva de validação de uma verdade sobre violência que só o sofrimento pode expressar. A verdade do seu testemunho é concomitante com a veracidade da testemunha. A veracidade de sua verdade pertence ao foro interno do discurso e da pessoa, já que a testemunha narra como ela viveu o sofrimento, independentemente de como os outros observadores externos perceberam o que ocorreu.

A narrativa da testemunha requer a veracidade interna do seu dizer, porém seu dizer verdadeiro é autorreferencial, uma vez que ela fala a verdade de si. Neste ponto ela se constitui num *parresiasta*². A *parresia* é a verdade daquele que testemunha com coerência. É o dizer franco e veraz. A verdade da testemunha se valida pela sua condição de dizer veraz e verdadeiro (*parresia*), independentemente de que outros observadores externos ou provas venham a dizer algo diferente. O que ela diz é o que ela viveu. O que ela viveu pertence ao campo de sua experiência. A experiência só pode ser dita na forma de testemunho e este acontece, geralmente, como narrativa. A verdade do testemunho pertence ao dizer *parresiástico*, dizer veraz, daquele que testemunha. A validade de sua verdade é inerente à veracidade daquele que testemunha, independentemente de como os outros observadores tenham percebido o acontecido. É uma verdade singular porque revela o acontecido na vítima, acontecimento que só ela pode narrar.

A narrativa da verdade vivida pela vítima sempre será imperfeita, não porque não consiga dizer a verdade de si, senão porque que o seu sofrimento, qualquer sofrimento, não pode ser plenamente narrado. A experiência humana, em especial a experiência do sofrimento brutal, não

2 O tema da *parresia* foi central nas últimas pesquisas e cursos de Michel Foucault. Cf. FOUCAULT, Michel. *O governo de si e dos outros*. São Paulo: Martin Fontes, 2010; FOUCAULT, Michel. *A coragem da verdade*. São Paulo: Martin Fontes, 2011.

cabe na narrativa. A narrativa do sofrimento sempre deixa de fora o essencial da experiência da vítima que é a experiência direta de sua dor. Interessa-nos mostrar a estreita relação que existe entre o testemunho das vítimas e a (in)justiça, a fim de perceber como ambas estão conectadas por atos de memória. A implicação entre testemunho e justiça torna a memória uma dimensão imprescindível da própria justiça. A memória é o modo como as vítimas conseguem validar sua verdade para demandar justiça.

A TESTEMUNHA E O CAMPO

2. A narrativa da testemunha expõe algo que só ela viveu e só ela pode dizer como o viveu. Ao testemunhar o sofrimento da injustiça a própria narrativa se torna insuficiente para dizer o todo do sofrimento. Há que ler nas entrelinhas do dito para poder captar a verdade indizível do sofrimento. A condição trágica desta tensão entre o dito e o indizível do sofrimento transparece de forma peculiar nos testemunhos dos torturados. Há um indizível no dito do testemunho. Esse indizível se torna mais do que uma experiência moral subjetiva, uma questão política de justiça por ser feita. O indizível da vítima responsabiliza:

Fiquei paralisada e logo um policial me deu um empurrão: “Anda! Põe um pé para frente do outro.” E naturalmente com um bom pontapé nas costas todo mundo sai do lugar. Fui levada direto para a câmara de tortura. A gente entrava numa sala, em outra, e depois em outra. Era uma sala fechada. E aí imediatamente os policiais fizeram tudo que as pessoas agora andam teorizando. Quer dizer, vão logo tentar destituí-la do seu eu, da sua dignidade, da sua condição humana. Procuravam reduzir a condição humana a nada. Reduzir a um nada corporal, a um nada psíquico.³

O dizer da testemunha conclama à responsabilidade, sua verdade demanda uma escuta de acolhimento. Para o ouvinte e leitor atento e sensível, as palavras carregam uma dor impossível de ser e existir como meras palavras. Na vítima, permanece o resto daquilo que está dito e que não pode ser transferido para os outros: o sofrimento.

A problemática esboçada suscita, entre outras, algumas questões nucleares. Qual é a epistemologia que pode validar a perspectiva das vítimas como testemunho verdadeiro de uma violência sofrida? Como esse testemunho pode neutralizar a violência estrutural que, em muitos casos, se naturalizou em nossas sociedades através das práticas normais de governo? Como

³ VIOLA, SOLON, e PIRES, Thiago Viera. “Nilce Azevedo Cardoso: relembrar é preciso”. In: *Relatório Azul 2011 da Comissão de Direitos Humanos e cidadania da Assembleia Legislativa do Rio Grande do Sul. Complemento*. Porto Alegre, Assembleia Legislativa do RS, 2013, p. 157.

o testemunho das vítimas pode contribuir para construir uma justiça efetiva, uma justiça das vítimas, que será sempre uma justiça *anamnética*?

Retomando a reflexão de Agamben, o autor se centra na experiência das testemunhas dos campos de extermínio nazistas. Segundo este autor, o campo é uma realidade jurídico-política que extrapola a experiência nazista ao ponto de que é possível reconstruir a genealogia do elo político que vincula a modernidade com o campo. Agamben mostra que o campo, infelizmente, não é uma invenção do nazismo, mas uma instituição criada pelo Estado moderno para implementar técnicas de governo biopolítico sobre populações indesejadas. A técnica de governo predominante no campo é o controle absoluto.

O campo é uma figura jurídico-política conexas ao estado de exceção. O campo pode ser definido como o espaço onde o estado de exceção se torna a norma. No campo vigora o estado de exceção, cuja principal característica é a suspensão dos direitos fundamentais das pessoas que nele se encontram. No campo, a vida encontra-se privada do direito, cercada numa zona de indistinção jurídica onde a arbitrariedade da vontade soberana se torna lei. Essa zona é o campo. O campo é muito mais que um espaço físico. É uma figura jurídico-política utilizada como técnica de governo e controle de populações consideradas perigosas para a ordem social.

Seguindo a tese de Agamben, podemos entender o campo como todo espaço geográfico ou demográfico em que a exceção vigora como norma. O campo se instala concomitantemente com a suspensão dos direitos, já que no campo a vida humana se encontra desprovida de direitos e exposta a toda vulnerabilidade. A suspensão dos direitos reduz a vida das pessoas à mera vida natural, ou pura vida nua⁴. O que identifica a existência de um campo é a suspensão dos direitos que faz surgir, no lugar do direito, a arbitrariedade de uma vontade soberana. No campo, o direito é abolido, vigorando o arbítrio de um soberano qualquer. Esta caracterização do campo permite-nos estender a sua realidade para além dos muros físicos do nazismo e compreendê-lo como figura jurídico-política ativa e polimorfa nas diversas formas de autoritarismo.

Se o campo é o espaço onde a exceção se tornou a norma, o DOPS, DOI-CODI (Destacamento de Operações e Informações – Centro de Operações de Defesa Interna) e demais espaços de tortura durante o estado de exceção brasileiro operaram como metamorfoses adaptadas do campo⁵. Inclusive, chegaram a se criar as denominadas ZDIs (Zonas de Defesa Interna),

4 Agamben utiliza a categoria *vida nua* como similar ao *Homo sacer*. Essa simbiose mostra a influência do pensamento de Benjamin em Agamben, já que o conceito de vida nua tem origem no ensaio de Walter Benjamin, “Por uma crítica da violência”: “O sangue é o símbolo da vida nua. O desencadeamento do poder jurídico remonta – o que não pode se mostrar aqui de maneira mais detalhada – ao processo de culpa da vida pura e natural, o qual entrega o ser humano inocente e infeliz à penitência, com a qual expia sua culpa – e também absolve o culpado não de uma culpa, mas do direito”. BENJAMIN, Walter. 1986. *Documentos de cultura, documentos de barbárie*. São Paulo, Cultrix, 1986, p. 173.

5 É interessante destacar a observação de Elio Gaspari sobre a nomeação dos espaços de tortura, já que o nome indicaria a real

A sombra ameaçadora do campo e do estado de exceção não está nas personalidades dos ditadores responsáveis, mas na racionalidade instrumental que os legitimou socialmente como técnicas plausíveis, e, até, necessárias, para preservar a ordem estabelecida, ou dar segurança à população amedrontada.

através das quais se pretendia dar prioridade hierárquica aos agentes da repressão sobre os colegas de patentes similares no exército e na polícia. As ZDIs eram espaços, zonas, campos em que, além da suspensão dos direitos fundamentais, se impunha a vontade soberana dos repressores destacados pelo regime sobre outras patentes militares. Nas ZDIs se institucionaliza a existência do arbítrio soberano dos torturadores, para impedir que outros militares menos violentos pudessem interferir. As ZDIs replicam o modelo das SS e da Gestapo nazistas.

Estes espaços de exceção funcionaram como campos onde o arbítrio dos torturadores se tornava a lei suprema. A figura política do campo sofre uma metamorfose permanente ao longo da história moderna; adapta-se às demandas do sistema, porém, em todas as variáveis permanece sua tecnologia principal: o controle biopolítico da vida humana como pura vida natural. No campo, a vida humana abandonada à sua condição de mero ser biológico, encontra-se fragilizada e exposta à arbitrariedade do soberano de turno.

As formas do campo se refazem por todos os lados do planeta. Há vários exemplos atuais de como o campo é uma figura jurídico-política de plena atualidade. Atualmente, a figura do campo alcança seu paroxismo em espaços “fora de todo direito”, como Guantánamo, os cárceres secretos da OTAN para presuntos terroristas, os campos de interrogatório de prisioneiros da OTAN no Iraque, Afeganistão, Síria, etc. Estes campos repetem, mimeticamente, a exceção jurídica como tecnologia biopolítica de perseguição e, até, de extermínio de opositores.

De igual forma, sofrem a exceção milhões de refugiados, políticos, econômicos, religiosos, etc., que pelo mundo se encontram confinados em campos, no sentido estrito do termo, “campos de refugiados”. Estes campos estão implantados em Estados limítrofes que não reconhecem a cidadania plena aos habitantes do campo; por sua vez, eles estão sem a cidadania do Estado de onde saíram. Os crimes cometidos dentro do campo não têm uma definição

condição de campo a que são destinados: “Seria muita ingenuidade acreditar que os generais Emilio Medici e Orlando Geisel criaram os DOIs (Destacamentos de Operações de Informações) sem terem percebido que a sigla se confundia com a terceira pessoa do singular do presente do indicativo do verbo *doer*” GASPARI, Elio. *A ditadura escancarada*. São Paulo, Cia das Letras, 2002, p. 178.

clara, e qualquer habitante do campo está exposto à violência com impunidade porque está desprotegido do direito. Um exemplo atual do campo são os espaços de “limbo jurídico”, onde são confinados os milhões de migrantes “ilegais” que, para sobreviver à miséria, atrevem-se a atravessar o limiar sagrado das fronteiras nacionais à procura de um trabalho. Atualmente, mesmo na crise econômica, os migrantes massivos são caracterizados como populações ameaçadoras da ordem social dos países ricos. Para controlar estas novas ameaças vitais, implementam-se novas formas biopolíticas de controle na forma de exceção e campo. Ainda pode mencionar-se a condição assimilada ao campo em que se encontra o povo palestino, confinado em territórios, cercado militarmente, suspenso dos direitos fundamentais. Nesses espaços cercados, as populações encontram-se controladas por um Estado estrangeiro, neste caso, Israel, cujo objetivo político evidente é se apropriar e anexar-se o máximo possível aos territórios palestinos, ainda que para isso tenha que expulsar e, até, exterminar, a população ali residente.

3. O estado de exceção, assim como o campo, não pode considerar-se atos pontuais de ditadores neuróticos. Tal análise implicaria desconhecer a racionalidade instrumental e estratégica que legitimou a implantação dessas realidades. A sombra ameaçadora do campo e do estado de exceção não está nas personalidades dos ditadores responsáveis, mas na racionalidade instrumental que os legitimou socialmente como técnicas plausíveis, e, até, necessárias, para preservar a ordem estabelecida, ou dar segurança à população amedrontada⁶. Não se trata de definir ou compreender a realidade do campo a partir da empiria pontual dos eventos acontecidos, eles não são uma anomalia da racionalidade do Estado, mas a consequência mais perversa de uma determinada lógica instrumental levada ao paroxismo. Não se trata de compreender o campo como aberração, senão de captar nele a lógica instrumental que o legitima como necessário para preservar uma determinada concepção de ordem. Temos que inverter a lógica de análise do campo e compreendê-lo como aquilo que é: uma figura jurídico-política que reaparece cada vez que a exceção se torna norma e a vida humana se encontra exposta e vulnerável à vontade arbitrária de um soberano.

Um outro aspecto que devemos analisar no estado de exceção e no campo é sua condição de técnica biopolítica de governo. No contexto da racionalidade instrumental do Estado, ambas figuras, exceção e campo, se legitimam como necessárias, em condições precisas, para preservar a ordem estabelecida. Leia-se no lugar de ordem estabelecida interesses dominantes de grupos, elites e classes que os disfarçam de ordem legal. A exceção e o campo foram idealizados como técnicas biopolíticas que permitem obter um controle quase

6 “O que aconteceu nos campos supera de tal modo o conceito de crime, que amiúde tem-se deixado simplesmente de considerar a específica estrutura jurídico-política na qual aqueles eventos se produziram.” AGAMBEN, Giorgio. *O Homo sacer. O poder soberano e a vida nua*. Belo Horizonte: UFMG, 2003, p. 173.

absoluto das vidas humanas consideradas perigosas. Esta condição instrumental da exceção e do campo torna sua realidade uma sombra sempre potencial. Elas são técnicas de governo, cuja característica principal é desencadear uma forma de violência estrutural que coloca a vida humana sob o arbítrio de uma vontade soberana. O campo e a exceção são técnicas biopolíticas de controle social.

O paradoxal das técnicas de governo é que elas encontram sempre argumentos de legitimação para determinados grupos. Parecem ser opções políticas diferentes que devem ser respeitadas em virtude dos valores exaltados como defesa da ordem, pátria, lei, etc. Porém a violência biopolítica tem um anverso que sempre pretende ocultar e esquecer. O lado oculto e perverso destas técnicas de governo é o sofrimento das vítimas. O sucesso das estratégias biopolíticas depende da capacidade de ocultação do sofrimento e da invisibilização das vítimas. No anverso das estratégias de esquecimento, resiste a vítima como testemunha. Por isso o testemunho das vítimas ressurgem como figura política de primeira ordem para desmascarar as presumidas legitimidades destas técnicas biopolíticas. A voz da testemunha revela a verdade não dita nos discursos da exceção e no campo. O testemunho da vítima revela, no seu sofrimento, a verdade não dita que deslegitima a validade da exceção e do campo. Nada pode legitimar a tortura, ninguém pode deslegitimar a racionalidade instrumental de forma tão precisa como a narrativa da testemunha.

O que eles estavam querendo? Pretendendo me abater. O objetivo era me destruir, destruir o que sobrava de mim. Penso que as coisas que fazem parte da minha formação pessoal, familiar, minha estrutura psíquica me ajudaram. Porque eu estava enlouquecida! A cada um que caía os torturadores me chamavam para acareação e eu sempre respondia: "Não, não conheço, não sei quem é". As respostas eram sempre as mesmas: "Então você vai ficar aí!" E ficava. "Você vai ser colocada na cadeira do dragão". Mas nunca me colocaram pois estava muito fraca, poderia morrer. Mas a cadeira estava ali, sempre presente como ameaça. [...] De tanto negar quem eu era, de tanta dor, eu ficava alucinada. Talvez tenha sido minha sorte. Mas foi muito ruim! Fiquei amnésica, me descobri amnésica de repente. Na OBAN eu não consegui chamar a minha família, não conseguia lembrar meu nome, não conseguia lembrar o nome dos meus irmãos, da minha mãe, do meu pai. Eu não lembrava...⁷

7 VIOLA, SOLON, e PIRES, Thiago Viera. "Nilce Azevedo Cardoso: relembrar é preciso". In: *Relatório Azul 2011 da Comissão de Direitos Humanos e cidadania da Assembleia Legislativa do Rio Grande do Sul. Complemento. Complemento*. Porto Alegre, Assembleia Legislativa do RS, 2013, p. 22.

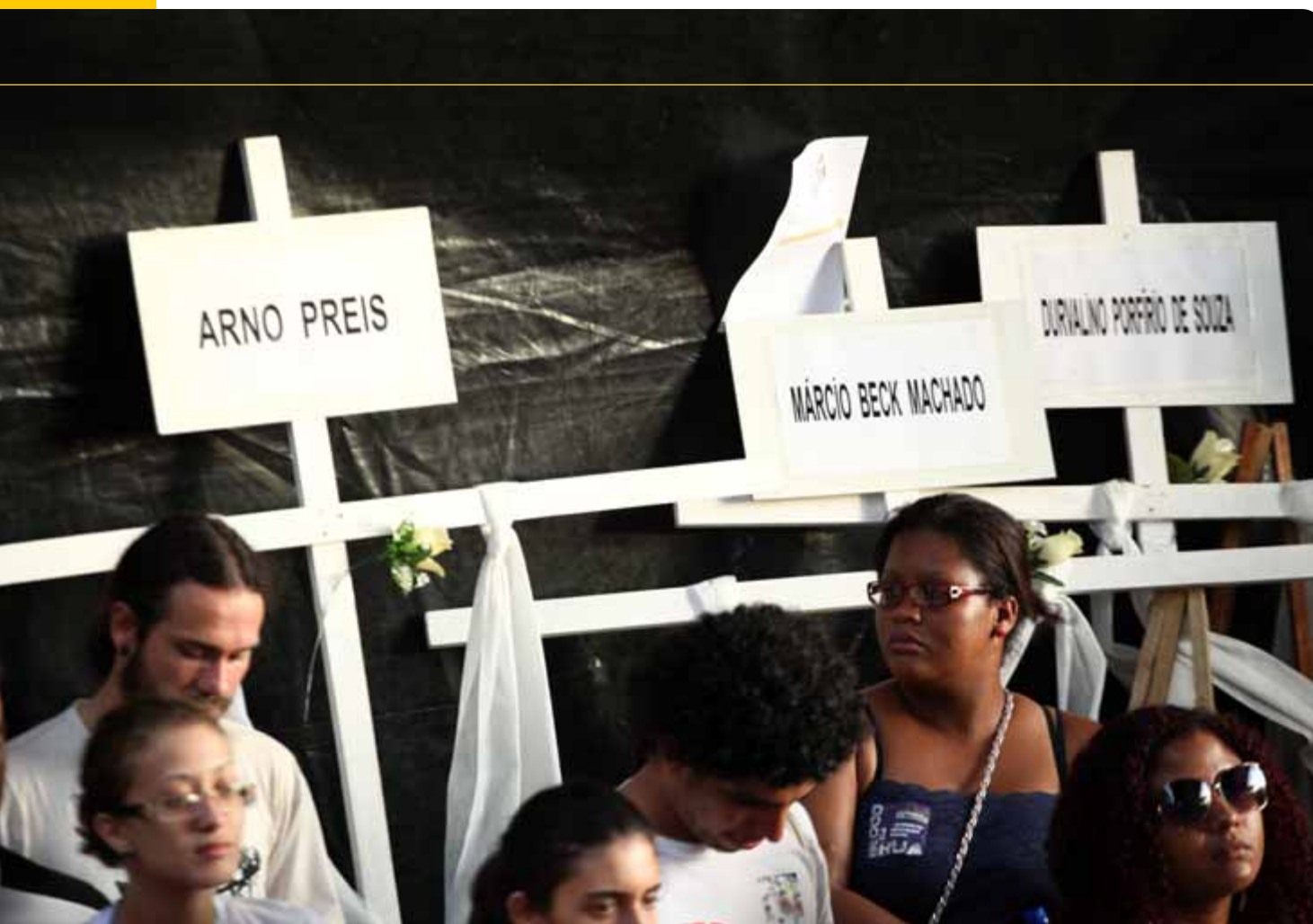


A POTÊNCIA POLÍTICO-JURÍDICA DA NARRATIVA E DA TESTEMUNHA

4. A testemunha, habitualmente, é considerada uma mera peça do processo judicial. O testemunho se torna uma parte da formalidade do processo jurídico. Devido à hegemonia da epistemologia empírico-racionalista, se confere maior validade àquele testemunho que oferece mais dados objetivos comprováveis sobre a particularidade dos fatos. A validação hierárquica dos testemunhos é proporcional à quantidade de provas objetivas, empíricas, que aportam. Daí se deduz que os testemunhos subjetivos das vítimas, por narrarem a realidade do seu sofrimento e o impacto existencial sofrido, têm um caráter moral importante, mas tecnicamente inferior às provas empíricas arroladas por fatos comprováveis. Neste paradigma epistêmico, a verdade do testemunho da vítima é respeitável moralmente, mas secundária a respeito das técnicas jurídico-policiais que elucidam a verdade dos fatos acontecidos. A verdade revelada pelo testemunho das vítimas é uma verdade inferior à verdade aferida pelas provas objetivas.

Neste contexto de episteme empírico-racionalista, o testemunho jurídico é uma peça formal da verdade, destinado a produzir uma sentença. Ele vale enquanto peça do processo para a sentença. Para o direito, a validade do testemunho é correlativa à observação imparcial dos fatos. O procedimento jurídico estima que a validade da verdade de uma testemunha é proporcional à distância objetiva que há entre a narrativa e os fatos acontecidos. Para a lógica processual moderna, essa distância confere neutralidade ao testemunho como prova da verdade. Quanto maior a distância subjetiva da testemunha, mais veraz resulta seu testemunho. E vice-versa, quanto mais implicada este a testemunha no fato narrado, menos veracidade testemunhal. O enaltecimento da objetividade externa do testemunho como elemento de validação de uma verdade não é exclusivo do método judicial. A valoração da objetividade do observador sobre a subjetividade da vítima que testemunha é um dos desdobramentos do princípio epistemológico empírico-racionalista da verdade moderna que se define como verdade científica⁸. O racionalismo e empirismo entronizaram o valor da verdade objetiva como verdade superior a qualquer forma de verdade subjetiva. Nesta condição, a verdade testemunhada pela vítima aparece suspeita de subjetividade emocional que obscureceria a verdade objetiva dos fatos.

8 Um exemplo da prioridade que a modernidade outorga ao espectador sobre a testemunha no aferimento da verdade encontra-se na valorização que Kant faz da figura do espectador como critério moral que pode julgar uma época. Ele seria um observador neutro e imparcial dos acontecimentos históricos, o que confere à sua observação uma credibilidade maior do que a daqueles que se encontram implicados nos acontecimentos, as testemunhas. Cf. KANT, Immanuel. *Ideas para una historia universal en clave cosmopolita y otros escritos sobre filosofía de la historia*. Madrid, Tecnos, 1987, p. 88 ss.



MANIFESTAÇÃO POR MEMÓRIA, VERDADE E JUSTIÇA QUANTO AS MORTES E DESAPARECIMENTOS DA DITADURA, 70ª CARAVANA DA ANISTIA DURANTE O 53º CONGRESSO DA UNIÃO NACIONAL DO ESTUDANTES (UNE), GOIÂNIA, 08 DE JUNHO DE 2013.

FONTE: ACERVO DA COMISSÃO DE ANISTIA.

Para a epistemologia moderna, a experiência científica tem um valor de verdade superior à experiência subjetiva da vítima. A primeira se valida pelas provas, e a segunda se mostra pela narrativa. A experiência científica e a experiência da testemunha são dois tipos de experiência que mostram diferentes perspectivas da verdade. Diferentes tipos de experiência manifestam diversas formas da verdade, e talvez até diversas verdades. Ambas as experiências não têm porque ser disjuntivas, porém a hegemonia avassaladora do critério moderno da epistemologia objetiva subordina a verdade ao experimento. Confunde experiência com experimento reduzindo a experiência a experimento. Tal reducionismo relega a experiência da testemunha a uma verdade secundária. Ela seria uma verdade “testemunhal” no sentido de residual.

Walter Benjamin já alertou que as ações da experiência estão em baixa, em parte porque estamos perdendo a nossa capacidade de narrar a própria experiência (*Erfahrung*)⁹. Mas, podemos acrescentar, o valor epistêmico da experiência se dilui na hegemonia da verdade aferida pelo experimento. A diferença entre experiência e experimento se traduz nos dois modelos de verdade que ambos produzem. No contexto hegemônico das racionalidades empíricas, a experiência tende a diluir-se no experimento. Só tem estatuto de verdade autêntica aquela verdade que pode passar pelo filtro do experimento. Ou seja, a verdade que pode ser contrastada com provas empíricas externas que comprovem a veracidade dos enunciados. A experiência, por definição, é constitutiva do sujeito que a experimenta e sua verdade se traduz em narrativa. Isso quer dizer que a experiência da vítima que testemunha não se encaixa no padrão de verdade experimental. A narrativa da experiência traduz uma verdade não empírica, mas experiencial. A experiência contém uma verdade que não é traduzível em experimento. A técnica experimental como metodologia comprobatória da verdade é impotente para captar a verdade da experiência. Este é o campo de tensão em que se encontra posicionado o testemunho da vítima, uma vez que ele é uma experiência não traduzível em experimento e que só é transmissível como narrativa.

5. No contexto deste debate, Agamben recupera a importância da testemunha a partir de uma outra perspectiva, aquela que outorga a seu testemunho uma singularidade única. Existem razões variadas para que alguém decida tornar-se uma testemunha; nos casos extremos da violência, chega a ser um objetivo de sobrevivência¹⁰. No limiar do sofrimento, quando ceder à morte parece ser uma porta para encontrar a paz, o testemunho daqueles que optaram por resistir e sofrer, sofrer resistindo, tem por objetivo poder testemunhar a barbárie que os atingia.

A tese deste ensaio é que a violência tem um lado oculto que só o testemunho pode narrar, sendo a testemunha a única que pode narrar a verdade oculta no sofrimento vivido. Só ela pode dizer a verdade do que sofreu, tornando o seu sofrimento um fato político jurídico relevante para repensar o tipo de justiça a ser implementada. Sua narrativa instaura a validade de uma verdade não percebida pela observação externa. A testemunha tem uma perspectiva da verdade que só ela poderá dizer na forma de testemunho.

Para compreendermos melhor as distintas acepções de testemunha, Agamben propõe uma distinção etimológica. A partir da origem latina do conceito, podem-se distinguir dois termos para testemunha, *testis* e *superstes*, que expressam dois modelos diferentes de testemunho.

9 BENJAMIN, Walter. "O Narrador". In. Id. *Mágia, arte e técnica*. São Paulo: Brasiliense, 1996, p. 198.

10 "No campo, uma das razões que podem impelir um deportado a sobreviver consiste em tornar-se uma testemunha" AGAMBEN, Giorgio. *O que resta de Auschwitz. O arquivo e a testemunha. Homo sacer III*. São Paulo: Boitempo, 2008, p. 25.

O primeiro termo, *testis*, do qual deriva o termo português “testemunha”, tem também o significado de colocar-se no lugar do outro, de um terceiro. Em latim, terceiro é *terstis*. É aquele que se coloca como intermediário entre dois contendores de um litígio¹¹. Ele designa uma espécie de observador neutral dos fatos. É o modelo de observador imparcial, cuja verdade é privilegiada pelo modelo judicial e a ciência moderna. A testemunha externa (*testis*) narra fatos acontecidos fora dela como um espetáculo objetivo a que assistiu. Seu testemunho exhibe a objetividade da distância como prova de sua verdade. Ela se distancia para ser objetiva, e a objetividade distante é aferida pelo direito como um elemento que prova a verdade de seu testemunho. Esse testemunho tem o estatuto da objetividade empírica e se regula pela epistemologia da empiria. Qualquer um pode ser testemunha de um fato externo. Seu testemunho só reconstrói a exterioridade do acontecimento pela comprovação empírica dos fatos.

A verdade do sobrevivente é interna à sua condição de testemunha vítima da violência.

O segundo termo, *superstes*, denomina aquele que teve a vivência direta de algo, aquele que experimentou em si, em sua totalidade, até o final, um evento. Ele pode dar testemunho a partir de dentro do acontecimento; sua condição tão peculiar confere a seu testemunho a experiência interna do acontecimento. A especificidade de sua vivência torna seu testemunho uma verdade aquém do

testemunho objetivo e além da neutralidade abstrata da verdade judicial. Seu testemunho não se realiza como peça de um processo, mas como uma perspectiva da verdade oculta no acontecimento. Sua experiência essencialmente subjetiva expõe um tipo de verdade que vai além do processo. O seu testemunho julga a validade de qualquer processo porque a especificidade da dor da testemunha revela um lado da violência que não pode ser dimensionado pela norma, mas julga a (in)justiça de qualquer sentença. Seu testemunho não visa em primeira instância ao julgamento, mas à revelação de uma verdade desconhecida pelo testemunho objetivo do observador neutral. A testemunha sobrevivente (*superstes*) tem um outro estatuto epistemológico. Ela não narra a objetividade da distância, mas a interioridade do acontecimento. Seu testemunho não tem o valor objetivo dos fatos empíricos, mas a potência histórica da significação. Sua narrativa não visa reconstituir os fatos externos, mas instituir o sentido interno do acontecido. A narrativa da testemunha sobrevivente institui uma verdade interna ao acontecimento, apresenta o sentido da violência para a vítima. A epistemologia da testemunha revela os significados ocultos da violência que objetivam a vida humana. Sua verdade não é captada pela empiria, nem percebida pela objetividade do observador externo. A verdade do sobrevivente é interna à sua condição de testemunha vítima da violência.

11 AGAMBEN, Giorgio. *Op. Cit.* p. 27.

Os testemunhos das vítimas não narram o acontecido de forma abstrata; suas narrativas carregam uma significação que foge ao observador externo. Por isso, elas se tornam parte do acontecimento, um prolongamento do fato, um fato novo¹².

A TESTEMUNHA E O TESTEMUNHO SE TORNAM UM ACONTECIMENTO

6. A análise proposta por Agamben nos possibilita pensar a testemunha e o testemunho sob a forma de acontecimento político. A noção de acontecimento diz respeito à possibilidade, ou não, de algo acontecer. O acontecimento é imprevisível, tem a potência de inovação, traz consigo a perspectiva histórica de algo que ainda não tinha sido colocado. O acontecimento inova a história, cria realidade. Há uma diferença ontológica entre acontecimento e experimento. O experimento só comprova o que já existe, o acontecimento faz existir. O acontecimento produz uma novidade histórica que antes não existia e, a partir da qual, é possível e necessário compreender a realidade. Em todos estes sentidos, a testemunha e o testemunho são um acontecimento.

A vítima que testemunha, ao narrar a violência desde dentro, revela uma dimensão do fato que permanecia desconhecida para os observadores imparciais. Sua narrativa do sofrimento padecido revela uma nova realidade que se traduz na forma de um *novo acontecimento*. A narrativa faz existir algo que não existia, nem sequer para a testemunha externa que testemunhou o fato de forma imparcial e objetiva. O testemunho da vítima traz para a luz algo que permanecia oculto ao observador externo. A verdade da testemunha que sobreviveu à violência, *superstes*, revela uma *zona obscura da verdade* que só existia na interioridade da vítima e só poderá existir como acontecimento político se for testemunhada. O testemunho traz para a história o sofrimento da vítima, fazendo da sua narrativa de testemunha um novo acontecimento político. Este acontecimento só pode ser construído pela vítima que testemunha *a verdade oculta da violência sofrida*. O estatuto de sua verdade é singular e só ele pode fazer do seu testemunho um acontecimento. A verdade epistêmica do testemunho da vítima é a única que, ao proferir-se, produz de forma performativa um acontecimento. A verdade dos testemunhos externos e as verdades empíricas dos inquéritos só aduzem provas de algo que já existiu e, por isso, elas não produzem nada novo, só comprovam o que já foi. O testemunho da vítima produz uma verdade nova, sua narrativa é, em si mesma, uma verdade que se constitui performativamente em acontecimento. Se ela não for proferida pela testemunha, haverá uma dimensão do real que

¹² Agamben, valorando o registo do testemunho do *superstes* comenta o paradoxo de que “o testemunho vale essencialmente por aquilo que nele falta; contém em seu centro algo intestemunhável, que destitui a autoridade dos sobreviventes” AGAMBEN, Giorgio. *Op. Cit.* p. 43.

não existiu. A realidade criada pelo testemunho traduz sua verdade em acontecimento na forma de narrativa. Só seu testemunho tem o poder performativo de criar esse novo acontecimento que faz aparecer como realidade a experiência por ela vivida.

A singular potência do testemunho das vítimas, em criar performativamente um acontecimento com sua narrativa, não significa que esta narrativa esteja intrinsecamente isenta de erros e até de inverdades. Na análise que propomos, não estamos verificando a validade interna da narrativa da testemunha, senão a condição singular de seu testemunho de ser um acontecimento. É certo que qualquer verdade haverá de filtrar-se pelo senso crítico, caso contrário, transformaríamos automaticamente em dogmas as narrativas das testemunhas. Todas as verdades, incluídas as das testemunhas, haverão de ser criticamente acolhidas, porém isso não invalida o fato de que o seu testemunho veraz se torna, por si só, numa forma singular de verdade que produz um acontecimento. Em qualquer caso, a sinceridade do testemunho torna a sua verdade veraz naquilo que a testemunha narra sobre si. No caso da testemunha, a validade do seu testemunho é consolidada pela sinceridade do seu dizer, tornando a sinceridade critério de validação de sua verdade. Neste debate, a voz da testemunha é muito mais eloquente que qualquer reflexão. Damos a voz à testemunha Nilce Azevedo Cardoso, torturada durante a ditadura militar de 1964 no Brasil:

A primeira sensação é a mudança da noção de tempo. O tempo não mais é aquele do relógio. A hora que eles nos enfiaram o capuz na cabeça o tempo se vai. Já no carro, no caminho do DOPS, o Pedro Seelig começou a me soquear. Minha reação foi exigir ser solta. “Eu não sei quem vocês são, me larga.” Já na entrada do DOPS me colocaram o capuz, então minha reação foi ficar dura. Estaqueei! “Bah, a moça está com tanto medo que não pode nem andar.” Imagine o medo. Claro que eu estava com medo! As pernas endureceram. Para me mover os policiais iam me dando pontapés e empurrões.¹³

7. O testemunho da vítima se constitui num acontecimento que perpassa a mera objetividade do fato violento. A subjetividade do testemunho não tira a densidade objetiva da narrativa. Muito pelo contrário, é a subjetividade que confere à narrativa da vítima uma verdade própria que não pode ser aferida de outra forma. A narrativa da vítima valida uma nova perspectiva epistemológica de verdade, que só pode ser dita por aqueles que sofreram a violência a partir de dentro. O testemunho revela a interioridade tenebrosa da violência que é inatingível para o observador externo e imparcial, o *testis*. O observador externo contempla a violência como um fato neutro que, com muita facilidade, fica reduzido a conceitos, categorias, números, estatísticas. A violência

narrada pelo observador cai facilmente na banalidade. A abstração tende a banalizar a violência como se fosse um evento entre outros. O testemunho da vítima desconstrói todas as formas de banalização da violência, mostrando a perversidade que se oculta nas formas de racionalidade estratégica. A verdade oculta da violência aparece, ainda que sempre de forma fragmentária, na narrativa do sofrimento experimentado como verdade singular por aqueles que foram vítimas. O seu testemunho revela a percepção singular que a vítima tinha do acontecimento. A narrativa traduz essa percepção em novo acontecimento que passa a ser referência de verdade, a ser considerada na construção de justiça.

Os policiais tinham todo seu comportamento organizado. Organizado, passo por passo, como em uma cartilha sendo executada para destituir o ser humano de sua dignidade. Então eles foram fazendo tudo isso. A primeira coisa que fizeram foi me colocar no meio daquele mundaréu de homens – não sei de onde saiu tanta gente – e me mandaram tirar a roupa. Como não tirei, me arrancaram as roupas.

Fiquei na frente daquele povo, era um horror. Até hoje quando eu sonho – e continuo sonhando até hoje – sinto o horror de estar ali nua na frente de todas aquelas caras horrorosas, ouvindo os xingamentos e as ofensas. Xingamentos de nomes que eu nunca tinha ouvido falar: “Sua isso, sua aquilo,... Comunista filha disso, filha daquilo” Fiquei ouvindo. Então, tiraram o capuz – e eu fiquei vendo as caras deles ainda por cima –, seguraram os meus cabelos e começaram a me soquear. E era soco para tudo que era lado. Meu corpo, da cabeça aos pés, recebeu socos e pontapés. Até hoje não sei como um ser humano aguenta tudo aquilo. Não aguenta! Eles foram educados para isso, alguns tinham convicção de que aqueles comunistas precisavam ser destruídos.¹⁴

O testemunho da vítima tem uma singularidade que transcende a mera neutralidade do observador imparcial. A narrativa da testemunha instaura uma realidade que só ela pode produzir pela linguagem do testemunho. O fato de narrar a vivência do sofrimento instaura um novo acontecimento. Denominamos de *acontecimento* à esta perspectiva trazida pela testemunha como nova verdade que, antes do seu testemunho, não existia e, só pode existir, porque foi testemunhada.

A singularidade do testemunho da vítima vai além da palavra, tornando-se um acontecimento por si mesmo. Sua narrativa está além da observação imparcial e aquém da neutralidade formal. Ela transcende os critérios de verdade que a justiça formal prioriza, e inclusive, os relativiza, por serem

14 VIOLA, SOLON, e PIRES, Thiago Viera. “Nilce Azevedo Cardoso: lembrar é preciso”. *Op. Cit.* p. 13.

insuficientes para compreender o lado obscuro da violência. O testemunho da vítima coloca sob a luz da história uma nova realidade que só sua palavra pode produzir. A testemunha violentada fala do interior do acontecimento, instaurando com sua narrativa um novo acontecimento. Seu testemunho cria uma nova perspectiva para o fato, algo que só a vítima poderá realizar. A narrativa é um acontecimento que ressignifica o fato além da mera objetividade formal do observador externo, revelando a verdade interna da violência que escapa a qualquer observação.

Foi durante as sessões de choque que decidi que não falaria nada. Eu sabia o que eles sabiam que eu sabia. E sabia que se não falasse seria morta, não tinha outra saída. Porque eu já tinha feito a minha opção firme lá atrás, muito lá atrás. Então eu já sabia que estava sendo condenada à morte, pois não falaria. Era desta maneira que eles estavam recebendo aquela negativa vindo de um corpo cada vez mais torturado, ensanguentado. Um corpo que respingava sangue por todos os lados. Fui ficando inchada de tanto apanhar.¹⁵

8. O que valida a narrativa da testemunha é seu estatuto epistemológico, diferenciado em relação ao conceito de verdade científica ou de experiência empírica. Ela não se limita a narrar o que aconteceu; ela produz o acontecer. A violência perpetrada tem um lado íntimo que atinge de forma exclusiva a vítima, resultando inapreensível para a observação externa. O que a violência provocou no ser e no existir da vítima é algo que só ela vivenciou e só ela poderá narrar, na medida em que se constitui uma testemunha. A intimidade do sofrimento da violência é um acontecimento oculto que escapa a todos os observadores externos; só a vítima pode dizer, até onde consegue dizer, essa dimensão do fato. A narrativa da vítima se torna uma revelação, pois só ela, enquanto testemunha de uma vivência, poderá revelar o lado oculto do fato histórico. A narrativa do sofrimento íntimo, do lado oculto da violência, torna-se ela mesma um acontecimento.

A narrativa faz existir para a história algo que só o testemunho da vítima podia produzir; ela desvela o lado velado de uma violência que só a testemunha pode revelar. Esta singularidade torna o seu testemunho um acontecimento e a narrativa, um fato político novo. A narrativa testemunhal da vítima contém uma potencialidade política própria, que advém da singularidade da sua verdade, uma verdade que só a vítima pode produzir porque pertence à sua experiência da violência. A validade de sua verdade está além das verdades procedimentais das testemunhas do direito. O testemunho da vítima valida-se por si mesmo, enquanto revela o sentir e o viver oculto que só ele poderia narrar. Ele excede os critérios de verdade ou mentira, de falsidade ou incoerência, utilizados pela epistemologia da ciência moderna. O testemunho da vítima, quando é sincero, valida-se por si mesmo. Ele coloca os critérios de validação para os outros observadores



externos. Sua relação com a violência é singular e sua narrativa a respeito da sua experiência do acontecimento violento lhe confere uma potencialidade política especial.

Um outro aspecto da singularidade do testemunho da vítima é que ela possui a memória imediata da barbárie¹⁶. A memória da barbárie torna a narrativa uma técnica política para desconstruir a banalização da violência e desarmar o seu pretenso naturalismo biopolítico.

Minha noção do tempo foi-se perdendo. Contava através das trocas de equipe que saíam para almoçar, jantar, mudar o turno. [...]. No segundo almoço, o tempo de 24 horas tinha passado. Mudaram e falaram em pau-de-arara: “Vamos no pau-de-arara” porque não tem jeito! Botaram no pau-de-arara. Ainda vai ter que ser estudado isso. Porque o que faz ao ser humano um pau-de-arara é algo inacreditável. A pessoa fica de cabeça para baixo, e lúcida, porque o sangue fica circulando. Lúcida? Fica enlouquecida. Fica enlouquecidamente lúcida!¹⁷

O PARADOXAL TESTEMUNHO DOS DESAPARECIDOS, O INDIZÍVEL NO TESTEMUNHO DOS TORTURADOS

9. Agamben, tomando como referência a condição dos campos nazistas, observa que, segundo o dizer de muitas testemunhas, resta sempre uma lacuna em todo testemunho¹⁸. O paradoxo atravessa o testemunho e torna a testemunha um sobrevivente paradoxal. As lacunas paradoxais podem ser de diversos tipos e por diversas circunstâncias. Um primeiro paradoxo, talvez o principal, manifesta-se na impossibilidade de dizer toda a vivência. A lacuna é um resto do indizível que fica por dizer em todo testemunho. O testemunho, ao dizer, deixa por dizer o essencial do sofrimento vivido, um resto. A lacuna que resta é o indizível de todo testemunho. O paradoxo da narrativa da testemunha é que o essencial do seu dizer não pode ser dito pela linguagem. O que resta por dizer, o resto, é o essencial do testemunho, que, por ser um resto impossível de dizer em palavras, é o indizível. O indizível do testemunho não depende só da vontade de dizer ou não dizer da testemunha, mas da impossibilidade ontológica de traduzir em palavras a experiência da violência sofrida. Este é um primeiro paradoxo do testemunho da vítima.

16 GUINZBURG, J 2010. Escritas da tortura. In: E. TELES; V. SAFLATLE (orgs.), *O que resta da ditadura*. São Paulo, Boitempo, p. 133-150.

17 VIOLA, SOLON, e PIRES, Thiago Viera. “Nilce Azevedo Cardoso: relembrar é preciso” *Op. Cit.* p. 15.

18 AGAMBEN, Giorgio. *O que resta de Auschwitz. O arquivo e a testemunha. Homo sacer III*. São Paulo: Boitempo, 2008, p. 42.

A indizibilidade de todo testemunho remete ao paradoxo de uma verdade que ainda permanece por dizer a quem da narrativa dita. A densidade do sofrimento vivido é inversamente proporcional à possibilidade de narrá-lo. Há algo de indizível no próprio testemunho da vítima. Mesmo com a utilização de todos os recursos narrativos, nunca se poderá dizer plenamente o sofrimento da violência. A narrativa da tortura não consegue dizer toda a vivência do torturado, nem esgota os significados da experiência que a tortura provocou nas testemunhas. A zona de indizibilidade da violência é a lacuna mais dolorosa da testemunha, uma lacuna indizível em que a palavra se torna muda e o silêncio se transforma no seu maior testemunho. Nela, a testemunha vive o paradoxo de ter que sofrer, sem poder expor a totalidade da experiência, porque a linguagem é insuficiente para tornar-se um pleno acontecimento.

Aí de novo choque por todo corpo, e meu corpo enfraquecendo, a vida sumindo. Aí de repente eles viram que eu estava morrendo. Tiravam dali, massageavam. Eu já tinha perdido o movimento dos pés e das pernas. Eles me seguravam me arrastavam. Quando eu me "recuperava," começava tudo de novo. Nesse meio tempo chegou mais um almoço. Eles sentaram ao lado e almoçaram. Lembro de dizer: "Bom apetite!" Nessa altura veio mais um almoço e mais um. E eu dizia: "Bom apetite!"¹⁹

10. Agamben propõe como paradigma da testemunha dos campos nazistas a figura do *muçulmano*. Denominavam-se muçulmanos aqueles prisioneiros dos campos cujas funções vitais chegavam a um extremo mínimo da sobrevivência. Nesse estado liminar, o humano ficava reduzido à mera vida biológica que reproduzia as funções vitais mínimas sem noção de sua existência. Eles, que haviam perdido a consciência de si, perambulavam em estado cataléptico, ficando a maioria do tempo numa posição instintiva de cócoras por impossibilidade de maiores movimentos. Essa posição lhes valeu o nome de *muçulmanos*. O muçulmano era o estado que testemunhava, pela impossibilidade de dizer, o indizível do sofrimento nos campos. O muçulmano se tornou a testemunha que assombrava a todos os moradores do campo que sabiam ser esse seu futuro inexorável, se a ele chegassem. A impossibilidade de testemunhar do muçulmano reduzido à mera vida biológica era a plenitude de um testemunho que era indizível pelas palavras daqueles que sobreviveram²⁰.

Na nossa realidade latino-americana, o paradigma paradoxal do testemunho é o desaparecido. Os desaparecidos deixaram uma sombra sem rastro, cujo vazio está preenchido por uma presença ausente. Sua ausência é uma presença que se torna o resto do que restou da violência contra eles perpetrada. A ausência do desaparecido testemunha como uma presença

19 VIOLA, SOLON, e PIRES, Thiago Viera. "Nilce Azevedo Cardoso: lembrar é preciso." Op. Cit. p. 15-16.

20 AGAMBEN, Giorgio. *O que resta de Auschwitz. O arquivo e a testemunha. Homo sacer III*. São Paulo: Boitempo, 2008, p. 49-92.

paradoxal, cujo vazio é ocupado pelo testemunho impossível de ser dito, sua ausência se tornou o verdadeiro testemunho. A ausência dos desaparecidos testemunha contra a barbárie como o mais puro testemunho. Ela cria o acontecimento puro da linguagem indizível. A ausência indizível do desaparecido se torna o testemunho mais puro, porque, nela, a ausência de palavras foi transformada em presença do ausente. A presença ausente do desaparecido testemunha como realidade que não pode ser traduzida em palavras, embora transpareça como pura realidade. O testemunho do desaparecido é o paradoxo do testemunho que torna sua ausência puro acontecimento.

A testemunha, que expõe o lado oculto e perverso da violência, percebe-se no paradoxo da impotência de dizer o todo da violência. Neste sentido, os desaparecidos se tornam as verdadeiras testemunhas. Eles, que não podem mais falar, falam através do silêncio do rastro deixado por sua desapareição. A desapareição deixa uma presença sombria, uma sombra presente que testemunha aquele que não mais pode testemunhar por si mesmo. A impossibilidade de testemunhar do desaparecido torna sua ausência uma espécie de testemunho total. A totalidade do testemunho aparece de forma indizível no silêncio dos desaparecidos, cuja palavra não pode ser mais dita. A impossibilidade de dizer do desaparecido torna sua ausência uma totalidade do dizer; o testemunho impossível da palavra torna o silêncio de sua ausência um testemunho pleno. A ausência do desaparecido transparece como ato revelador da brutalidade biopolítica. Ele, desaparecido, é o resto que ficou de uma ausência injustificada que testemunha contra os violadores com uma contundência maior que qualquer palavra. A ausência do desaparecido permanece como um testemunho pleno da violência sofrida. Sua ausência é um testemunho,

Nós só temos acesso ao acontecimento pela linguagem; só temos acesso ao sofrimento do torturado através de seu enunciado. Todavia, há uma sombra do acontecimento que escapa à linguagem e que foge de nossa possibilidade de compreender.

talvez o testemunho que traduz, pelo silêncio, o dizer mais pleno da barbárie indizível da violência sofrida. Sua condição é a de uma testemunha ausente pelo desaparecimento e torna o seu silêncio o testemunho mais eloquente. A impossibilidade da linguagem do desaparecido torna a aparente impossibilidade do dizer em possibilidade de testemunho pleno. Seu testemunho se fez na forma de linguagem muda, de silêncio eloquente, talvez o testemunho mais dizível da indizibilizada da barbárie. Se o muçulmano é a testemunha do campo nazista, o desaparecido é o paradigma da testemunha dos porões dos estados de exceção na América Latina.

11. Agamben relata a tensão que perpassa o testemunho dos sobreviventes dos campos porque eles, que podem falar, não são as verdadeiras testemunhas. As verdadeiras testemunhas são aquelas que ficaram nos campos e cujo testemunho não poderá ser dito a não ser em seu nome, como uma terceira pessoa²¹. Esta é uma segunda lacuna do testemunho, um outro paradoxo. Aquele que testemunha a violência testemunha sempre parcialmente porque as verdadeiras testemunhas, que deveriam narrar o horror pleno, não podem mais falar. As verdadeiras testemunhas são as que morreram vítimas da violência, experimentaram até o limite o horror da barbárie. Mas como testemunhar o intestemunhável? Os sobreviventes narram, no seu testemunho, o testemunho daqueles que não mais conseguiram dizer o indizível da barbárie total. Os sobreviventes tiveram a sorte ou a argúcia de escapar do horror pleno. Ao testemunharem, seu testemunho sempre haverá de remeter àqueles que não podem testemunhar porque desapareceram. O indizível daqueles que desapareceram é a lacuna que resta no testemunho dos sobreviventes.

O sobrevivente dos estados de exceção na América Latina é o torturado. O torturado vive o dilema da testemunha. Ele só pode enunciar parcialmente a violência sofrida. Sua linguagem sempre será insuficiente para dizer a totalidade do acontecimento. Vive a experiência do indizível do sofrimento da tortura pela linguagem. A narrativa que testemunha a tortura sempre deixa uma lacuna do indizível do sofrido. O torturado é um sobrevivente da violência e seu testemunho se constitui em acontecimento, porém seu dizer é sempre uma impossibilidade de dizer tudo. No torturado, a enunciação e o enunciado tornam-se concomitantemente o paradoxo da potência e impotência de dizer. Sua narrativa dos sofrimentos vividos se constitui num novo acontecimento que instaura um novo modo de ser do ato violento que só ele poderia dizer. Contudo, seu dizer é sempre uma impotência de dizer o sofrimento da violência.

O acontecimento, sendo linguagem, não pode ser reduzido à linguagem. Nós só temos acesso ao acontecimento pela linguagem; só temos acesso ao sofrimento do torturado através de seu enunciado. Todavia, há uma sombra do acontecimento que escapa à linguagem e que foge de nossa possibilidade de compreender. O sofrimento da violência destaca no torturado um tipo de testemunho em que o paradoxo humano de não poder dizer tudo o que foi vivido se conjuga com a potência de dizer o vivido como possibilidade de registro histórico. De alguma forma, o testemunho do torturado reflete o paradoxo da condição humana do sujeito que tem a potência de dizer embutida na impotência de dizer-se totalmente.

21 "As 'verdadeiras' testemunhas, as 'testemunhas integrais', são as que não testemunharam, nem teriam podido fazê-lo. São os mulmanos, os submersos. Os sobreviventes, como pseudotestemunhas, falam em seu lugar, por delegação: testemunham um testemunho que falta" AGAMBEN, Giorgio. *O que resta de Auschwitz. O arquivo e a testemunha. Homo sacer III*. São Paulo: Boitempo, 2008, p. 43.



O silêncio os irritava, porque para eles era impossível compreender o que eu escolhera. Eles davam pontapés na minha boca... Pontapés na minha cabeça. Brinco, ainda agora, que devo ter um parafuso a menos, porque não é possível o tanto que levei de socos e pontapés.

Olha, fizeram de tudo. Eles resolveram então que... naturalmente no DOPS as mulheres eram estupradas de um jeito ou de outro – eu conto que fui estuprada com mãos e fios. Porque eles me enfiaram uma mão com um monte de fios, botaram os fios acoplados em meu útero, e recebi choques internamente. Meu útero ficou todo queimado. E aquilo... Aquilo faz uma reviravolta por dentro, com uma mão inteira vagina adentro. E aí o que aconteceu? Começou uma sangueira danada... Foi um horror! Aí eles botaram uma bacia embaixo junto com jornal... Então aquilo, você pode imaginar o cheiro que foi ficando para todo mundo, não só para mim.²²

Seguindo tese de Agamben, podemos compreender como no torturado encontram-se cindidos o ser vivente do ser falante, o ser vivo e sua palavra, a *phone* e o *logos*²³. A condição de inumanidade a que foi submetido na tortura resguarda nele uma margem de indizibilidade. Há sempre uma marginalidade indizível na narrativa de quem testemunha o sofrimento. O verdadeiro testemunho, que é o sofrimento vivido pela vítima, é indizível porque fica à margem da palavra, alguém de qualquer narrativa. Não se pode narrar o sofrimento; só quem sofreu pode atingir a verdade plena do testemunho.

Há muito de indizível na inumanidade a que se encontram reduzidos aqueles que, por violência política ou econômica, sobrevivem no limiar da mera vida biológica. O testemunho situa-se como potência de dizer ou não, que, no caso das vidas desumanizadas, revela-se como cisão trágica do ser vivente que, tendo o poder da palavra, não poder dizer a totalidade do seu sofrimento. Quando se nega a possibilidade do testemunho ao torturado ou qualquer violentado, apaga-se da história sua condição de sujeito social e, com isso, se nega a possibilidade do acontecimento do seu testemunho. A vida desumanizada contém uma experiência inenarrável que o testemunho não pode dizer em sua totalidade, mas que só o testemunho pode dizer como acontecimento real. Há uma impotência de dizer a totalidade do acontecimento da condição inumana, assim como há uma potência de traduzir em acontecimento a narrativa possível do testemunho. O testemunho manifesta-se de forma paradoxal como impotência de dizer a totalidade do acontecimento e potência de dizer como acontecimento a narrativa da vítima.

22 VIOLA, SOLON, e PIRES, Thiago Viera. “Nilce Azevedo Cardoso: lembrar é preciso”. Op. Cit. p. 16-17.

23 “Contudo, é precisamente essa impossibilidade de unir o ser vivo e a linguagem, a *phonê* e o *logos*, o não-humano e o humano – ao invés de autorizar que a significação acabe diferida infinitamente – que permite o testemunho” AGAMBEN, Giorgio. *O que resta de Auschwitz. O arquivo e a testemunha. Homo sacer III*. São Paulo: Boitempo, 2008, p. 132-133.

CONCLUSÃO

12. A validade da verdade da testemunha sobrevivente e da vida desumanizada não decorre da mera verificabilidade dos fatos, que qualquer observador externo poderia fazer. A vida do torturado não pode dizer o inenarrável do acontecimento inumano, mas tal impossibilidade torna seu testemunho, no que pode dizer, mais incisivo. A impotência do torturado de dizer a totalidade de seu sofrimento torna seu testemunho mais potente. A verdade do testemunho dos que foram violentados transcende a empiria dos fatos para penetrar na condição indizível da experiência vivida.

Aí foi indo, aquele choque cada vez mais intenso, a perda de sangue, a condição humana se perdendo. Aí de repente o ser humano se esfacela! Parece que aquela unidade que a gente tem, não existe mais. Parece que o corpo fica despedaçado, como se quisessem o corpo da alma²⁴.

O torturado testemunha o paradoxo da impossibilidade radical de dizer a totalidade do enunciado. A condição de vítima, sua experiência de *Homo sacer* a quem foi negada a possibilidade de enunciar o testemunho, transforma sua condição de impossibilidade de dizer em testemunho radical. A aporia que surge na condição do sobrevivente desumanizado é que a potência de seu testemunho existe como uma cisão que impossibilita o dizer. Negada a possibilidade de enunciar o testemunho, retira-se-lhe a possibilidade de constituir-se em sujeito do enunciado. Só a testemunha *auctor*²⁵, que sai fiador do desaparecido, poderá lhe emprestar a potência do enunciado para que o sobrevivente desumanizado possa ser sujeito.

O verdadeiro sentido do sofrimento padecido pelas vítimas da violência permanece na impossibilidade de dizer. A palavra nunca poderá dizer a totalidade do sofrimento das vítimas. O testemunho sempre esconde uma zona oculta de sentido em que a vítima testemunha pelo puro silêncio. A vítima da tortura coexiste com a incapacidade de dizer a totalidade do sofrimento que a atingiu. Ela se torna verdadeira testemunha precisamente porque não é capaz de testemunhar a totalidade da violência sofrida. Há um paradoxo na condição testemunhal da vítima: ela é pura testemunha, contudo não é capaz de testemunhar a totalidade do sofrimento. A testemunha mais radical é aquela que não pode mais dizer uma palavra por causa da violência sofrida. O silêncio do corpo torturado, a incapacidade da linguagem do

24 VIOLA, Solon, e PIRES, Thiago Viera. "Nilce Azevedo Cardoso: lembrar é preciso". Op. Cit. p. 17.

25 Utilizamos o termo latino *auctor* no sentido analisado por Agamben, que remete à origem etimológica o termo *auctor*, o qual indica alguém que é testemunha e responsável daquilo que é *auctor*. "O testemunho sempre é, pois, um ator de 'autor', implicando sempre uma dualidade essencial, em que são integradas e passam a valer a insuficiência ou a incapacidade" AGAMBEN, Giorgio. O que resta de Auschwitz. O arquivo e a testemunha. *Homo sacer* III. São Paulo: Boitempo, 2008, p. p. 150.



muçulmano, o vazio dos desaparecidos os tornam testemunhas exemplares. Seu silêncio é um testemunho. Sua condição de vítimas desprovidas da palavra as torna testemunhas paradigmáticas.

O que está em questão nas figuras do muçulmano, do torturado e do desaparecido é o estatuto epistemológico do testemunho e a própria condição filosófico-política da testemunha. Nos processos judiciais, o valor do testemunho é reconhecido pelo caráter jurídico que se lhe outorga. A verdade jurídica do testemunho está encharcada pela objetividade empírica da observação imparcial. O testemunho, para o direito, tem que ser objetivo, imparcial, neutro, para ser reconhecido como verdadeiro. Para o direito, quanto mais distante da objetividade menos valor de verdade tem o testemunho. A objetividade exige possibilidade de objetivar em linguagem a exterioridade do acontecido. Mas a característica das vítimas da violência é que sua incapacidade de testemunhar objetivamente é proporcional à crueldade sofrida, a tal extremo que a “testemunha integral” é aquela que ficou incapacitada de testemunhar por causa da violência sofrida.

Os testemunhos dos sobreviventes e o vazio dos desaparecidos denotam aquilo de não dito que permanece em suas próprias palavras e no silêncio. A linguagem não é suficiente para expressar o testemunho. O acontecimento que os tornou torturados ou desaparecidos não pode ser objetivado em linguagem. A linguagem, sendo o modo de ser do humano, é incapaz de expressar todo o humano de uma vítima da violência. Só as vítimas da violência podem revelar uma verdade que é essencial para efetivar uma justiça histórica.

O testemunho das vítimas coloca em questão muitos métodos usuais na justiça procedimental. Em primeiro lugar, a condição das vítimas interpela o sentido da justiça de modo que o objetivo desta deve ser, primeiramente, restaurar na medida do possível a injustiça sofrida pelas vítimas. Em segundo lugar, a perspectiva das vítimas denota que a justiça existe em relação aos injustiçados, as vítimas, e não para a mera preservação da lei e a ordem estabelecidas. Em terceiro lugar, para aferir as formas de justiça restauradora da injustiça cometida deverá recorrer à memória das vítimas como meio para reconhecer a verdade presente na experiência dos injustiçados; só quem recorre à memória da injustiça poderá implementar uma justiça restauradora eficiente. O testemunho das vítimas ultrapassa a função de peça processual e se torna critério ético de uma justiça histórica, que, por ter como referência a alteridade negada das vítimas, será uma justiça das vítimas e, por se valer da memória, será uma justiça anamnética.

REFERÊNCIAS

AGAMBEN, Giorgio. *O Homo sacer. O poder soberano e a vida nua*. Belo Horizonte: UFMG, 2003.

AGAMBEN, Giorgio. *O que resta de Auschwitz. O arquivo e a testemunha. Homo sacer III*. São Paulo: Boitempo, 2008.

BENJAMIN, Walter. 1986. *Documentos de cultura, documentos de barbárie*. São Paulo, Cultrix, 1986.

BENJAMIN, Walter. *Mágia, arte e técnica*. São Paulo: Brasiliense, 1996.

FOUCAULT, Michel. *O governo de si e dos outros*. São Paulo: Martin Fontes, 2010.

FOUCAULT, Michel. *A coragem da verdade*. São Paulo: Martin Fontes, 2011.

GASPARI, Elio. *A ditadura escancarada*. São Paulo, Cia das Letras, 2002.

GUINZBURG, J. Escritas da tortura. In: E. TELES; V. SAFLATLE (orgs.), *O que resta da ditadura*. São Paulo, Boitempo, p. 133-150. 2010.

KANT, Imanuel. *Ideas para una historia universal en clave cosmopolita y otros escritos sobre filosofía de la historia*. Madrid, Tecnos, 1987.

VIOLA, SOLON, e PIRES, Thiago Viera. "Nilce Azevedo Cardoso: lembrar é preciso" In: *Relatório Azul 2011 da Comissão de Direitos Humanos e cidadania da Assembleia Legislativa do Rio Grande do Sul. Complemento*. Porto Alegre, Assembleia Legislativa do RS, 2013, p. 157.

CASTOR M.M. BARTOLOMÉ

Doutor em Filosofia – Universidad de Deusto, Bilbao, Pós-Doutorado em Filosofia – Instituto de Filosofia do Consejo Superior de Investigaciones Científicas da Espanha. Atualmente é Professor Titular no Programa de Pós-Graduação-Filosofia da Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS). Coordenador da Cátedra Unesco de Direitos Humanos. Secretário da Associação Ibero Americana de Filosofia Política (AIFP). Coordenador do Grupo de Pesquisa CNPq, "Ética, biopolítica e alteridade".

Possui diversas publicações nas áreas de violência, direitos humanos, democracia, ética, subjetividade, alteridade, poder.



RESUMO: Este ensaio analisa a especificidade epistemológica da verdade da testemunha. O testemunho das vítimas é a referência principal para a justiça, particularmente para a chamada justiça de transição. Por isso, cabe aprofundar acerca do estatuto da verdade revelada no testemunho das vítimas e como essa verdade escapa aos modelos empírico-racionalistas. Enquanto a verdade “objetiva” da testemunha externa (*testis*) e dos inquiridos se restringe a desvelar algo que já aconteceu, a vítima, que é a verdadeira testemunha (*superstes*), cria com sua narrativa um acontecimento. Sua narrativa é uma verdade nova que só a potência do seu testemunho poderá criar como acontecimento político inédito.

RESUMEN: Este ensayo analiza la especificidad epistemológica de la verdad del testimonio. El testimonio de las víctimas es la referencia principal para la justicia, muy especialmente para la denominada justicia de transición. Por eso es pertinente profundizar sobre el estatuto de la verdad revelada no testimonio de las víctimas y como esa verdad escapa a los modelos empírico-racionalistas. En cuanto la verdad “objetiva” del testigo externo (*testis*) y de las pruebas investigadoras se limita a desvelar algo que ya ocurrió, la víctima, que es el verdadero testigo (*superstes*), crea con su narrativa un acontecimiento. Su narrativa es una verdad nueva que sólo la potencia de su testimonio podrá crear como acontecimiento político inédito.

PALAVRAS-CHAVE: Testemunha; Depoimentos; Vítimas; Verdade; Justiça de Transição.



70ª CARAVANA DA ANISTIA DURANTE
O 53º CONGRESSO DA UNIÃO NACIONAL
DO ESTUDANTES (UNE), GOIÂNIA,
08 DE JUNHO DE 2013.

FONTE: ACERVO DA COMISSÃO DE ANISTIA.







O DIREITO À VERDADE: O CASO ARGENTINO¹

Sévane Garibian

Doutora em Direito, professora-pesquisadora nas Universidades de Genebra e de Neuchâtel (Suíça).

“Tudo começou com uma mentira, aspergindo. Ar de petulância entre as mãos, a combustão dos impactos sobre o país esvaziado de corpos; o golpe religioso da desinfecção.”

Ana Arzoumanian²

Negação, ocultação, distorção. Palavras que traduzem o (mal)trato dos seres e dos fatos, no centro de todo fenômeno de violência de massa organizada pelo Estado, fora de um contexto de conflito armado internacional. Palavras que fazem eco a uma *invisibilização* generalizada, consubstancial à criminalidade do Estado: esta *invisibilização*, este buraco deixado na História, é um sintoma constatado, conhecido, estudado. O mesmo é produzido em dois níveis.

Durante o processo criminal, trata-se de apagar toda pista como potencial prova da política exterminadora – prova por letra, por imagem, pela palavra, pelo corpo. Ao “erradicar o mal” trata-se, em primeiro lugar, de fazer calar aquele ou aquilo que pode testemunhar, relatar, fazer existir, mostrar para ver, dar a entender. Como se *isso não houvesse acontecido*. As palavras dos criminosos são elas mesmas portadoras do projeto. Sua clareza é surpreendente. Pensemos, por exemplo, nas de Talaat Pashá, principal organizador do Genocídio Armênio, quando ordena, em um telegrama fechado no dia 29 de setembro de 1915: “Há de se colocar um fim à sua existência (...). Que sejam deportadas todas as crianças com idade de que possam se lembrar”. Pensemos também nas de Jorge Videla, ditador argentino, quando declara publicamente, no dia 14 de dezembro de 1979: “o que é um desaparecido? Enquanto esteja como tal, o desaparecido é uma incógnita (...), não há entidade, não está nem morto nem vivo,

¹ Este texto foi inicialmente publicado em espanhol em S. RIPOL CARULLA e C. VILLAN DURAN dir., *Justicia de transición. El caso de España*, Institut Catala Internacional per la Pau (ICIP), coll. Resultats de Recerca, Barcelona, 2012, pp. 51-63 (acessável em: www.gencat.cat/icip).

² A. ARZOUMANIAN, *El ahogado*, Tsé-Tsé, Buenos Aires, 2002, p. 45.

está desaparecido”. É que tudo deve desaparecer: o “inimigo interno”, como a prova mesma das circunstâncias de seu desaparecimento. E assim, todas as possibilidades de conhecimento do que aconteceu.

Posteriormente, a *invisibilização* se materializa pelo bloqueio dos processos penais contra os responsáveis: uma “repressão” (no sentido psicanalítico) que encontra sua expressão mais forte na adoção de leis de autoanistia ou de anistia, criadas, ali também, para fazer como se *isto não tivesse existido*. Mas esta “repressão” possui, aqui, o traço particular de que é oficial, solene, tem força de lei: o Estado que escolhe a amnésia expressa em sua língua – o direito – sua vontade de limpar o passado, de construir um esquecimento fictício, de extinguir toda ação penal conduzindo assim, *de jure*, à impunidade de comportamentos criminais transformados juridicamente a inexistentes. Sem contar que tal trâmite, geralmente, se faz em nome da reconciliação nacional e da paz civil, inclusive da construção da democracia em fases de transição política.

Este mecanismo de obstrução por anistia, ainda que repetido ao longo da História depois de situações de crimes de massa, não é, contudo, infalível. Os anos 90 viram a presença, na América Latina, de uma nova ferramenta jurídica que permitiu às vítimas de violações graves dos direitos humanos cometidas pelo seu próprio Estado, exigir o acesso ao juiz penal apesar das anistias: o direito à verdade, criado por via pretoriana graças a uma interpretação jurisdicional criativa do direito internacional preexistente, e que confronta o Estado com uma forma de “retorno do reprimido”.

Propomos aqui uma apresentação do direito à verdade, sobre a base da experiência argentina na matéria, absolutamente exemplar. Vários fatores decisivos justificam a eleição da Argentina como caso paradigmático.

Em primeiro lugar, este país, antiga terra de acolhimento de numerosos criminosos de guerras nazistas, desfeito pelo seu próprio passado ditatorial que ocasionou ao menos 30.000 desaparecidos, tem a singularidade de experimentar, imediatamente após a ditadura militar, a quase totalidade dos mecanismos jurídicos conhecidos no tratamento de violações massivas dos direitos humanos. Neste sentido, a Argentina é um extraordinário laboratório em matéria de luta contra a impunidade e de restauração da verdade.

Logo de seu ascenso à presidência com eleições livres, após sete anos de ditadura (1976-1983), Raúl Alfonsín, iniciador da transição democrática, institui a CONADEP (ou “Comissão Sábato”)³

3 A Comissão, criada por decreto 187 de 15 de dezembro de 1983, é dirigida pelo escritor argentino Ernesto Sábato.

encarregada de investigar os desaparecimentos forçados perpetrados pelo regime militar.⁴ No mesmo ano, o Congresso anula a lei de autoanistia previamente promulgada sob o governo do general Bignone em nome da pacificação do país e da reconciliação social⁵ (anulação cuja validade constitucional a Suprema Corte confirmará posteriormente)⁶; e o presidente Alfonsín autoriza os processos penais contra os generais das três primeiras juntas militares.⁷ Em 1985, a CONADEP publica seu célebre relatório *Nunca Mais*, oferecendo um primeiro panorama dos crimes da ditadura.⁸ No dia 22 de abril de 1985, começa, em Buenos Aires, o julgamento histórico das juntas, a fim de julgar os principais atores da ditadura (anúncio do veredito no dia 9 de dezembro de 1985).⁹ Em 1986 e 1987, diante da pressão dos militares e dos movimentos das forças armadas, Alfonsín promulga duas leis de anistia,¹⁰ sendo a constitucionalidade da segunda rapidamente confirmada em uma decisão muito controversa da Suprema Corte.¹¹ A partir de dezembro de 1990, o novo presidente Menem assina os primeiros decretos e outorga o indulto a todos os condenados de 1985.¹² Atualmente, a Argentina assiste à reabertura dos processos penais após a revolução jurídica que constitui a anulação das leis de anistia de 1986-87 pelo Congresso, em 2003,¹³ e a declaração da sua inconstitucionalidade pela Suprema Corte, em 2005.¹⁴

4 Deve-se destacar a existência de um relatório prévio redigido pela Comissão Interamericana dos direitos humanos (*Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en Argentina*, Organización dos Estados Americanos, Comissão Interamericana dos direitos humanos, OEA/Ser. L/V/11.49, doc. 19, 11 de abril de 1980), que constitui o primeiro relatório oficial onde esta Comissão alude ao que considera ser um “plano criminal para combater o terrorismo na Argentina”.

5 Lei *de facto* 22.924 de 23 de março de 1983, cujo objetivo é impedir todo julgamento dos militares e membros das forças de segurança pelos atos cometidos durante o “combate contra o terrorismo e a subversão” (atos tanto comuns e militares). A lei que anula esta autoanistia é a lei 23.040 de 22 de dezembro de 1983.

6 Decisões 309:1689 de 30 de dezembro de 1986, “Causa originariamente instruída pelo Conselho Supremo das Forças Armadas em cumprimento do decreto 158/1983 do Poder Executivo Nacional”.

7 Por decreto 158/83 de 13 de dezembro de 1983.

8 *Informe de la Comisión Nacional sobre la Desaparición de Personas (Nunca Más)*, CONADEP, Eudeba, Buenos Aires, 8° ed. 2006 (1985). Para um estudo sobre o trabalho da Comissão e seu impacto: E. CRENZEL, “Argentina’s National Commission on the Disappearance of Persons: Contributions to Transitional Justice”, *International Journal of Transitional Justice*, 2008, n° 2, pp. 173-191 y, do mesmo autor, *La historia política del Nunca Más. La memoria de las desapariciones en la Argentina*, Siglo Veintiuno Editores, Buenos Aires, 2008.

9 Sobre o julgamento, ver M. SANCINETTI, *Derechos humanos en la Argentina postdictatorial*, Lerner Editores Asociados, Buenos Aires, 1988.

10 Respectivamente: lei 23.492 de Ponto Final (promulgada dia 24 de dezembro de 1986), e lei 23.521 de Obediência Devida (promulgada dia 8 de junho de 1987). A primeira põe fim, em um lapso de 60 dias, às demandas das vítimas da “guerra suja” contra os membros do exército e da polícia suspeitos de violações aos direitos humanos. A segunda garante a impunidade a todos os militares de patente inferior à de coronel, sobre a base de uma presunção incontestável segundo a qual tinham obedecido as ordens de oficiais superiores sem haver podido se opor ou evitar cumpri-las.

11 Decisões 310:1162 de 22 de junho de 1987, “Camps, Ramón Juan Alberto y otros”.

12 Sobre todo este período transicional, cf. S. M. AGEITOS, *Historia de la impunidad. De las actas de Videla a los indultos de Menem*, Ed. Adriana Hidalgo, Buenos Aires, 2002.

13 Pela lei 25.779 promulgada em 2 de setembro de 2003.

14 Decisões 328:2056 de 14 de junho de 2005, “Simón, Julio Héctor e outros”. Para uma análise crítica do contexto político-jurídico da retomada dos processos de vara penal, ver G. MAURINO, “A la búsqueda de un pasado en la democracia Argentina”, en R. GARGARELLA coord., *Teoría y Crítica del Derecho Constitucional*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2008, tomo II, pp. 1031-1059. Ver também L. FILIPPINI y C. VARSKY, “Desarrollos recientes de las instituciones de la justicia de transición en Argentina”, em V. ABRAMOVICH, A. BOVINO e C. COURTIS comp., *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos en el ámbito local. La experiencia de una década*, Editores do Porto, Buenos Aires, 2007, pp. 447-472.



Convenção de 2006 afirma, em seu Prefácio e em seu artigo 24.2, o direito de conhecer a verdade sobre as circunstâncias do desaparecimento forçado, a evolução e resultados da investigação e o destino da pessoa desaparecida.

integração direta dos principais instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos na ordem jurídica argentina, confiando-lhes, ainda, um valor constitucional no seio da hierarquia das normas (artigo 75.22 da Constituição).¹⁵

Em terceiro lugar, é por iniciativa deste mesmo país que, em 20 de abril de 2005, adota-se a primeira resolução da Comissão de direitos humanos das Nações Unidas sobre o Direito à Verdade.¹⁶ A Argentina é também um dos Estados que mais contribuiu para a adoção da Convenção Internacional para a proteção de todas as pessoas contra os desaparecimentos forçados de 20 de dezembro de 2006, e é um dos primeiros a ratificá-la, em 14 de dezembro de 2007. Agora, a Convenção de 2006 afirma, em seu Prefácio e em seu artigo 24.2, o direito de conhecer a verdade sobre as circunstâncias do desaparecimento forçado, a evolução e resultados da investigação e o destino da pessoa desaparecida; e estabelece que “cada Estado Parte tomará as medidas adequadas a este respeito”. Atualmente considera-se este texto como a consagração convencional do direito à verdade. Finalmente, em abril de 2008, a Argentina se compromete perante o Conselho de direitos humanos das Nações Unidas a impulsionar a preparação de uma Declaração Internacional sobre o direito à verdade e à memória, com vistas à elaboração de um futuro tratado de alcance universal sobre o tema.¹⁷

15 Cf. R. C. BARRA, “Declaraciones, tratados y convenciones internacionales”, na *Reforma de la Constitución explicada por miembros de la Comisión de redacción*, Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, 1994, pp. 167 ss.; G. J. BIDART CAMPOS, “El artículo 75, inciso 22, de la Constitución y los derechos humanos”, em M. ABREGU y C. COURTIS comp., *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, Editores do Porto, Buenos Aires, 2ª ed. 2004, pp. 77-88.

16 Resolução 2005/66 de 20 de abril de 2005.

17 Cf. L. DESPOUY, “Orígenes, virtudes y peripecias del derecho a la verdad”, em K. DERGHOUSSIAN comp., *El derrumbe del negacionismo*, Planeta, Buenos Aires, 2009, pp. 201-245.

O particular exame dos julgamentos pela verdade dos anos 90 na Argentina permite compreender melhor a passagem do que, em princípio, foi um tipo de “imperativo de ordem moral”;¹⁸ ao que se transforma em um direito subjetivo à verdade, produto de uma criação pretoriana no campo dos direitos humanos. Mas, sobretudo, esta passagem põe em evidência outra mudança: atualmente já não é tanto a questão da existência e da efetividade deste direito que se encontra na ordem do dia, mas aquela, mais sutil, de sua utilidade – ou seja, de sua função sob a luz dos contextos de sua explicação e dos usos que fazem deles os atores jurídicos.

O direito à verdade, nascido, em seu princípio, da coerção criada pela existência de leis de anistia que bloqueavam todo acesso ao juiz, produz, por seu turno, uma coerção que dá lugar à invalidação destas leis.¹⁹ Dito de outra maneira, a garantia do direito à verdade pode ser considerada não só como *um fim* – ou seja, a abertura da investigação judicial para o conhecimento dos fatos apesar da existência das leis de anistia – mas também, em definitivo, como *um meio* que leva a por em dúvida a validade destas mesmas leis.

A GARANTIA DO DIREITO À VERDADE COMO UM *FIM* OU A OBRIGAÇÃO DO ESTADO DE INVESTIGAR

Em 3 de março de 1995, o ex-capitão argentino Adolfo Scilingo confessa publicamente seus crimes cometidos durante a ditadura e sua participação nos “voos da morte”:²⁰ este choque comove a sociedade civil e motiva aos familiares dos desaparecidos, acompanhados de ONG, a tentar ações judiciais na Argentina que vão exigir ao Estado a abertura das investigações para acessar o conhecimento existente sobre o destino das vítimas ainda não encontradas.

A configuração jurídica geral é, então, a seguinte. Primeiro, as leis nacionais de anistia de 1986-87, sempre em vigor, impedem todo acesso ao juiz penal. Segundo, a reforma constitucional

18 L. BURGORGUE-LARSEN e A. UBEDA DE TORRES, *Les grandes décisions de la Cour Interaméricaine des droits de l’homme*, Bruylant, Bruxelles, 2008, p. 740.

19 O termo “coerção” é utilizado aqui no seguinte sentido: consiste em uma situação de fato na qual um ator jurídico é conduzido a adotar certa solução ou comportamento ao invés de outros, em razão da configuração do sistema jurídico que ele põe em andamento (no caso do legislador) ou no que ele opera (no caso dos juízes); e se distingue de uma obrigação suscetível de ser transgredida (M. TROPER, V. CHAMPEIL-DESPLATS e C. GRZEGORCZYK dir., *Théorie des contraintes juridiques*, LGDJ, Bruylant, Paris, Bruxelles, 2005, pp. 12-13).

20 A confissão, recolhida pelo jornalista argentino Horacio Verbitsky, situa-se no coração do seu, desde então, célebre livro publicado em 1995: H. VERBITSKY, *El vuelo*, Planeta, Buenos Aires, 1995. Adolfo Scilingo se apresentará, voluntariamente, na Espanha para dar testemunho destes fatos. Será acusado pelo juiz Garzón, e condenado, em 19 de abril de 2005, a 640 anos de prisão. Sua pena será aumentada para 1084 anos pela Suprema Corte espanhola em 7 de julho de 2007.

de 1994 oferece um lugar privilegiado ao direito internacional dos direitos humanos, integrado ao bloco de constitucionalidade e de aplicação direta pelo juiz argentino. Por fim, no campo internacional, precisamente, a jurisprudência da Corte Interamericana dos direitos humanos (a Corte de San José, “pioneira, na medida em que ela foi a primeira a legislar em seu estatuto sobre os casos de desaparecimentos forçados”)²¹ se encontra em uma mudança importante neste começo dos anos 90.

Fortemente marcada por uma política mundial de luta contra a impunidade (que conduz, em 1998, à adoção do Estatuto da Corte Penal Internacional), a Corte de San José contribui com duas inovações decisivas, já desde seu primeiro caso contencioso:²² por um lado, afirma a obrigação do Estado de investigar e processar os autores de graves violações dos direitos humanos – obrigação que não está expressamente prevista nem na Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem (DADH), nem na Convenção Americana sobre direitos humanos (CADH), mas que emana de uma interpretação ampla do artigo 1.1 da CADH;²³ por outro lado, reconhece o direito dos familiares das pessoas desaparecidas a conhecer o destino das vítimas. A partir de 1988, a Corte de San José expressa uma ideia forte que fundará posteriormente o novo direito à verdade, não consagrado como tal, na CADH:

“O dever de investigar fatos deste gênero perdura enquanto se mantenha a incerteza sobre o destino da pessoa desaparecida. Inclusive no caso em que circunstâncias legítimas do ordenamento jurídico interno não permitem aplicar sanções correspondentes àqueles individualmente responsáveis por delitos desta natureza, o direito dos familiares da vítima de conhecer qual foi o destino desta e, em seu caso, onde se encontram seus restos, representa uma justa expectativa que o Estado deve satisfazer com os meios ao seu alcance.”²⁴

Esta jurisprudência marca uma virada: afirma a posição central ocupada pela Corte Interamericana para o esclarecimento dos fatos e para a busca da verdade, paralelamente à formulação jurídica

21 L. BURGORGUE-LARSEN e A. UBEDA DETORRES, *Op. cit.*, p. 742.

22 Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras. Fundo. Sentença de 29 de julho de 1988. Série C No. 4, §§ 162 ss.

23 Artigo 1.1 da CADH: “Os Estados que fazem parte nesta Convenção se comprometem a respeitar os direitos e liberdades reconhecidos nela e a garantir seu livre e pleno exercício a toda pessoa que esteja sujeita a sua jurisdição, sem discriminação alguma por motivos de raça, cor, sexo, idioma, religião, opiniões políticas ou de qualquer outra índole, origem nacional ou social, posição econômica, nascimento ou qualquer outra condição social”. Destacamos a precisão da Corte segundo a qual “(...) a responsabilidade existe com independência das mudanças do governo ao passar do tempo e, concretamente, entre o momento em que se comete o fato ilícito que gera a responsabilidade e aquele em que ela é declarada. O anterior é válido também no campo dos direitos humanos ainda que, desde um ponto de vista ético ou político, a atitude do novo governo seja muito mais respeitosa desses direitos que a que tinha o governo na época em que as violações se produziram” (Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras citado, § 184). Ver o interessante debate Orentlicher / Nino sobre o tema: D. F. ORENTLICHER, “Settling Accounts: The Duty To Prosecute Human Rights Violations of a Prior Regime”, *The Yale Law Journal*, n° 100, 1991, pp. 2537-2615; C. S. NINO, “The Duty to Punish Past Abuses of Human Rights Put Into Context: The Case of Argentina”, *Ibid.*, n° 100, 1991, pp. 2619-2640; D. F. ORENTLICHER, “A Reply to Professor Nino”, *Ibid.*, n° 100, 1991, pp. 2641-2643.

24 Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras citado, § 181.

dos princípios que permitem interpretar e aplicar mais eficazmente a CADH. À continuação, esta posição será confirmada em várias oportunidades no contexto de casos de morte violenta, como as execuções ou homicídios; de desaparecimentos forçados com restos mortais impossíveis de serem encontrados; ou de desaparecimentos sem presunção de morte (por exemplo, casos de sequestro de crianças).²⁵ Fazendo referência a esta jurisprudência da Corte de San José, alguns autores, como o argentino Juan E. Méndez, consideram que a mesma já permite estabelecer a existência de um direito à verdade como elemento da “reparação integral” necessária em caso de violações graves dos direitos humanos.²⁶

É nesta configuração que, em 1995, iniciam-se na Argentina os dois primeiros casos que dão origem aos julgamentos pela verdade, perante a Câmara Criminal e Correccional Federal de Buenos Aires²⁷ (casos Mônica Mignone e Alejandra Lapacó).²⁸ O objetivo principal é o de esquivar o bloqueio judicial operado pelas leis de anistia; mais exatamente, propor uma conciliação entre duas exigências *a priori* inconciliáveis: por um lado, o respeito às anistias previstas por leis adotadas pelo Estado democrático no contexto de suas prerrogativas soberanas, e cuja validade foi confirmada pela Suprema Corte; por outro, o respeito do direito do juiz, garantidor da missão da justiça (em particular o juiz penal, cujo papel é percebido pelos familiares das vítimas e das ONGs como simbolicamente muito mais importante que o do juiz civil ou administrativo).²⁹

A estratégia de conciliação adotada consiste, então, em criar a demanda sobre um novo direito subjetivo, o direito à verdade – emergente da jurisprudência da Corte de San José, indefinido e ausente no direito argentino. Com este fim, os solicitantes remetem-se ao direito internacional dos direitos humanos, cujos principais instrumentos (aqui a CADH) formam parte do bloco de constitucionalidade desde 1994; e também a Constituição Nacional como marco institucional em que o Poder Judicial deve intervir para proteger os direitos das pessoas. Especificam, ademais,

25 Cfr. detalhes em L. HENNEBEL, *La Convention américaine des droits de l'homme. Mécanismes de protection et étendue des droits et des libertés*, Bruylant, Bruxelles, 2007, pp. 532-533.

26 Ver J. E. MENDEZ, “The Right to Truth”, em C. C. JOYNER dir., *Reining in Impunity for International Crimes and Serious Violations of Fundamental Human Rights: Proceedings of the Siracusa Conference 17-21 September 1998*, Erès, St. Agnes, 1998, pp. 255-278; “Derecho a la verdad frente a las graves violaciones a los derechos humanos”, em M. ABREGU e C. COURTIS comp., *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos...*, *Op. cit.*, pp. 517-540; “The Human Right to Truth: Lessons Learned from Latin America Experiences”, em T. A. BORER eds, *Telling the Truths: Truth Telling and Peace Building in Post-conflict Societies*, University of Notre-Dame Press, Notre-Dame, 2006, pp. 115-151. Para este autor, a “reparação integral” implica: a indenização, o esclarecimento dos fatos com vistas ao conhecimento da verdade sobre as vítimas, e o processo de persecução dos responsáveis. Este conceito de “reparação integral” está associado, neste contexto, a quatro obrigações do Estado (obrigações interdependentes): investigar e fazer conhecida a verdade, processar e julgar aos responsáveis, reparar os danos morais e materiais, e eliminar das forças de segurança do Estado as pessoas que houvessem cometido, ordenado ou tolerado todas estas graves violações.

27 Trata-se da jurisdição perante a qual houve lugar ao julgamento das juntas de 1985, como outros casos relacionados com violações dos direitos humanos cometidas durante a ditadura militar. Cf. *infra*, nota 28.

28 A primeira é a filha desaparecida de Emilio F. Mignone, Presidente do CELS (Centro de Estudos Legais e Sociais, Organização Não Governamental que trabalha desde 1979 na promoção e proteção dos direitos humanos e o fortalecimento do sistema democrático na Argentina), causa n° 761. A segunda, filha desaparecida de Carmen Aguiar de Lapacó, Mãe da Praça de Mayo e membro da Comissão Diretora do CELS, causa n° 450. Sobre a eleição estratégica desses dois “casos testemunhas” e para uma síntese dos fatos: cf. M. ABREGU, “La tutela judicial del derecho a la verdad en la Argentina”, *Revista IIDH*, vol. 24, 1996, pp. 16 ss.

29 Sobre a eleição do tribunal e o “peso político” de tal eleição: M. ABREGU, *Ibid.*, pp. 24 ss.

que o direito à verdade está implícito na forma republicana de governo, reconhecido pelo artigo 33 da Carta Magna.³⁰

O objetivo é duplo: em primeiro lugar, obter a proteção judicial do direito à verdade apresentado, com direito ao dolo, como um direito humano inalienável; em segundo lugar, assegurar e garantir o estabelecimento de provas que permitam demonstrar e compreender a organização burocrática do terrorismo do Estado.³¹ A justificativa desta tarefa consiste em dizer que o direito à verdade permitiria conciliar anistia e acesso ao juiz penal, dado que o mesmo situa-se no centro do processo judicial cujo objeto é diferente do julgamento de processo jurídico clássico. A função do juiz penal, no contexto dos denominados julgamentos da verdade, não seria a de julgar os responsáveis pelos crimes, mas averiguar a verdade, não como antecedente necessário da pena, mas como um objeto em si.³²

A estratégia é interessante. Implica em que a Câmara Federal reconheça: sua competência jurisdicional na matéria; a validade da jurisprudência interamericana dos direitos humanos (ou seja, da interpretação da CADH pela Corte de San José) como fonte de direito diretamente aplicável na ordem jurídica nacional;³³ a existência do direito à verdade como direito humano que pode ser invocado pelos familiares dos desaparecidos para exigir do Estado que honre sua obrigação internacional de investigar e de informar; como também a averiguação da verdade como objetivo do processo penal (diferente da aplicação de penas).

É precisamente este último ponto – a averiguação da verdade como objetivo possível e imediato, em si, do processo penal – que prevê a maior quantidade de problemas e dá lugar a uma posição “zigzagueante” por parte dos juizes.³⁴ A Câmara aceita o processo dos requerentes nos dois casos, antes de realizar uma mudança brusca após a recusa do Estado Maior do Exército de transmitir informação sobre o destino das pessoas detidas-desaparecidas:³⁵ em 1995, “os passos

30 Cf. M. ABREGU, *Ibid.*, pp. 18-19. Artigo 33 da Constituição Argentina: “As declarações, direitos e garantias que enumeram a Constituição, não serão entendidos como negação de outros direitos e garantias não enumeradas; mas que nascem do princípio da soberania do povo e da forma republicana de governo”.

31 M. ABREGU, *Ibid.*, p. 23.

32 *Ibid.*, p. 25.

33 Sobre este tema, cf. os artigos de M. PINTO, L. G. FILIPPINI, M. ABREGU e O. ESPINOZA no capítulo II (sobre “valor e eficacia das decisões dos órgãos internacionais de proteção”) de V. ABRAMOVICH, A. BOVINO e C. COURTIS comp., *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos en el ámbito local...*, *Op. cit.*, pp. 119-214.

34 A. OLIVEIRA e M. J. GUEMBE, “La verdad, derecho de la sociedad” em M. ABREGU e C. COURTIS comp., *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos...*, *Op. cit.*, p. 556. Para uma síntese das posições dos juizes da Câmara nos dois casos: M. ABREGU, “La tutela judicial del derecho a la verdad en la Argentina”, *Op. cit.*, pp. 30 ss.

35 Segundo as Forças Armadas: 1. não existe modo de reconstruir os arquivos pedidos; 2. ademais, a justiça não tem jurisdição nem competência para solicitar essa informação; 3. e as Forças Armadas somente têm obrigação de informar ao Presidente da República ou, no caso, a algum organismo dependente daquele.

de avanço e retrocesso são, entretanto, a característica mais marcada destes processos.³⁶ Carmen Aguiar de Lapacó interpõe recurso extraordinário, o qual é recusado pela maioria da Suprema Corte, em 13 de agosto de 1998.³⁷

Enquanto começam a se desenvolver julgamentos da verdade em diversas jurisdições do país, ignorando o precedente da Suprema Corte,³⁸ Aguiar de Lapacó apresenta (com o apoio de todos os organismos de direitos humanos) uma denúncia perante a Comissão Interamericana pela violação ao direito à verdade. Nesta instância logra-se um acordo de solução amistosa (assinado em 15 de novembro de 1999), a partir do qual o Governo argentino “aceita e garante o direito à verdade que consiste no esgotamento de todos os meios para alcançar o esclarecimento sobre o acontecido com as pessoas desaparecidas”. O acordo detalha que “é uma obrigação de meios, não de resultados, que se mantém, enquanto não se atinjam os resultados, de forma imprescritível”.³⁹

Este acontecimento é absolutamente decisivo. Permitirá a sistematização dos julgamentos da verdade na Argentina, em particular perante a Câmara Federal de La Plata, na qual, desde então, mais de 2.000 desaparecimentos são objeto de audiências públicas todas as quartas-feiras.⁴⁰ Mas se a garantia do direito à verdade continua sendo, nos dias de hoje, um fim em si próprio, no contexto desta prática judicial alternativa, não regulamentada e desprovida de toda missão repressiva, sua consagração e evolução paralelas no seio da jurisprudência da Corte de San José também fazem dela um meio para confrontar o Estado com a sua obrigação internacional complementar de sancionar as violações mais graves dos direitos humanos.

36 M. ABREGU, “Derecho a la verdad vs impunidad”, *Revista IIDH*, vol. 27, 1998, p. 119.

37 Decisões 321:2031 de 13 de agosto de 1998, “Suárez Mason, Carlos Guillermo”: “(...) dado que as diligências de investigação têm por finalidade comprovar a existência de um fato punível e descobrir os autores (...), não resulta admissível sua realização no estado atual da presente causa, ao se haver esgotado seu objeto processual. A realização das medidas requeridas implicaria a reabertura do processo e o conseqüente exercício de atividade jurisdicional contra aqueles que foram definitivamente demitidos por condutas que deram lugar à formação da presente causa, pelo que não se adverte o objeto da diligência solicitada, dado que careceria de toda virtualidade a acumulação de prova de cargo sem um sujeito passivo contra o qual pudesse fazer valer”. Cf. as dissidências dos juizes Petracchi e Bossert, do juiz Fayt, e do juiz Boggiano. No que concerne ao caso Mignone, a Câmara adota, em 18 de julho de 1995, uma confusa resolução que significa a virtual clausura da investigação que se havia reativado.

38 As decisões do tribunal máximo somente alcançam o caso *sub-examine*. Recordamos que, paralelamente, outros familiares optam por apresentar uma ação de *habeas data*, ainda que não existisse uma lei que regulamentasse o exercício deste direito constitucional para obter informação. Dois meses depois da decisão de Lapacó, a Suprema Corte suaviza sua postura no caso Urteaga (Julgamentos da verdades 321:2767 de 15 de outubro de 1998, “Urteaga, Facundo Raúl”): deixa de lado a possibilidade de recorrer a justiça, por meio do *habeas data*, para solicitar informação sobre os fatos ocorridos durante a última ditadura. No entanto, esta via de reclamação apresenta sérias limitações para estes casos. Cf. M. ABREGU, “Derecho a la verdad vs. Impunidad”, *Op. cit.*, pp. 117-119.

39 Relatório n° 21/00 da Comissão interamericana, caso 12.059, 29 de fevereiro de 2000 (onde se reproduz o texto do acordo). A normativa que alude o acordo não foi ditada. A Comissão interamericana teve uma posição militante no que se refere ao reconhecimento do direito à verdade desde sua escrita de alegações finais no caso Ernesto Rafael Castillo Páez (30 de junho de 1997): cf. L. HENNEBEL, *Op. cit.*, p. 533, e L. BURGORGUE-LARSEN e A. UBEDA DETORRES, *Op. cit.*, p. 745.

40 Para mais informações, ver o site na internet de l'Asamblea Permanente pelos derechos humanos (APDH) de “La Plata”: <http://apdhlaplata.org.ar/v1/category/juicio-por-la-verdad>. Finalmente, este tipo de procedimento será validado tanto pela Câmara Nacional de Cassação Penal (cf. as decisões adotadas pela Sala IV nos casos “Corres, Julián Oscar s/ recurso de queja” de 13 de setembro de 2000, e “Rivarola, Ricardo Horacio s/ recurso” de 21 de outubro de 2002) como pela Suprema Corte, mas somente tangencialmente (por exemplo, no caso Rivarola de 27 de maio de 2004).

A GARANTIA DO DIREITO À VERDADE COMO UM MEIO, OU A OBRIGAÇÃO DO ESTADO DE SANCIONAR

Pouco depois do acordo concluído entre a Comissão Interamericana e o governo argentino, e paralelamente ao desenvolvimento da jurisprudência nacional na matéria, a Corte de San José, por sua vez, reconhece expressamente e pela primeira vez, o direito à verdade no caso *Bámaca Velásquez*, no ano 2000.

“De todas as formas, nas circunstâncias do presente caso, o direito à verdade se encontra subsumido no direito da vítima ou de seus familiares a obter, dos órgãos competentes do Estado, o esclarecimento das violações cometidas e as responsabilidades correspondentes, através da investigação e do julgamento que prevêem os artigos 8 e 25 da Convenção. Portanto, esta questão fica resolvida com o estabelecido no capítulo anterior, em relação às garantias judiciais e à proteção judicial”.⁴¹

Esta jurisprudência confere uma nova dimensão ao direito à verdade. Mas, contrariamente a opinião da Comissão Interamericana desde 1997, e ao espírito do relatório Joinet preparado para a Comissão de direitos humanos da ONU do mesmo ano, a Corte de San José somente reconhece a dimensão individual, não coletiva, do direito à verdade (direito que apenas as vítimas e / ou seus familiares podem fazer valer).⁴²

Por outra parte, a mesma não admite o caráter autônomo deste direito, que está definido aqui como um direito “subsumido” das garantias judiciais e da proteção judicial (artigos 8 e 25 da CADH).⁴³ De fato, admitir sua autonomia seria como criar um novo direito não previsto pela

41 Caso *Bámaca Velásquez vs. Guatemala*. Fundo. Sentença de 25 de novembro de 2000. Serie C No. 70, §§ 201-202. Sobre esta jurisprudência, ver os comentários de L. BURGORGUE-LARSEN e A. UBEDA DETORRES, *Op. cit.*, pp. 737-763.

42 Ao contrário, “a Comissão afirmou que o direito à verdade tem caráter coletivo, que implica no direito da sociedade a ‘ter acesso à informação essencial para o desenvolvimento dos sistemas democráticos’, e um caráter particular, como o direito dos familiares das vítimas a conhecer o sucedido com seu ente querido, o que permite uma forma de reparação” (Caso *Bámaca Velásquez vs. Guatemala* citado, § 197). No mesmo sentido, cf. o voto fundamentado do juiz A. A. Cançado Trindade (§ 30), e o voto fundamentado do juiz concorrente Hernán Salgado Pesantes. Ver também *Question of the impunity of perpetrators of human rights violations (civil and political)*, Relatório Louis Joinet para a Comissão dos direitos humanos, UN Doc. E/CN.4/Sub.2/1997/20/Rev.1, 2 de outubro de 1997. Sobre o conceito do direito à verdade nos textos jurídicos internacionais: Y. NAQVI, “The right to the truth in international law: fact or fiction?,” *International Review of the Red Cross*, 2006, n° 862, pp. 254 ss.

43 A Comissão interamericana considera que o direito à verdade “surge como princípio emergente do direito internacional sob a interpretação dinâmica dos tratados de direitos humanos e, especificamente, dos artigos 1.1, 8, 25 e 13 da Convenção Americana” (Caso

CADH, e trair, de alguma maneira, a energia soberana dos Estados-partes – a própria Corte havia afirmado previamente, no marco do caso Castillo Paez, em 1997, que o que a Comissão chama de “direito à verdade” é “um direito não existente na Convenção Americana, mesmo que possa corresponder a um conceito ainda em desenvolvimento doutrinal e jurisprudencial”.⁴⁴ Para os juízes interamericanos, trata-se, então, de ampliar o conteúdo dos direitos preexistentes pela via de uma interpretação dinâmica, sem parecer proceder, no entanto, na forma, a uma revisão jurisdicional da CADH. Este mecanismo nos faz pensar naquele, muito similar, utilizado pelos juízes da Corte Europeia dos direitos humanos quando recorrem à teoria da inerência para a determinação jurisdicional das obrigações positivas do Estado.⁴⁵

Enquanto os julgamentos da verdade se multiplicam na Argentina, em nome da garantia e da proteção do direito à verdade como um fim em si próprio, diante da falta de toda possibilidade de julgamento dos responsáveis, a Corte de San José confirma, por sua parte, sua posição: o direito à verdade é definido como o pré-requisito indispensável que condiciona o acesso efetivo à justiça para as vítimas e/ou seus familiares – indispensável, mas não suficiente no devido à realização das garantias judiciais, as quais não são mais que um componente. A célebre sentença Barrios Altos (2001) sobre a incompatibilidade das leis de anistia com as obrigações do Estado de investigar e de processar, que derivam da CADH, confirma o laço intrínseco estabelecido pela Corte Interamericana entre direito à verdade e acesso à justiça:

“Esta Corte considera que são inadmissíveis as disposições de anistia, as disposições de prescrição e o estabelecimento de excluídos de responsabilidade que pretendam impedir a investigação e sanção dos responsáveis pelas violações graves dos direitos humanos (...).

(...) à luz das obrigações gerais consagradas nos artigos 1.1 e 2 da Convenção Americana, os Estados Partes têm o dever de tomar as providências de toda índole para que ninguém seja subtraído da proteção judicial e do exercício do direito a um simples recurso e eficaz, nos termos dos artigos 8 e 25 da Convenção. (...) As leis de auto-anistia conduzem à falta de defesa das vítimas e à perpetuação da impunidade,

Bámaca Velásquez vs. Guatemala citado, § 197). O artigo 13 da CADH prevê a liberdade de pensamento e de expressão. Ver também o voto fundamentado do juiz A. A. Cançado Trindade, que fala, da “prevalência do direito à verdade”: “a prevalência do direito à verdade se configura como uma *conditio sine qua non* para fazer cumprir o direito às garantias judiciais (artigo 8 da Convenção Americana) e o direito à proteção judicial (artigo 25 da Convenção)” (§ 30); o direito à verdade “constitui (...) o pressuposto para o próprio *acesso* efetivo a justiça – a níveis nacional e internacional” (§ 32). E acrescenta: “(...) Estamos perante um legítimo exercício hermenêutico, em perfeita conformidade com as regras gerais de interpretação dos tratados, mediante o qual se busca assegurar o próprio efeito (*effet utile*) da Convenção Americana sobre os direitos humanos no direito interno dos Estados-Partes, maximizando a garantia dos direitos por esta protegidos. A própria jurisprudência internacional em matéria de direitos humanos deu amostras de seu entendimento de tal exercício legítimo de interpretação, estendendo a proteção a situações novas a partir dos direitos preexistentes” (§§ 33-34).

44 Caso Castillo Páez vs. Perú. Fundo. Sentença de 3 de novembro de 1997. Serie C No. 34, § 86.

45 Cf. F. SUDRE, “Les ‘obligations positives’ dans la jurisprudence européenne des droits de l’homme”, *Revue trimestrielle des droits de l’homme*, 1995, pp. 363-384. Ver também os detalhes de L. BURGORGUE-LARSEN e A. UBEDA DETORRES, *Op. cit.*, pp. 749 ss.



o que são manifestamente incompatíveis com a letra e o espírito da Convenção Americana. Este tipo de lei impede a identificação dos indivíduos responsáveis pelas violações dos direitos humanos, já que se criam obstáculos à investigação e ao acesso à justiça e impedem as vítimas e aos seus familiares de conhecerem a verdade e receberem a reparação correspondente.

Como consequência da manifesta incompatibilidade entre as leis de auto-anistia e a Convenção Americana sobre direitos humanos, as mencionadas leis carecem de efeitos jurídicos e não podem continuar representando um obstáculo para a investigação dos fatos que constituem este caso nem para a identificação e o castigo dos responsáveis (...).⁴⁶

A Corte de San José confirmará, regularmente: 1. o laço intrínseco entre direito à verdade e acesso à justiça, e 2. a incompatibilidade entre estes e as leis de anistia.⁴⁷ Ademais, estabelecerá que “a ‘verdade histórica’ contida nos relatórios das [Comissões Nacionais da Verdade] não pode substituir a obrigação do Estado de obter a verdade através dos processos judiciais. Nesse sentido, os artigos 1.1, 8 e 25 da Convenção protegem a verdade em seu conjunto (...).⁴⁸

“De fato, o estabelecimento de uma Comissão da Verdade, dependendo do objeto, o método, a estrutura e o fim de seu mandato, pode contribuir para a construção e preservação da memória histórica, o esclarecimento dos fatos e a determinação das responsabilidades institucionais, sociais e políticas em determinados períodos históricos de uma sociedade. (...) Não obstante, a Corte estima pertinente destacar que as atividades e informações que dada Comissão por ventura consiga não substituem a obrigação do Estado de estabelecer a verdade e assegurar a determinação judicial de responsabilidades individuais através dos processos judiciais penais.⁴⁹

46 Caso Barrios Altos vs. Peru. Fundo. Sentença de 14 de março de 2001. Série C No. 75, §§ 41, 43, 44. Os juízes também recordam (no § 48) a definição do direito à verdade contido no § 201 da sentença Bámaca Velásquez vs. Guatemala (*supra*, nota 40). Em seu voto concorrente, o juiz A. A. Cançado Trindade precisa: as “ponderações da Corte Interamericana constituem um novo e grande salto qualitativo em sua jurisprudência, no sentido de buscar superar um obstáculo que os órgãos internacionais de supervisão dos direitos humanos ainda não conseguiram transpor: a impunidade, com a consequente erosão da confiança da população nas instituições públicas” (§ 4 de seu voto); e enfatiza que “as chamadas auto-anistias são, em suma, uma afronta inadmissível ao direito à verdade e ao direito à justiça (começando pelo próprio acesso à justiça)” (§ 5 de seu voto). Ver os comentários de F. GUARIGLIA, “Los límites de la impunidad: la sentencia de la Corte interamericana de derechos humanos en el caso ‘Barrios Altos’”, *Nueva Doctrina Penal*, 2001/A, pp. 209-230.

47 Cfr. em particular os casos: Almonacid Arellano e outros vs. Chile. Exceções Preliminares, Fundo, Reparações e Custos. Sentença de 26 de setembro de 2006. Série C No. 154; A Cantuta vs. Perú. Fundo, Reparações e Custos. Sentença de 29 de novembro de 2006. Série C No. 162; e o mais recente caso Gomes Lund e outros (Guerrilha do Araguaia) vs. Brasil. Exceções Preliminares, Fundo, Reparações e Custos. Sentença de 24 de novembro de 2010. Série C No. 219. Para a confirmação explícita da inexistência do *direito autônomo* à verdade: cf. caso Blanco Romero e outros vs. Venezuela. Fundo, Reparações e Custos. Sentença de 28 de novembro de 2005. Série C No. 138, § 62, e o caso do Massacre do Povo Bello vs. Colômbia. Fundo, Reparações e Custos. Sentença de 31 de janeiro de 2006. Série C No. 140, § 219.

48 Caso Almonacid Arellano citado, § 150.

49 Caso Gomes Lund citado, § 297.

É, em grande parte, sobre a base da sentença Barrios Altos da Corte de San José que se funda, em 2005, a emblemática decisão da Suprema Corte da Argentina no caso Simón: lança a reabertura oficial dos processos penais contra os responsáveis por crimes da ditadura militar.⁵⁰ Segundo a Suprema Corte, as leis de Ponto Final (1986) e de Obediência Devida (1987) se chocam frontalmente com o direito internacional, pois, como toda anistia, se orientam ‘ao esquecimento’ das graves violações dos direitos humanos. A Corte confirma, por sua vez, sua incompatibilidade com a ordem jurídica internacional, e a validade da lei 25.779 de 2003 pela qual o Congresso da Nação declarou insanavelmente nulas as leis em questão.⁵¹

Os votos da maioria dos juízes supremos argentinos, conforme a jurisprudência da Corte Interamericana, traduzem o laço indissolúvel entre a busca da verdade e a sanção penal dos culpáveis, no centro das obrigações estatais em matéria de violações graves dos direitos humanos.⁵² Uma vez mais, a ideia principal é, por um lado, o caráter complementar – e necessário – das duas missões do Estado (investigar/sancionar) como componentes do direito à justiça e, por outro lado, o caráter inconciliável desta dupla missão com a existência de leis de anistia.

É a grande novidade na Argentina: os julgamentos da verdade, prática judicial *sui generis* situada entre Comissão da Verdade (reparação simbólica) e julgamento de ação penal (retribuição), inicialmente e inteiramente fabricada para conciliar anistia e o acesso ao juiz, não conseguem operar a conciliação pretendida. Esquecimento fictício do Estado, por via de anistia e missão de justiça, são declarados fundamentalmente incompatíveis. Nesta nova configuração jurídica, a garantia do direito à verdade, se transforma em uma espécie de antecâmara da ação penal clássica, possível de agora em diante. De fato, a anulação das leis de 1986-1987 e a reabertura oficial das causas penais na Argentina não encerram, entretanto, os julgamentos da verdade. Esta prática híbrida não só continua em La Plata, paralelamente aos processos penais nacionais, mas também oferece material de investigação e importantes testemunhos, ou seja, um trabalho de reconstrução dos fatos utilizado para a preparação dos julgamentos penais.

50 Decisões 328:2056 de 14 de junho de 2005, “Simón, Julio Héctor y otros” Para um enfoque crítico, neste contexto, sobre o valor da jurisprudência interamericana na ordem jurídica interna e sua autoridade democrática: L. FILIPPINI, “Alguns problemas na aplicação do direito internacional dos direitos humanos na sentença Simón da Corte Suprema Argentina”, em M. REED HURTADO ed., *Judicialización de Crímenes de Sistema – Estudios de caso y análisis comparado*, Centro Internacional para la Justicia Transicional, Bogotá, 2008, pp. 467-511; G. MAURINO, *Op. cit.*, pp. 1057 ss.; M. F. VALLE, “Corte suprema, dictadura militar y un fallo para pensar”, en R. GARGARELLA coord., *Teoría y Crítica del Derecho Constitucional*, *Op. cit.*, p. 1070. Ver também o debate Rosenkrantz / Filippini: C. F. ROSENKRANTZ, “En contra de los ‘Préstamos’ y de otros usos ‘no autoritativos’ del derecho extranjero”, *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, ano 6, n° 1, outubro 2005, acessível na página web da Universidade de Palermo; L. FILIPPINI, “El derecho internacional de los derechos humanos no es un préstamo. Reflexiones sobre la crítica a los préstamos de Carlos F. Rosenkrantz”, *Ibid.*, ano 8, n° 1, setembro 2007; C. F. ROSENKRANTZ, “Advertencias a un internacionalista (o los problemas de Simón y Mazzeo)”, *Idem*.

51 Veja-se, sobretudo, a dissidência do juiz Fayt, em particular §§ 11 ss., 43, e 79 de seu voto. Para desenvolvimentos: C. A. E. BAKKER, “A Full Stop to Amnesty in Argentina. The Simón Case”, *Journal of International Criminal Justice*, 2005, n° 3, pp. 1106-1120; H. L. FOLGUEIRO, “Inconstitucionalidad de la Leyes de Punto Final y Obediencia Devida. Notas al fallo ‘Simón’ de la Corte Suprema de Justicia de la Nación”, em *Derecho a la Identidad y Persecución de Crímenes de Lesa Humanidad*, Abuelas de Plaza de Mayo, Buenos Aires, 2006, pp. 98 ss. Note-se, de passagem, as importantes críticas formais às que esta decisão foi submetida: excessivamente longa, fragmentada e mal estruturada. É, em efeito, de acesso muito difícil, inclusive para os profissionais do direito.

52 Cf. em particular os votos dos juízes Boggiano (§ 25), Maqueda (§ 29) e Argibay (§ 14).



MANIFESTAÇÃO DE ESTUDANTES DURANTE 71ª CARAVANA DA ANISTIA EM IBIÚNA – SP, REALIZADA EM 15 DE JUNHO DE 2013.

FONTE: ACERVO DA COMISSÃO DE ANISTIA.

Duas outras questões são levantadas. Primeiro, no plano interno (argentino), quais são os contornos e os limites exatos da colaboração e do “diálogo entre juizes” que parecem nascer, nestes últimos anos, da coexistência, única em seu gênero, entre julgamentos da verdade e julgamentos penais – em particular, desde o ponto de vista do respeito dos direitos dos acusados? Em seguida, no plano internacional, podemos nos perguntar se o vínculo estabelecido pela Corte de San José entre o direito à verdade e os artigos 8 e 25 da CADH é imutável⁵³: de fato, como compreender, especialmente, a recente consagração convencional do direito à verdade como direito subjetivo autônomo na Convenção Internacional para a proteção de todas as pessoas contra os desaparecimentos forçados, de 20 de dezembro de 2006?⁵⁴ Sobretudo, que sentido e que consequências pode ter tal consagração para um Estado que, como a Espanha, ratifica esta Convenção em 2009, no momento em que seu próprio passado ditatorial, sob a anistia desde 1977, vem com força à tona através de novas reivindicações dos familiares de desaparecidos do franquismo, dando lugar a uma atualidade tempestuosa?

53 Veja, por ejemplo, a crítica de L. BURGORGUE-LARSEN y A. UBEDA DETORRES, *Op. cit.*, pp. 750-751.

54 Cfr. *supra*, introdução.



REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

“Derecho a la verdad frente a las graves violaciones a los derechos humanos”, em M. ABREGU y C. COURTIS comp., *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos*

“The Human Right to Truth: Lessons Learned from Latin America Experiences”, en T. A. BORER eds, *Telling the Truths : Truth Telling and Peace Building in Post-conflict Societies*, University of Notre-Dame Press, Notre-Dame, 2006, pp. 115-151

ABREGU, M. “Derecho a la verdad vs impunidad”, *Revista IIDH*, vol. 27, 1998, p. 119.

AGEITOS, S. M. *Historia de la impunidad. De las actas de Videla a los indultos de Menem*, Ed. Adriana Hidalgo, Buenos Aires, 2002.

AGEITOS, S. M. *La historia política del Nunca Más. La memoria de las desapariciones en la Argentina*, Siglo Veintiuno Editores, Buenos Aires, 2008.

BARRA, R. C. “Declaraciones, tratados y convenciones internacionales”, en *La Reforma de la Constitución explicada por miembros de la Comisión de redacción*, Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, 1994, pp. 167

BIDART CAMPOS, G. J. “El artículo 75, inciso 22, de la Constitución y los derechos humanos”, en M. ABREGU y C. COURTIS comp., *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2° ed. 2004, pp. 77-88.

BURGORGUE-LARSEN, L. y UBEDA DE TORRES, A. *Les grandes décisions de la Cour Interaméricaine des droits de l’homme*, Bruylant, Bruxelles, 2008, p. 740.

CRENZEL, E. “Argentina’s National Commission on the Disappearance of Persons: Contributions to Transitional Justice”, *International Journal of Transitional Justice*, 2008, n° 2, pp. 173-191

DESPOUY, L. “Orígenes, virtudes y peripecias del derecho a la verdad”, en DERGHOUGASSIAN, K. comp., *El derrumbe del negacionismo*, Planeta, Buenos Aires, 2009, pp. 201-245.

FILIPPINI, L. “Algunos problemas en la aplicación del derecho internacional de los derechos humanos en el fallo Simón de la Corte Suprema Argentina”, en REED HURTADO, M. ed., *Judicialización de Crímenes de Sistema – Estudios de caso y análisis comparado*, Centro Internacional para la Justicia Transicional, Bogotá, 2008, pp. 467-511;



FILIPPINI, L. "El derecho internacional de los derechos humanos no es un préstamo. Reflexiones sobre la crítica a los préstamos de Carlos F. Rosenkrantz," *Ibid.*, año 8, n° 1, septiembre 2007; C. F. ROSENKRANTZ, "Advertencias a un internacionalista (o los problemas de Simón y Mazzeo)," *Idem.*

FILIPPINI, L. y VARSKY, C. "Desarrollos recientes de las instituciones de la justicia de transición en Argentina," en ABRAMOVICH, V. BOVINO, A. y COURTIS, C. comp., *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos en el ámbito local. La experiencia de una década*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2007, pp. 447-472.

GUARIGLIA, F. "Los límites de la impunidad: la sentencia de la Corte interamericana de derechos humanos en el caso 'Barrios Altos'," *Nueva Doctrina Penal*, 2001/A, pp. 209-230.

HENNEBEL, L. *La Convention américaine des droits de l'homme. Mécanismes de protection et étendue des droits et des libertés*, Bruylant, Bruxelles, 2007.

MAURINO, G. "A la búsqueda de un pasado en la democracia Argentina," en GARGARELLA, R. coord., *Teoría y Crítica del Derecho Constitucional*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2008, tomo II, pp. 1031-1059.

MAURINO, G. "A la búsqueda de un pasado en la democracia Argentina," en GARGARELLA, R. coord., *Teoría y Crítica del Derecho Constitucional*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2008

MENDEZ, J. E. "The Right to Truth," en C. C. JOYNER dir., *Reining in Impunity for International Crimes and Serious Violations of Fundamental Human Rights: Proceedings of the Siracusa Conference 17-21 September 1998*, Erès, St. Agnes, 1998, pp. 255-278

NINO, C. S. "The Duty to Punish Past Abuses of Human Rights Put Into Context: The Case of Argentina," *Ibid.*, n° 100, 1991.

ORENTLICHER, D. F. "Settling Accounts: The Duty To Prosecute Human Rights Violations of a Prior Regime," *The Yale Law Journal*, n° 100, 1991, pp. 2537-2615

PINTO, M. FILIPPINI, L. G. ABREGU, M. y ESPINOZA, O. en el capítulo II (sobre "valor y eficacia de las decisiones de los órganos internacionales de protección") de ABRAMOVICH, V. BOVINO, A. y COURTIS, C. comp., *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos en el ámbito local...*, *Op. cit.*, pp. 119-214.

SUDRE, F. "Les 'obligations positives' dans la jurisprudence européenne des droits de l'homme"; *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, 1995

TROPER, V. CHAMPEIL-DESPLATS y GRZEGORCZYK, C. dir., *Théorie des contraintes juridiques*, LGDJ, Bruylant, Paris, Bruxelles, 2005, pp. 12-13).

VERBITSKY, H. *El vuelo*, Planeta, Buenos Aires, 1995

SÉVANE GARIBIAN

Doutora em Direito, professora-pesquisadora nas Universidades de Genebra e de Neuchâtel (Suíça). Trabalha sobre as formas e funções do direito em relação à criminalidade do Estado, assim como as relações entre direito, história, memória e verdade no tratamento dos crimes de massa. É autora de numerosas publicações em francês, inglês e espanhol. É autora especialmente de Le crime contre l'humanité au regard des principes fondateurs de l'Etat moderne. Naissance et consécration d'un concept (Schulthess/Bruylant/LGDJ, 2009) e, junto a Alberto Puppò, de Normas, valores, poderes. Ensayos sobre Positivismos y Derecho internacional (Fontamara, 2010). Recentemente apareceu (co-direção com Elisabeth Anstett e Jean-Marc Dreyfus): Cadáveres impensables, cadáveres impensados. El tratamiento de los cuerpos en las violencias de masa y los genocidios (Mino y Dávila, 2013).

Página profissional e publicações completas: <http://www2.unine.ch/sevane.garibian>

RESUMO: O mecanismo de obstrução por anistia, ainda que repetido ao longo da História, depois de situações de crimes de massa e de transição política não é, contudo, infalível. Os anos 90 viram a presença, na América Latina, de uma nova ferramenta jurídica que possibilitou às vítimas de violações graves dos direitos humanos, cometidas por seu próprio Estado, exigir o acesso ao juiz penal apesar das anistias: o direito à verdade, criado por via pretoriana graças a uma interpretação jurisdicional criativa do direito internacional preexistente, e que confronta o Estado com uma forma de "retorno do reprimido". O exame particular dos julgamentos por verdade dos anos 90, na Argentina, permite compreender melhor a passagem do que, no princípio, foi um tipo de "imperativo de ordem moral", ao que se transforma em um novo direito. Mas, sobretudo, esta passagem põe em evidência outra mudança: atualmente já não é tanto a questão da existência e da efetividade deste direito que se encontra na ordem do dia, mas aquela, mais sutil, de sua utilidade – melhor dizendo, de sua função à luz dos contextos do seu discurso e dos usos que os atores jurídicos fazem deles.



ABSTRACT: The obstruction mechanism for amnesty, even if repeated throughout history, after situations of mass crimes in contexts of political transition, it is not an infallible mechanism. The 90s saw the emergence in Latin America of a new legal tool that allowed the victims of grave violations of human rights committed by their own state to require access to criminal court, despite the amnesties: the right to truth created by Praetorian's means, thanks to a creative jurisdictional interpretation of the preexisting international law that faces the state with a kind of "return of the repressed". The particular examination of truth trials in Argentina during the 90's provides a better understanding of that process of transition from what, at first, was regarded as a sort of "moral imperative" into something that have become a new kind of law. But above all, that transformation reveals another change: today is not so much the matter of the existence and effectiveness of this right which is in the agenda, but something more subtle: its utility, that's to say, its role on the contexts of its utterance and applications made by the legal actors.

PALAVRAS-CHAVE: Direito à Verdade, Anistia, Argentina, Obrigações do Estado.

KEY WORDS: Right to Truth, Amnesty, Argentina, State Obligations.



CRIMES DA DITADURA MILITAR BRASILEIRA: POSSIBILIDADES JURÍDICAS DE SANÇÃO

Ivan Marx

Procurador da República. Coordenador do GT Justiça de Transição da 2ª CCR, Doutor em Direito e Ciências Sociais pela Universidad del Museo Social (Argentina)

1. INTRODUÇÃO

No tema da justiça transicional são estudadas as medidas necessárias que devem ser levadas a cabo por parte dos Estados, em seus processos de redemocratização (ou mesmo de democratização¹), após um período ditatorial ou de uma guerra civil.

Entre estas medidas existe certo consenso a respeito da necessidade de desenvolver ações para garantir o respeito aos direitos à verdade, à reparação e à justiça. Além disso, cabe destacar também a necessidade de depuração das instituições democráticas.

Nesse contexto, o Brasil vem se destacando, há tempos, em seu importante programa reparatório desenvolvido pela Comissão de Anistia. Os direitos à justiça e à verdade, no entanto, apenas recentemente vêm recebendo os maiores esforços estatais, levados a efeito pelo Ministério Público Federal (justiça e verdade) e pela Comissão Nacional da Verdade, aliada às comissões estaduais.

Após iniciar investigações, no ano de 2008, por crimes cometidos por agentes do Estado durante a última ditadura militar² no Brasil, o Ministério Público Federal já ingressou com sete ações penais (quatro no ano de 2012 e três no ano de 2013) por crimes de sequestro e ocultação de

¹ Como nos casos de El Salvador (onde não havia previamente uma ordem democrática) e África do Sul (onde a precedente ordem democrática era limitada a uma classe de pessoas).

² Em que pese o mais correto fosse falar em ditadura cívico-militar, utilizaremos, em geral, o termo "ditadura militar".

cadáver. Também estão em andamento em torno de 200 investigações por crimes de sequestro, ocultação de cadáver, homicídio e tortura.

No entanto, a possibilidade de processamento desses crimes resulta normalmente questionada com base em impedimentos internos baseados na prescrição e na anistia.

No presente trabalho, pretendemos fazer uma análise sobre as possibilidades jurídicas de sanção desse crimes. Primeiro, mediante uma análise das teses utilizadas na doutrina internacional e na jurisprudência dos países que vêm enfrentando o tema, verificando quais se adaptam a um controle de convencionalidade que respeite nosso direito interno, para logo depois especificar a diferente amplitude dos critérios adotados com relação ao tipo de crimes e aos eventuais agentes passíveis de responsabilização.

2. A SANÇÃO DOS CRIMES CONTRA A HUMANIDADE NO PLANO INTERNO

Embora a condenação do Estado brasileiro pela Corte IDH no caso *Gomes Lund e outros vs. Brasil*³ resulte motivo suficiente para que os referidos crimes sejam investigados e julgados, entende-se que esse controle de convencionalidade deve ser exercido internamente de acordo com os critérios abaixo citados. Isso se dá em razão de o controle de convencionalidade poder ser exercido com base em mecanismos jurídicos diferentes, a depender do sistema jurídico do país que o implementa.

Conforme referem Kristicevic e Affonso⁴ “O sistema interamericano não impõe modelos rígidos de cumprimento das sentenças, existindo, portanto, diversos caminhos para que os direitos sejam garantidos com o alcance dado pela Corte Interamericana.” Desse modo, ainda de acordo com tais autoras⁵, são diferentes as soluções nacionais tomadas de boa fé para cumprir as decisões da Corte, de maneira que é possível “um controle de convencionalidade que não é uniforme, mas que pode dialogar mais facilmente com a normativa, jurisprudência e doutrina nacionais”

3 Corte IDH. *Caso Gomes Lund e outros (Guerrilha do Araguaia) vs. Brasil*. Exceções preliminares, Fundo, Reparações e Custas. Sentença de 24 de novembro de 2010. Serie C, N° 219.

4 KRISTICEVIC e AFFONSO (2011, p. 273).

5 KRISTICEVIC e AFFONSO (2011, p. 264).

De acordo com o direito internacional e a prática dos Estados, são duas as possibilidades de sanção interna dos crimes internacionais⁶ cometidos em períodos passados: a aplicação de maneira retroativa de um tipo penal mais recente, que tipifica um crime internacional, ou a aplicação de tipos penais existentes na época dos fatos, atribuindo certas consequências (imprescritibilidade, não anistiabilidade, etc.), por se tratar de crimes internacionais.

Sendo assim, analisaremos essas duas possibilidades no plano do direito interno brasileiro.

2.1. APLICAÇÃO RETROATIVA DE NOVOS TIPOS PENAIS

A esse respeito, inicialmente, cabe destacar a atual inexistência, no Brasil, de tipos penais que venham a tipificar os crimes previstos no Estatuto do Tribunal Penal Internacional (ETPI)⁷, no que pese o fato de o país ter ratificado tal instrumento.

Entretanto, há um crime que foi tipificado no Brasil só muito posteriormente aos fatos ocorridos durante a última ditadura militar e que pode, de acordo com as circunstâncias em que foi perpetrado, ser considerado um crime contra a humanidade. Trata-se do crime de tortura⁸, tipificado no Brasil somente em 1997, por meio da lei 9.455/97⁹.

Assim, além da aplicação retroativa do delito de tortura, os argumentos que serão expostos também se referem à possibilidade de aplicação retroativa de outros crimes internacionais que venham a ser tipificados¹⁰. Favoráveis a tal possibilidade estão Kristicevic e Affonso¹¹, para quem a exigência da Corte IDH (no caso 'Gomes Lund'), de que o Brasil tipifique o crime de desaparecimento forçado, objetiva justamente proporcionar sua utilização para a sanção dos

6 Aqui, utilizamos o termo "crime internacional" para nos referir aos crimes mais graves, segundo o Estatuto de Roma: crimes contra a humanidade, de guerra e de genocídio.

7 Dos crimes previstos em tal Estatuto, no entanto, cabe referir a prévia existência no direito pátrio do crime de genocídio, previsto na lei 2.889, de 1º de outubro de 1956, que define e pune tal crime.

8 A Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes, de 1984, foi ratificada pelo Brasil em 28 de setembro de 1989.

9 Art. 1º Constitui crime de tortura:

I – constranger alguém com emprego de violência ou grave ameaça, causando-lhe sofrimento físico ou mental:

a) com o fim de obter informação, declaração ou confissão da vítima ou de terceira pessoa;
b) para provocar ação ou omissão de natureza criminosa;
c) em razão de discriminação racial ou religiosa;

II – submeter alguém, sob sua guarda, poder ou autoridade, com emprego de violência ou grave ameaça, a intenso sofrimento físico ou mental, como forma de aplicar castigo pessoal ou medida de caráter preventivo.

10 A respeito, há que se referir que se encontram em trâmite legislativo os projetos de lei nº 4.038/08, cujo artigo 33 define o crime contra a humanidade de desaparecimento forçado, e nº 301/07, cujo artigo 11 também tipifica o desaparecimento forçado.

11 KRISTICEVIC e AFFONSO op. cit., p. 267.

crimes cometidos durante a “Guerrilha do Araguaia”. De acordo com o direito internacional, segundo as autoras, havendo uma proibição clara das condutas, sua sanção em virtude de um crime tipificado posteriormente não violaria o princípio de legalidade¹².

Aqui, cabe recordar que os crimes – seja a tortura, o desaparecimento forçado ou outros crimes contra a humanidade previstos no art. 7º do ETPI – cometidos no momento em que já eram assim considerados segundo os princípios gerais do direito reconhecidos pela comunidade internacional, são puníveis, em tese, pela aplicação do art. 15.2 do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (PIDCP).

De fato, dispõe o art. 15 do PIDCP que:

Artigo 15

1. ninguém poderá ser condenado por atos ou omissões que não constituam delito de acordo com o direito nacional ou internacional, no momento em que foram cometidos. Tampouco poder-se-á impor pena mais grave do que a aplicável no momento da ocorrência do delito. Se, depois de perpetrado o delito, a lei estipular a imposição de pena mais leve, o delinquente deverá dela beneficiar-se.

2. Nenhuma disposição do presente Pacto impedirá o julgamento ou a condenação de qualquer indivíduo por atos ou omissões que, no momento em que foram cometidos, eram considerados delituosos de acordo com os princípios gerais de direito reconhecidos pela comunidade das nações.

Conforme se observa, o item 2 do artigo 15 estipula uma exceção à proibição de retroatividade da lei penal¹³.

Por isso, o congresso argentino, ao ratificar o PIDCP, fez reserva a essa disposição, segundo o art. 4º da lei 23.313 (publicada em 13 de maio de 1986): “El gobierno argentino manifiesta que la aplicación del apartado segundo del art. 15 de Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, deberá estar sujeta al principio establecido en el art. 18¹⁴ de nuestra Constitución Nacional”

¹² Aqui, cabe ressaltar que não vemos maiores problemas na aplicação do crime de desaparecimento forçado, após tipificado, aos atos de sequestro mantidos posteriormente à entrada em vigor do novo tipo penal. Isso, em razão do caráter permanente desse crime. Sobre o assunto, veja-se, abaixo, item 2.3.1.

¹³ Disposições no mesmo sentido encontram-se na Convenção Europeia de Direitos Humanos (CEDH, art. 7.2) e na Declaração Universal de Direitos Humanos (DUDH, art. 11.2), sendo exceção a Declaração Americana de Direitos Humanos (CADH, art. 9).

¹⁴ “Art. 18. – nenhum habitante da Nação pode ser penalizado sem juízo prévio fundado em lei anterior ao fato do processo, [...]” (tradução do autor)





LANÇAMENTO DOS PRODUTOS DO PROJETO RESGATE DA MEMÓRIA VIVA DA REPRESSÃO MILITAR EM GOIÁS, REALIZADO EM PARCERIA COM A ASSOCIAÇÃO DE ANISTIADOS, PELA CIDADANIA E DIREITOS HUMANOS DO ESTADO DE GOIÁS, GOIÂNIA, 5 DE MARÇO DE 2013.

FONTE: ACERVO DA COMISSÃO DE ANISTIA.

Com isso buscou garantir, com base no princípio de legalidade, a necessidade de tipificação dos delitos por uma lei prévia.

Refere Sabelli respeito ao tema¹⁵ que,

A reserva introduzida pelo art. 4º, lei 23.313, passou a ter, desde 1994, hierarquia constitucional, já que de acordo com o art. 75, inc. 22, a hierarquia constitucional dos tratados é “nas condições de sua vigência”, é dizer, tal como foram aprovados em seu momento pelo governo argentino. Cabe concluir, portanto, que, de acordo com o Constituinte de 1994, ainda em matéria de delitos sujeitos ao direito internacional, a lei penal deve ser prévia, escrita e certa, para estar de acordo com a garantia do art. 18, CN. Portanto, no direito constitucional argentino, não é suficiente para superar a barreira que significa mencionada garantia o estabelecimento e configuração desses delitos mediante os princípios gerais do direito ou o costume internacional. (Tradução do autor).

15 SABELLI, Héctor E *Tiempo, Constitución y Ley Penal*. Héctor E. Sabelli y Alfonso Santiago. 1ª de. – Buenos Aires: Abeledo-Perrot. (2008). p. 30-31.

A desconsideração do art. 15.2 do PIDCP pelo governo argentino, entretanto, já resultava contestada pelo Juiz Schfrin, no *fallo* “Schwammberger”¹⁶ (consid. 36), antes mesmo da reforma constitucional de 1994, em que afirmou que, apesar da reserva feita, não se poderia desconhecer que isso não quita à regra referida seu valor de *jus cogens*, vinculante para a Argentina, país que se submete ao direito das gentes por força do art. 102¹⁷ de sua Constituição¹⁸¹⁹.

Também importante é a observação da Ministra Argibay²⁰ de que “a eficácia da reserva feita pela República Argentina ao ratificá-lo se vê debilitada pela posterior aprovação sem reservas da Convenção sobre Imprescritibilidade” (tradução do autor).

Quanto às observações do Juiz Schfrin e da Ministra Argibay, no que concerne à aplicabilidade no caso argentino da retroatividade prevista no art. 15.2 do PIDCP, ambos somente fizeram referência à prescrição. Em nenhum caso se tentou aplicar retroativamente um tipo penal não previsto à época dos fatos²¹. De fato, no *fallo* “Schwammberger”, o Juiz Schfrin defendeu a aplicação retroativa de novas regras sobre prescrição ou mesmo sobre a imprescritibilidade, e a Ministra Argibay no *fallo* “Simón” defendeu a aplicação da imprescritibilidade.

O Brasil, ao contrário da Argentina, ao ratificar o PIDCP, não fez nenhuma reserva à cláusula prevista em seu artigo 15.2²². De modo que, em princípio, a intenção do Estado brasileiro foi a de aceitar a retroatividade penal a fatos que, em que pese a norma tipificadora seja posterior,

16 *Cámara Federal de la Plata*, 30.8.1989, disponível em http://www.pjn.gov.ar/03_Buscador/Busqueda.Asp?texto=jurisprudencia. Acesso em 06-05-2010.

17 Atualmente (desde a Reforma Constitucional de 1994) art. 118, com a seguinte redação: Todos los juicios criminales ordinarios, que no se deriven del derecho de acusación concedido a la Cámara de Diputados se terminarán por jurados, luego que se establezca en la República esta institución. La actuación de estos juicios se hará en la misma provincia donde se hubiere cometido el delito; pero cuando éste se cometa fuera de los límites de la Nación, contra el derecho de gentes, el Congreso determinará por una ley especial el lugar en que haya de seguirse el juicio.

18 Em que pese sem enfrentar a questão da reserva feita pela Argentina ao art. 15.2 do PIDCP, o Ministro Maqueda, em seus considerandos no *fallo* ‘Arancibia Clavel’ (CSJN, “*Arancibia Clavel, Enrique L.*”, sentença de 24 de agosto de 2004), afirmou sua aplicação aos crimes referidos:

“71) Que la vigencia de ese orden internacional imperativo con anterioridad a la comisión de los delitos investigados en la causa pone en evidencia que resulta plenamente aplicable al caso lo dispuesto por el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos establece en su art. 15.2 que el principio de irretroactividad no se opondrá al juicio ni a la condena de una persona por actos u omisiones que, en el momento de cometerse, fueran delictivos según los principios del derecho reconocidos por la comunidad internacional”

19 A esse respeito, também, importante a crítica do Ministro Fayt, no considerando 43 de seu voto dissidente no *fallo* “Simón” (CSJN, “*Simón, Julio H. y otros s/privación ilegítima de la libertad*”, S. 1767 XXXVIII, sentença de 14 de junho de 2005), baseada na falta de comprovação do caráter *jus cogens* do artigo 15.2 do PIDCP.

20 No considerando 16 de seu voto no *fallo* “Simón”.

21 Tal aplicação retroativa de um tipo penal ocorreu na Colômbia (Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Caso César Pérez García, 33118, 13 de mayo de 2010), onde se investigaram crimes ocorridos em 11 de novembro de 1988 na população de Segovia com base no delito de genocídio, tipificado naquele país em data posterior à comissão dos fatos (Lei 589 de 2000). No caso, ademais, não obstante Colômbia não tenha feito nenhuma reserva ao parágrafo 2º do art. 15 do PIDCP, a decisão pela retroatividade se baseou no disposto no parágrafo 1º do mesmo dispositivo – “1. Ninguém poderá ser condenado por atos omissões que não constituam delito de acordo com o direito nacional ou internacional”. Seguindo essa linha de entendimento, a reserva argentina ao parágrafo 2º não impediria a aplicabilidade da retroatividade com base no parágrafo 1º, sobre o qual não houve reservas.

22 Conforme Decreto 592/92, “Art. 1º O Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, apenso por cópia ao presente decreto, será executado e cumprido tão inteiramente como nele se contém”

na época em que cometidos já fossem considerados delitivos segundo os princípios gerais do direito reconhecidos pela comunidade internacional.

Em verdade, para o direito penal internacional, a previsão do art. 15.2 do PIDCP sequer deduz uma aplicação retroativa. De fato, cabe recordar que, para esse direito, o costume também serve como fonte de direito, não sendo exigível uma lei em sentido formal²³. Dessa maneira, o que resulta proibido no direito penal internacional é a aplicação retroativa de um tipo penal a um fato que, ao momento em que cometido, não fosse considerado crime segundo as leis internas ou internacionais, ou mesmo segundo o costume internacional²⁴ (*nullum crime sine praevia iure*)²⁵.

Entretanto, tal questão se demonstra mais complicada quando se objetiva penalizar os fatos com base no direito interno, onde os princípios de direito penal liberal costumam defender de maneira inapelável o princípio *nullum crime sine praevia lege*.

De fato, a aplicação retroativa de novas figuras penais ao tipificar crimes internacionais violaria o disposto na CF brasileira, artigo 5º, incisos 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”. Essas normas, em princípio, colidem com o art. 15.2 do PIDCP (com alcance constitucional no Brasil, de acordo com o art. 5º § 2º da CF).

De maneira que estariam em conflito duas normas constitucionais, baseadas no princípio de legalidade (irretroatividade da lei penal maléfica) e no princípio de justiça (aplicação de sanção aos atos considerados delitivos segundo os princípios gerais do direito reconhecidos pela comunidade internacional).

23 De acordo com o Estatuto da Corte Internacional de Justiça, artigo 38:

1. A Corte, cuja função seja decidir conforme o direito internacional as controvérsias que sejam submetidas, deverá aplicar;
 - a. as convenções internacionais, sejam gerais ou particulares, que estabeleçam regras expressamente reconhecidas pelos Estados litigantes;
 - b. o costume internacional como prova de uma prática geralmente aceita como direito;
 - c. os princípios gerais do direito reconhecidos pelas nações civilizadas;
 - d. as decisões judiciais e as doutrinas dos publicitários de maior competência das diversas nações, como meio auxiliar para a determinação das regras de direito, sem prejuízo do disposto no Artigo 59. (Grifos nossos).

24 Como refere AMBOS (2008, p. 122), “a referência ao direito internacional vigente e aos princípios gerais do direito, assim como aos delitos de direito comum, põe em claro que não é necessário que se trate de normas de proibição escritas; assim, o direito consuetudinário internacional não escrito e os princípios gerais de direito satisfazem o princípio de proibição de retroatividade”.

25 Nesse sentido também CARAMUTTI, Carlos Em *Delitos de lesa humanidad: reflexiones acerca de la jurisprudencia de la CSJN* / coordinado por Rodolfo L. Vigo – 1º ed. – Buenos Aires: Ediar, p. 23

De plano, observe-se que a única maneira de harmonizar os princípios em colisão, a fim de possibilitar a máxima otimização de ambos, seria considerar o art. 5º, incisos XXXIX e XL da CF válidos somente para os crimes comuns, aplicando-se o disposto no art. 15.2 do PIDCP aos crimes reconhecidos pela comunidade internacional²⁶.

Também há que se observar que a retroatividade se aplica a todas aquelas condutas que, de acordo com o direito internacional (convencional ou consuetudinário), já se consideravam crimes ao momento dos fatos, não cabendo aqui a limitação aos crimes contra a humanidade (como ocorre no caso da aplicação da imprescritibilidade).

No entanto, ainda que se aceitando a aplicabilidade retroativa dos crimes internacionais com base no art. 15.2 do PIDCP²⁷ (limitada a 06 de julho de 1992, data do Decreto 592, que promulgou a referida Convenção no Brasil²⁸), isso somente deveria ocorrer – assim cremos – naqueles casos em que o fato não resultava anteriormente condenável no direito interno sob nenhum aspecto. Assim, se o fato – e pese a que não com todas as características previstas no direito internacional – já era considerado um crime no direito interno, e por isso lhe fossem aplicáveis sanções com um mínimo grau de razoabilidade, não seria razoável a aplicação da retroatividade do novo tipo penal em prejuízo do princípio de legalidade.

Assim, o efetivo afastamento do princípio de legalidade²⁹ deve ocorrer com extrema cautela, somente quando a não aplicação da retroatividade do crime reconhecido pela comunidade internacional, posteriormente tipificado no plano interno, possa gerar impunidade ou grave desproporcionalidade sancionatória.

No caso do crime de desaparecimento forçado, por exemplo, caso venha a ser tipificado no Brasil, não seria necessário aplicá-lo retroativamente até o ano de 1992, ocasião em que o Brasil aderiu ao PIDCP, em razão da existência prévia no Código Penal brasileiro de tipificação para o delito de sequestro³⁰ (inclusive qualificado quando resulta à vítima, **em razão de maus-tratos ou da natureza da detenção**, grave sofrimento físico ou moral).

26 Utilizamos o termo ‘crimes reconhecidos pela comunidade internacional’ para referir aos crimes considerados como tais no direito costumeiro, não se confundindo com ‘crimes internacionais’, os quais são referidos no presente trabalho como sendo os crimes de guerra, crimes contra a humanidade e genocídio.

27 Ou mesmo do art. 15.1, conforme entendimento da *Corte Suprema de Justicia de Colombia*, acima referido.

28 A respeito do caso referido de Colômbia (nota de rodapé nº 23, acima), essa limitação resultou respeitada já que houve uma aplicação retroativa da lei que tipificou o tipo de genocídio a fatos ocorridos em 1988, data posterior à entrada em vigor do PIDCP naquele país (23 de março de 1976).

29 Aqui também cabe referir os princípios da confiança e da segurança jurídica. A respeito, veja-se mais no item 2.2.1, abaixo.

30 É verdade que o tipo do crime de sequestro não abarca suficientemente a complexidade do crime de desaparecimento forçado. Entretanto, presente no caso a possibilidade de sanção, seu menor peso parece ser o preço a pagar pela segurança jurídica.

Ao decidir sobre a aplicabilidade do crime de tortura previsto no artigo 233 da lei 8.069/90, que não trazia nenhuma definição sobre seu conteúdo, o STF decidiu (por 6 votos a 5) que tal situação não violava o princípio constitucional da tipicidade dos delitos.

Sendo assim, na eventualidade de que surgissem, de maneira nova, no âmbito interno, tipificações para crimes reconhecidos pela comunidade internacional (entre os quais claramente se encontram os ‘crimes contra a humanidade’), estes tipos penais seriam aplicáveis retroativamente a todos os crimes com aquelas características, praticados depois de 06 de julho de 1992, desde que se configurasse a inexistência de tipificação prévia que possibilitasse a sanção dos fatos com um grau mínimo de razoabilidade.

Entretanto, retroagi-los até os fatos cometidos pelos agentes do Estado brasileiro, durante a última ditadura militar, seria forçar demasiadamente o princípio de irretroatividade.

De fato, essa aplicação somente seria possível considerando-se que o art. 15.2 do PIDCP teria caráter costumeiro e *jus cogens*³¹ desde a época de seu surgimento (1966), ou mesmo anteriormente, algo que, por exemplo, entendemos plenamente aplicável à Convenção sobre a Imprescritibilidade dos Crimes de Guerra e dos Crimes contra a Humanidade (CICGLH) de 1968^{32, 33}.

A esse respeito, resultaria necessário um estudo para verificar se e desde quando o art. 15.2 do PIDCP faz parte do direito costumeiro internacional³⁴ bem como se o faz em caráter *jus cogens*³⁵, o que não é objeto do presente trabalho³⁶.

31 De acordo com o entendimento já exposto do juiz argentino Schfrin no *fallo* “Schwammberger” (considerando 36).

32 Entretanto, há que se diferenciar um pouco as duas situações.

A CICGLH determina a aplicação da imprescritibilidade, algo já aceito desde Nuremberg e que não fere diretamente o princípio de legalidade (atingindo somente um de seus aspectos ou inclusive nenhum – considerando-se que atinge somente a interpretação, inaplicável ao direito internacional, de que a prescrição integra o princípio de irretroatividade da lei penal). Já o PIDCP, em seu artigo 15.2, segue mais longe, determinando a aplicação retroativa de tipos penais.

33 Para maiores esclarecimentos veja-se MARX (2013, Capítulo II).

34 Interpretação que teria a seu favor o fato de que disposições no mesmo sentido se encontram na Convenção Europeia de Direitos Humanos (CEDH, art. 7.2) e na Declaração Universal de Direitos Humanos (DUDH, art. 11.2), em que pese o mesmo não tenha ocorrido na Declaração Americana de Direitos Humanos (CADH, art. 9).

35 Características que entendemos comprovadas, por exemplo, para a imprescritibilidade e insuscetibilidade de anistia para os crimes contra a humanidade. Com o que lhe seriam aplicáveis os artigos 53 e 64 da Convenção de Viena, excetuando-se as normas dos artigos 4 e 28 da mesma Convenção.

36 De fato, em que pese a utilização da figura típica da tortura bem como de uma eventual futura figura típica no Brasil do desaparecimento forçado de pessoas pudesse ser útil ao julgamento dos crimes cometidos pelos agentes do Estado durante a última ditadura militar (caso se entenda aplicável a retroatividade com base no caráter *jus cogens* do disposto no art. 15.2 do PIDCP e não se considere a limitação, por nós defendida, de que tal norma deva ser aplicada somente nos casos em que, de outra maneira, ocorresse impunidade pela falta de tipificação interna que abarque os atos criminosos), tal questão não representa o verdadeiro problema a respeito da possível



Portanto – desconsiderando o argumento de seu caráter *jus cogens* – tal norma somente poderia ser aplicada, no plano interno, posteriormente à sua internalização (1992) e, mesmo assim, unicamente nos casos em que isso resulte necessário em razão de não haver tipificação prévia que de alguma maneira possibilite sancionar os crimes cometidos com um grau mínimo de razoabilidade.

Dessa forma, a aplicação retroativa de novos tipos penais não pode ser a resposta para possibilitar a sanção dos crimes cometidos pelos agentes do Estado durante a última ditadura militar no Brasil.

2.2. CRITÉRIO DA DUPLA SUBSUNÇÃO

Segundo o critério da dupla subsunção, os crimes são sancionados de acordo com os tipos penais existentes na lei interna no momento em que cometidos (em respeito ao princípio de irretroatividade da lei penal), aplicando-lhes consequências especiais provenientes das leis internacionais, como a imprescritibilidade e a não anistiabilidade previstas no direito consuetudinário internacional para os crimes contra a humanidade.

Esse critério resulta plenamente adotável no caso brasileiro, vejamos.

Ao decidir sobre a aplicabilidade do crime de tortura previsto no artigo 233 da lei 8.069/90 (*Estatuto da Criança e do Adolescente*), que não trazia nenhuma definição sobre seu conteúdo, o STF³⁷ decidiu (por 6 votos a 5) que tal situação não violava o princípio constitucional da tipicidade dos delitos.

Em seu voto, o Ministro Carlos Velloso defendeu (p. 79-80 do julgado) que:

Na verdade, é de sabença comum que a lei deve definir a conduta criminosa, vale dizer, deve definir o fato delituoso (Constituição Federal, art. 5º, inciso XXXIX). Assim é, em princípio.

Acontece, entretanto, que, no caso em julgamento, o Brasil subscreveu a Convenção das Nações Unidas contra Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes, aprovada pela Assembléia-Geral das Nações Unidas, de 10 de dezembro de 1984. Essa Convenção foi aprovada pelo Congresso Nacional (Decreto Legislativo nº 4, de 1989) tendo sido incorporado ao Direito Positivo brasileiro pelo Decreto nº 40, de

sanção de tais crimes. De fato, os obstáculos representados pela anistia, a prescrição e a coisa julgada são os verdadeiros temas a serem enfrentados no Brasil, motivo pelo qual são o objeto de interesse do presente artigo.

15 de fevereiro de 1991. Ou seja, temos, no direito positivo brasileiro, a definição do fato delituoso que faz nascer o crime de tortura.

No mesmo sentido, o Ministro Sepúlveda Pertence (p. 88 do julgado):

Não há como inquirir de inconstitucional a definição que se vale da noção de tortura, universalmente inequívoca em seu núcleo significativo básico e que, como mostraram os eminentes Ministros Relator Celso de Mello e agora o Ministro Carlos Velloso, tem, hoje, um conceito internacional incorporado ao direito positivo brasileiro. Pouco importa que, nos tratados, não se trate de norma penal: a remissão da lei interna a um conceito, definido no tratado, cominando-lhe pena, é, evidentemente, forma de instituir uma norma penal. (Grifos nossos).

Como se observa, e pese a não ter sido feita uma referência direta ao termo ‘dupla subsunção’ (talvez inclusive desconhecido à época do julgado), na verdade foi sua aplicação o que restou decidido no caso: uma dupla subsunção onde o termo ‘tortura’ foi retirado da norma penal ao passo que o conceito do termo ‘tortura’ restou extraído do tratado internacional.

Algo similar a isso também ocorre com a aplicação da Lei nº 8.072/90 (Lei dos crimes hediondos) que classifica alguns crimes, já tipificados no Código Penal, como sendo hediondos, imprimindo-lhes consequências especiais, tais como a insuscetibilidade de anistia, graça ou indulto³⁸.

Sendo assim, analisaremos quais são as possíveis situações em que o critério da dupla subsunção pode tornar aplicável a imprescritibilidade aos crimes contra a humanidade cometidos pelos agentes do Estado no Brasil durante a última ditadura militar.

2.2.1. Utilizando a imprescritibilidade em razão da aplicação retroativa de convenções internacionais que a prevejam

A imprescritibilidade ou a imposição de critérios mais largos de prescrição seriam aplicáveis retroativamente nos casos do ETPI (de acordo a seu artigo 29) e das convenções que podem vir a ser posteriormente ratificadas pelo país, como a CICGLH, a Convenção Internacional

³⁸ Entretanto, é verdade que em tal caso se aplica uma lei que atribui consequências a crimes tipificados em outra lei, diferentemente da situação aqui estudada, onde se aplica o direito internacional, com base em um costume ou na aplicação retroativa de novas normas ou de tratados ratificados posteriormente, para atribuir consequências a crimes tipificados pela lei interna. Ademais, a lei dos crimes hediondos, por ter efeitos materiais, não restou aplicada retroativamente. Mas, aceita a tese de que as consequências jurídicas (imprescritibilidade, não anistiabilidade, etc) do direito internacional decorram de seu caráter consuetudinário (e não da aplicação retroativa de novas normas ou de tratados ratificados posteriormente), conforme defendido no item 2.2.4 abaixo, não há que se falar em retroatividade, de maneira que o critério da dupla subsunção se aplicaria sem qualquer desrespeito ao princípio de legalidade.

para a Proteção de todas as Pessoas contra o Desaparecimento Forçado (CDF) e a Convenção Interamericana sobre Desaparecimento Forçado de Pessoas (CIDFP).

Essas normas, no entanto, ao preverem a imprescritibilidade ou prazos prescricionais mais extensos, devem ser passíveis de uma análise de constitucionalidade interna, com o que cabe referir que a CF/88 não garante a prescricibilidade dos crimes (nem tampouco o fazia a CF/46 e a CF/67).

Nesse sentido, o STF³⁹ referiu que “Ademais, a Constituição Federal se limita, no art. 5º, XLII e XLIV, a excluir os crimes que enumera da incidência material das regras da prescrição, sem proibir, em tese, que a legislação ordinária criasse outras hipóteses”. Na mesma direção está Fávero⁴⁰, para quem ‘a prescrição não é uma garantia constitucional para o criminoso e é matéria afeta à legislação infraconstitucional’.

Inclusive, a CF determina a imprescritibilidade da ação de grupos armados contra a ordem constitucional e o Estado Democrático⁴¹.

A importância do art. 5º, inc. XLIV da CF – juntamente com seu art. 5º § 2º⁴² – a possibilitar a aplicabilidade da imprescritibilidade aos crimes contra a humanidade no direito brasileiro é também defendida por Gomes⁴³. De acordo com esse autor, ambos artigos dariam assento expresso na Constituição brasileira a tal imprescritibilidade, ademais de essa também receber seu fundamento do jus cogens, dos tratados e da jurisprudência internacional⁴⁴.

Assim, não sendo inconstitucional a previsão em si de imprescritibilidade existente nos tratados internacionais, o que poderia colidir com a CF seria a possibilidade de aplicar essa imprescritibilidade retroativamente, em razão da garantia da irretroatividade da lei penal.

39 STF, RE 460971 / RS, Relator: Min. Sepúlveda Pertence, Primeira Turma, julgado em 13/02/2007.

40 FÁVERO, Eugênia Augusta Gonzaga (2009). “Crimes da ditadura: iniciativas do Ministério Público Federal em São Paulo”. Em: SOARES, Inês Virginia Prado; KISH, Sandra Akemi Shimada (coord.). *Memória e verdade: a justiça de transição no Estado Democrático Brasileiro*. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p 218.

41 Art. 5º, inc. XLIV – constitui crime inafiançável e imprescritível a ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático.

42 Art. 5º, § 2º – Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

43 GOMES, Luiz Flávio, *Crimes contra a Humanidade: Conceito e Imprescritibilidade (Parte I)*. Disponível em <http://www.lfg.com.br>, 04 de agosto de 2009. p.2.

44 Para GOMES (2009a), a possibilidade de se prever crimes imprescritíveis foi limitada pela CF/88. Assim, para o autor, ademais dos crimes contra a humanidade, somente seriam imprescritíveis a ação de grupos armados contra a ordem constitucional – art. 5º, inc. XLIV – e o racismo – art. 5º, inc. XLII. Entretanto, não há que se concordar com essa limitação, já que, não tendo a Constituição garantido o direito à prescricibilidade, seria permitido ao legislador ordinário definir novos casos de imprescritibilidade.

Dessa forma, a primeira questão que se põe em dúvida é o alcance da garantia da irretroatividade da lei penal, centrada em determinar se tal garantia somente compreenderia a tipificação dos delitos ou se também os demais pressupostos da pena.

No entanto, cabe observar que nenhuma das soluções oferecidas no presente item 2.2 (que fala do critério da dupla subsunção) fere o princípio de irretroatividade no que se refere à tipificação e penalização dos delitos, já que são utilizados os tipos e penas existentes ao tempo dos fatos.

De modo que o que importa aqui, de fato, é determinar se as modificações nos critérios de prescrição ferem o princípio de irretroatividade da lei penal.

Em princípio, e segundo o entendimento do STF⁴⁵, a prescrição integra o conceito de lei penal, de modo que qualquer modificação em seu critério não poderia ter efeitos retroativos.

Isso claramente decorre dos princípios de legalidade e anterioridade da lei penal, previstos no art. 5º, inc. XXXIX da CF/88 “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”.

Tal previsão se assemelha ao previsto na CN argentina: “Art. 18. – nenhum habitante da Nação pode ser penalizado sem juízo prévio fundado em lei anterior ao fato do processo, [...]” (tradução do autor). Com base nesse dispositivo a SCJN havia estabelecido, no *fallo* ‘Mirás’⁴⁶, que a prescrição cabe no conceito de ‘lei penal’ para fins de aplicação do princípio de irretroatividade⁴⁷.

Mas, além disso, o princípio de irretroatividade da lei penal se vê reforçado uma vez mais no Brasil com sua direta previsão constitucional, ressalvando-se somente a retroatividade da *‘novatio legis in melius’* (CF, art. 5º, inc. XL – a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu).

De maneira que, sendo considerado que a prescrição tem conteúdo material (sendo objeto da lei penal⁴⁸), não haveria como se desconsiderar a proibição constitucional de retroatividade contida na expressão ‘a lei penal não retroagirá’.

45 STF, HC 74695, Relator(a): Min. Carlos Vissoso, Segunda Turma, julgado em 11 de março de 1997, DJ 09-05-1997.

46 CSJN, “S.A. Guillermo Mirás C.I.F. c. Administración Nacional de Aduanas”, Fallos 287:76 (1973).

47 Entretanto, no *fallo* ‘Arancibia Clavel’ essa Corte afirmou que o fundamento do instituto da prescrição não se aplicaria aos crimes contra a humanidade.

48 Inclusive, foi justamente por se entender que a prescrição tem caráter misto (com conteúdo material e processual), que não foi aceita a aplicação retroativa da alteração legislativa (por meio da lei 9.271/96) do art. 366 do Código de Processo Penal que veio a prever a suspensão da prescrição: “Art. 366. Se o acusado, citado por edital, não comparecer, nem constituir advogado, ficarão suspensos o processo e o curso do prazo prescricional, podendo o juiz determinar a produção antecipada das provas consideradas urgentes e, se for o caso, decretar prisão preventiva, nos termos do disposto no art. 312.”



MANIFESTAÇÃO DE ESTUDANTES REALIZADA NA 70ª CARAVANA DA ANISTIA DURANTE O 53º CONGRESSO DA UNIÃO NACIONAL DOS ESTUDANTES (UNE), GOIÂNIA, 8 DE JUNHO DE 2013.

FONTE: ACERVO DA COMISSÃO DE ANISTIA.

Segundo Carrió⁴⁹, essa interpretação ampla do princípio de legalidade (com base na irretroatividade) representaria uma autolimitação generosa por parte do Estado. Para o autor, a referência à anterioridade da lei penal serve somente para possibilitar ao cidadão adequar suas condutas aos mandados do legislador, o que não incluiria normas sobre prescrição já que “uma coisa é dizer que quem delinque o faz sabendo que sua conduta será reprimida como delito, e por isso o reproche, e outra é que o delinquente tenha, além disso, um direito a que a ação penal derivada de seu delito prescreva em determinado momento”⁵⁰ (tradução do autor).

49 CARRIÓ, Alejandro “Principio de legalidad y crímenes aberrantes: una justificación alternativa a su imprescritibilidad”, LL 2004 – E – 122. p. 127-128.

50 CARRIÓ op. cit., p. 128.



De fato, a prescrição já tem um caráter autolimitativo do poder estatal. Além disso, considerá-la como inclusa no conceito de lei penal (com suas limitações à irretroatividade) representa uma dupla limitação estatal. Desta maneira, existem duas autolimitações estatais a serem consideradas.

Primeiro, a própria prescritibilidade dos crimes. Segundo, a irretroatividade de qualquer lei que pretenda fazer mudanças nos períodos prescricionais ou declarar um ato como sendo imprescritível.

Para tanto, se demonstra interessante buscar respostas no direito alemão, onde o princípio de retroatividade recebe um tratamento diferente do recebido no Brasil e na Argentina.

Respeito à primeira autolimitação, conforme já referido, no Brasil⁵¹ não há uma garantia constitucional à prescritibilidade dos crimes. E quanto à segunda limitação (irretroatividade das leis que façam mudanças no período prescricional), essa é aplicada sem exceções no direito penal brasileiro.

Esse entendimento colide com a opinião de Nino⁵², para quem a modificação com efeitos retroativos nos critérios de prescrição não viola o princípio que proíbe a legislação retroativa. Para o autor, a proibição de retroatividade tem que ver com a necessidade de consentimento de cada

um em assumir a responsabilidade do castigo, o que se limita às circunstâncias da legalidade do ato, não abarcando outras condições como a prescrição.

Assim, refere que⁵³:

Quando um novo crime é criado e/ou modificado, ou o castigo que o acompanha é ampliado, isto desconsidera o requisito do consentimento. Mas o consentimento está somente ligado ao conhecimento daquelas circunstâncias que são relevantes para a ilegalidade do ato – o fato de que este é um dos atos que a lei busca prevenir por meio do castigo – e não ao de outras condições fáticas ou normativas para realmente impor o castigo.

O sistema de prescrições não é relevante para a legalidade do ato. (Tradução do autor).

51 E assim também na Argentina, onde, inclusive, tem hierarquia constitucional a CICGeLH.

52 NINO, Carlos (2006). *Juicio al mal absoluto*. – 1ª ed. – Buenos Aires: Ariel. traducido por: Martín F. Böhmer, p. 255.

53 NINO op. cit., p. 255.



Nesse ponto, cabe referir também a teoria de Carrió⁵⁴, baseada na ideia de reciprocidade de Lon Fuller, de que nos crimes cometidos com base no apoio de um Estado subvertido não cabem as mesmas autolimitações estatais e o princípio de legalidade restaria mitigado – não abarcaria o direito a que a ação prescreva no momento determinado pela lei da época do crime⁵⁵.

Não obstante, nenhuma das soluções apontadas (nem sequer a mais estreita proposta por Carrió, a limitar a descon sideração da irretroatividade somente aos casos de crimes praticados com o apoio de um Estado subvertido) parece se adaptar ao disposto na CF brasileira, onde claramente se proíbe qualquer aplicação retroativa em prejuízo do acusado.

Nesse sentido, ao falar sobre ‘*novatio legis in pejus*’ cuja retroatividade restaria proibida, Jesus⁵⁶ refere os seguintes casos:

9º) A lei nova exclui causas de extinção de punibilidade.

Quando isso ocorre, o Juiz deve aplicar a lei antiga, mais benéfica, declarando extinta a punibilidade. A lei nova, não obstante em vigor, não retroage por ser mais severa.

10º) A lei nova mantém causas de extinção da punibilidade, mas dificulta a sua ocorrência.

Ex.: a lei nova amplia o prazo prescricional.

Conforme se observa, tanto uma norma que viesse a estipular a imprescritibilidade de um crime quanto uma que apenas ampliasse prazos prescricionais unicamente poderiam aplicar-se para o futuro.

De maneira que a única exceção possível – no que se refere à aplicação retroativa da ‘lei penal’ – seria marcada justamente pelos ‘crimes reconhecidos pela comunidade internacional’ (novamente o art. 15.2 do PIDCP). Isso, considerando-se que, sendo possível a aplicação retroativa de tipos penais, claramente também o seria a aplicação de prazos prescricionais mais gravosos (sendo aplicável o mais, também o seria o menos).

54 CARRIÓ, op. cit., p. 126-128.

55 Com isso parece concordar a CSJN no fallo ‘Mazzeo’ (CSJN, “*Mazzeo, Julio Lilo y otros s/casación e inconstitucionalidad*”, sentencia de 13 de julio de 2007):

16. Que es posible señalar que existía, a la fecha de comisión de los actos precisados, un orden normativo formado por tales convenciones y por la práctica consuetudinaria internacional, que consideraba inadmisibile la comisión de delitos de lesa humanidad ejecutados por funcionarios del Estado y que tales hechos debían ser castigados por un sistema represivo que no necesariamente se adecuara a los principios tradicionales de los estados nacionales para evitar la reiteración de tales aberrantes crímenes (considerando 57 del voto del juez Maqueda in re: “Arancibia Clavel” – Fallos: 327:3312 -). (Grifos nossos).

56 JESUS, Damásio E. de (1995). Direito Penal. Vol. 1, Parte Geral, 19ª ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, p. 73.

No entanto, ao se analisar a aplicabilidade retroativa de modificações no regime prescricional, com base no art. 15.2 do PIDCP, há que diferenciar dois casos.

O primeiro refere-se aos casos de novos tipos penais, aceitos de acordo com a comunidade internacional, que, em razão da falta de tipificação prévia no plano interno que possibilitasse a sanção dos fatos (com um mínimo grau de razoabilidade), no momento em que cometidos, devem ser aplicados retroativamente. Nesse caso, não havendo como se sancionar o crime no momento dos fatos, tampouco se poderia falar no curso do prazo prescricional que não começara em razão da falta da necessária contingência da punição (a respeito, veja-se mais abaixo, item 2.3.2). De modo que, nesses casos, sequer se aplicam as modificações na prescrição de maneira retroativa, já que o prazo prescricional somente começa com a tipificação do crime em momento posterior.

O segundo caso refere-se àquelas situações em que, mesmo vindo a ser tipificado posteriormente um crime reconhecido pela comunidade internacional, já houvesse internamente, no momento dos fatos, um tipo penal com características suficientes para possibilitar a sanção do crime com um mínimo grau de razoabilidade. Em tais situações, conforme já referido, entendemos que o novo tipo não deve retroagir, por ser desnecessária e desproporcional essa violação à segurança jurídica. No entanto, não obstante não possa retroagir o tipo penal, nos parece que as modificações no prazo prescricional, por não confrontar tão diretamente o princípio de legalidade, possam perfeitamente retroagir e aplicar-se, respeitado o tipo penal vigente ao momento dos fatos.

Assim, utilizando-se como exemplo o caso do desaparecimento forçado de pessoas, caso venha a ser tipificado no Brasil, suas especificidades (ampliação de prazo, ou, inclusive, declaração de imprescritibilidade), no que se refere ao prazo prescricional, poderiam retroagir e se aplicar aos crimes de desaparecimento forçado ocorridos com posterioridade a 6 de julho de 1992, não obstante deva ser mantida a tipificação do crime de sequestro para os fatos⁵⁷.

Nesses casos, caberia discutir se tal aplicação retroativa concerne somente às situações em que o prazo prescricional não se tenha esgotado antes da promulgação interna das referidas Convenções que preveem a imprescritibilidade ou a ampliação dos prazos.

Para tanto, se demonstra interessante buscar respostas no direito alemão, onde o princípio de retroatividade recebe um tratamento diferente do recebido no Brasil e na Argentina. Nesse país,

⁵⁷ Sem olvidar que, estando ainda em permanência o desaparecimento forçado, a nova lei (incluindo tipo e prazo prescricional) aplica-se diretamente aos atos consumativos posteriores a sua entrada em vigor. De modo que o raciocínio exposto acima se refere aos crimes de desaparecimento forçado cessados com anterioridade à futura tipificação interna desse crime.

os tribunais solucionaram o problema das leis que iam prorrogando os prazos de prescrição dos crimes contra a humanidade – ocorridos na Segunda Guerra Mundial – afirmando que o princípio de legalidade se referiria somente ao desde quando se vai perseguir alguém por algum fato. Com relação ao até quando, isso seria uma questão de perseguibilidade, e não de punibilidade. De acordo com Mañalich⁵⁸, o Tribunal Constitucional Federal alemão (1969, BverfGE 25, 269 ss.), em que pese fazer a diferenciação entre condições de punibilidade e de perseguibilidade (na qual se enquadraria a prescrição), em respeito à proteção da confiança e à segurança jurídica, aceitou a aplicação de modificações aos prazos prescricionais somente nos casos em que os prazos não se encontravam vencidos (retroatividade imprópria), ressaltando os casos em que esses já haviam decorrido totalmente (retroatividade própria).

De fato, as situações são díspares: no primeiro caso, quando não vencidos os prazos prescricionais, se desconsidera uma mera expectativa de direito do criminoso, ao passo que, no segundo, se violaria um direito já alcançado por ele, violando a previsão constitucional da proteção ao ato jurídico perfeito (CF brasileira, art. 5º, inc. XXXVI⁵⁹).

Aplicando-se o mesmo raciocínio ao caso brasileiro, em respeito à proteção da confiança e à segurança jurídica, as Convenções ratificadas pelo Brasil que prevejam modificações agravantes nos regimes prescricionais (seja ampliando prazos ou declarando a imprescritibilidade) de ‘crimes reconhecidos pela comunidade internacional’, teriam aplicação ‘retroativa’ (limitada a 06 de julho de 1992⁶⁰), quando constatado que o prazo prescricional previsto para o tipo penal existente ao momento dos fatos ainda não se esgotara antes da promulgação interna do tratado internacional que previu a modificação no referido prazo⁶¹.

A única exceção ao caso (ou seja, aplicação das modificações nos critérios de prescrição mesmo nos casos em que já esgotado o prazo de acordo com o tipo existente no momento dos fatos) seria a consideração de que a imprescritibilidade⁶², ou mesmo a necessidade de prazos mais largos de

58 MAÑALICH, Juan Pablo (2010). *Terror, pena y amnistía. El derecho penal ante el terrorismo de Estado*. Editorial Flandes Indiano, Santiago, p. 219-220 e 229.

59 XXXVI – a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada; (grifos nossos).

60 Sua aplicação a períodos anteriores somente seria possível a partir da consideração de que a norma do art. 15.2 do PIDCP faz parte do *jus cogens*. Entretanto, conforme já referido, a confirmação de tal hipótese, bem como a definição sobre desde quando tal norma faria parte do *jus cogens* não é objeto do presente estudo.

61 Como referido, no caso de não existir na época dos fatos tipo penal que possibilite sancionar de maneira minimamente razoável o crime reconhecido pela comunidade internacional, o novo tipo se aplica retroativamente, juntamente com suas normas prescricionais (não obstante, em verdade, não se possa falar em aplicação retroativa no caso das disposições sobre prescrição já que, ausente a contingência da punição, o prazo prescricional sequer havia começado a correr).

62 Desse modo, persiste a diferente hipótese de aplicação da imprescritibilidade dos crimes contra a humanidade, defendida no presente trabalho, a períodos muito anteriores a 1992 (não baseadas no art. 15.2 do PIDCP, mas sim no direito consuetudinário internacional com caráter *jus cogens*), a ser analisada no item 2.2.4, abaixo.

prescrição⁶³, já existia no momento dos fatos, de acordo com o direito internacional, em caráter *jus cogens*. No entanto, com isso, necessariamente se cai no direito consuetudinário (critério analisado no item 2.2.4, abaixo), e não na aplicação retroativa de convenções internacionais, objeto do presente item.

De modo que, considerando-se os tratados referidos, ETPI (já ratificado pelo Brasil) bem como CIGeLH, CIDFP e CDF (ainda pendentes de ratificação), se vislumbra que, por se tratarem de crimes reconhecidos pela comunidade internacional⁶⁴, o art. 15.2 claramente possibilitaria, em tese, a aplicação retroativa no Brasil de suas previsões sobre prescrição a todos os fatos posteriores a 06 de julho de 1992 (caso o prazo prescricional do tipo previsto à época dos fatos não tenha se esgotado).

Mas, conforme o observado, tal critério não serve para possibilitar a sanção (de acordo com o critério da dupla subsunção) dos crimes contra a humanidade cometidos no Brasil durante a última ditadura militar. De modo que a única possibilidade volta a ser a da comprovação da existência de um costume internacional com caráter *jus cogens* nesse sentido vigente já no momento dos fatos (conforme analisado abaixo, item 2.2.4), e não a aplicação retroativa de alguma Convenção internacional.

2.2.2. Utilizando a imprescritibilidade em razão da aplicação retroativa do art. 5º XLIV da CF⁶⁵

Na verdade, nesse item, não se está tratando de um caso de dupla subsunção com base no direito internacional, já que a imprescritibilidade estaria prevista na própria Constituição nacional.

63 Assim, como um indício de tal costume, se pode referir a Convenção Interamericana sobre Desaparecimento Forçado de Pessoas (1994) ao prever:

“Artigo 7º

A ação penal decorrente do desaparecimento forçado de pessoas e a pena que for imposta judicialmente ao responsável por ela não estarão sujeitas a prescrição. No entanto, quando existir uma norma de caráter fundamental que impeça a aplicação do estipulado no parágrafo anterior, o prazo da prescrição deverá ser igual ao do delito mais grave na legislação interna do respectivo Estado Membro.” (Grifos nossos).

A situação, entretanto, é hipotética, dado que o Brasil ainda não ratificou a Convenção Interamericana acima referida. Ademais, caso isso venha a ocorrer, cabe referir que no Brasil não há uma norma fundamental que proíba a imprescritibilidade, de modo que essa seria a regra aplicável e não a exigência de aplicação de um período largo de prescrição.

Da mesma maneira, na Convenção Internacional para a Proteção de todas as Pessoas contra o Desaparecimento Forçado (2002):

“Artigo 8

Sem prejuízo do disposto no Artigo 5,

1. O Estado Parte que aplicar um regime de prescrição ao desaparecimento forçado tomará as medidas necessárias para assegurar que o prazo da prescrição da ação penal:

a) Seja de longa duração e proporcional à extrema seriedade desse crime” (grifos nossos).

64 Nos casos de crimes comuns, a norma que venha a prever sua imprescritibilidade não teria aplicação retroativa nenhuma.

65 Art. 5º, inc. XLIV – constitui crime inafiançável e imprescritível a ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático.

Por isso a colocamos de maneira apartada do item anterior, embora sua possibilidade de aplicação também sofra a mesma dificuldade lá apontada, no que se refere aos fatos anteriores à CF/88.

Primeiro, cabe referir que a norma se aplica perfeitamente a golpes de Estado, como o ocorrido no Brasil em 1964.

Sobre isso, parece claro que, se a lei maior prevê a não aplicabilidade da prescrição aos crimes daqueles que tentam mudar o regime legal vigente, com maior razão, esta regra também deve permanecer, caso tal grupo saia vitorioso e logre usurpar o poder estatal, cometendo crimes contra a humanidade e contra os opositores políticos⁶⁶.

Se não fosse assim, a norma constitucional somente teria aplicação caso o grupo criminoso fosse derrotado. É verdade que, em caso de vitória, o usurpador pode mudar o sistema legal e esquivar-se da sanção. Entretanto, a validade da Constituição permanece⁶⁷, sendo uma perene ameaça para o grupo, caso venha a perder futuramente o poder.

Mesmo assim, não há como desconsiderar que tal norma somente pode aplicar-se para o futuro, não abarcando os crimes cometidos pelos agentes do Estado na última ditadura no Brasil⁶⁸.

Ao referir-se aos dois casos de imprescritibilidade previstos na CF/88 (a ação de grupos armados contra a ordem constitucional referida no art. 5º, inc. XLV e o crime de racismo referido no art. 5º, inc. XLII), Jesus⁶⁹ refere que esses não poderiam ser aplicados aos crimes cometidos anteriormente, sob pena de violar o princípio de irretroatividade penal previsto no art. 5º inc. XL da mesma CF. Assim, refere que “Os incisos XLII e XLIV, embora situados na CF, contêm normas penais. Por isso, prejudiciais ao agente, não têm efeito retroativo. Não obstante seja discutível o tema, não vemos como possa a Carta Magna desobedecer ao seu próprio mandamento”.

66 A respeito da similaridade entre tal norma e o conceito de crime contra a humanidade, observam GOMES e MAZZUOLI (2011, p. 95) que:

“A rigor, não se pode afastar a relação (bastante íntima) entre a imprescritibilidade contemplada no art. 5º, LIV, da Carta de 1988 (ação de grupo armado contra o Estado Democrático), e a definição de crime contra a humanidade. Se se prestar bem atenção, ver-se-á que apenas faltou a Constituição brasileira mencionar as notas da generalidade ou sistematicidade e dos ataques contra a população civil. De resto, tudo da definição de crime contra a humanidade está no texto constitucional brasileiro”.

67 Ademais, aqui se encontra a importância do direito internacional ao determinar a imprescritibilidade ou mesmo ao reforçar a imprescritibilidade de normas como a do art. 5º, inc. LIV da CF, que podem necessitar aplicação justamente em contextos onde o direito interno costuma ser desconsiderado por um poder de fato.

68 A única exceção seriam os crimes permanentes cuja consumação se prolongara até período posterior à CF/88. A respeito, veja-se nota de rodapé nº 68, abaixo.

69 JESUS op. cit., p. 25.

Inclusive, em um caso em que se aceitou a aplicabilidade deste dispositivo aos crimes cometidos pelos agentes do Estado no Brasil na última ditadura, o Juiz⁷⁰ o fez sem aceitar sua retroatividade.

2.2.3. Utilizando a imprescritibilidade em razão da aplicação retroativa⁷¹ da Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH)

O tema se demonstra interessante considerando que, além dos fatos criminosos dos agentes do Estado serem anteriores à ratificação da CADH por parte do Brasil, também a lei de anistia o foi.

Para o caso cabe citar Méndez e Covelli⁷², para quem:

5. No caso da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, a obrigação geral de perseguir, investigar e punir os responsáveis por graves violações dos direitos humanos e de crimes de lesa-humanidade é uma obrigação que nasce para o Estado a partir do momento da ratificação da Convenção, e é exigível em relação a atos constitutivos desse tipo de violações e crimes, cometidos antes de sua ratificação e vigência pelo respectivo Estado. Portanto, pode-se dizer que, se o Estado do Brasil – como Estado Parte da Convenção – alega a prescritibilidade para não investigar nem punir os crimes de lesa-humanidade cometidos durante o período da ditadura (1964-1985), não estaria cumprindo as obrigações gerais do artigo 1.1 e estaria, desta forma, violando a Convenção.

Justamente aqui se encontra o ponto crucial da discussão: a aplicação retroativa da imprescritibilidade baseada no dever de garantia previsto no artigo 1.1 da CADH⁷³.

Sobre isso, se pode entender que a Corte IDH, órgão com atribuição para interpretar a CADH, se baseie nesse diploma normativo. Entretanto, dos argumentos expostos em suas decisões, se observa que, mais que em uma aplicação retroativa da CADH, a Corte IDH se baseia no caráter

70 Caso de investigação a respeito da vítima Flávio Carvalho Molina, em que o Juiz Ali Mazloum (da 7ª Vara Federal Criminal Federal de São Paulo, Proc. 2009.61.81.013046-8) não aceitou o requerimento de arquivamento proposto pelo Ministério Público Federal, argumentando que, ademais do crime de ocultação de cadáver ser permanente, sobre os atos posteriores à CF/1988 pairava a consequência da imprescritibilidade em razão do art. 5º, inc. XLIV daquela Carta.

71 Inicialmente, cabe referir que seria uma aplicação retroativa em razão de que a Convenção, mesmo sendo de 22 de setembro de 1969, somente ingressou em vigor em 18 de julho de 1978, posteriormente, portanto, à maioria dos crimes cometidos durante a ditadura militar no Brasil.

Além disso, o Brasil ratificou a Convenção em 25 de setembro de 1992 e a aprovou pelo Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992. Dessa maneira, em que pese o Brasil possa ser responsabilizado internacionalmente por continuar aplicando normas contrárias à CADH posteriormente a sua ratificação, a aplicabilidade interna de seus dispositivos, influenciando nos direitos dos cidadãos, não pode ocorrer por meio de uma aplicação retroativa.

72 MÉNDEZ e COVELLI, (2009, p. 408-409).

73 Argumento baseado na interpretação que faz a Corte IDH sobre o dever de garantia previsto no artigo 1.1 da CADH.

costumeiro internacional, existente no momento dos fatos, que proibia a prática dos crimes referidos e os consideravam imprescritíveis.

Assim, no âmbito interno, o que deve possibilitar a utilização da imprescritibilidade pelas justiças locais é o direito costumeiro e não a aplicação retroativa da CADH, o que claramente violaria a proibição de retroatividade.

De maneira que a imprescritibilidade ocorre em razão de um direito costumeiro, analisado no item 2.2.4 abaixo.

É justamente por isso que corresponde referir o equívoco em que ocorre a Corte IDH – e também os autores acima referidos – ao estender o efeito de imprescritibilidade agregando, além dos crimes contra a humanidade, também as “graves violações aos direitos humanos”.

Para aprofundar a discussão, cabe citar outra passagem do texto de Méndez e Covelli⁷⁴:

3. O Estado do Brasil está obrigado, nesta medida, por princípios de direito internacional geral, a perseguir e punir os crimes de lesa-humanidade⁷⁵ cometidos em seu território e/ou cometidos por seus agentes. Um não cumprimento destes princípios poderia ser também considerado uma infração do caráter imperativo da proibição de cometer crimes de lesa-humanidade. O Estado do Brasil está também obrigado, nestes mesmos termos, a perseguir e punir as muito graves violações dos direitos humanos, entre elas, as execuções extrajudiciais, a tortura e o desaparecimento forçado. (A nota de rodapé agregada é nossa).

Como se observa, a fundamentação inicialmente se baseia nos crimes contra a humanidade, como norma costumeira de direito internacional de caráter *jus cogens*⁷⁶ (de acordo ao defendido nesse trabalho), para sua posterior extensão às graves violações de direitos humanos, sem fazer nenhuma explicação, já que não se comprova o mesmo direito consuetudinário com relação a elas.

74 MÉNDEZ e COVELLI, op. cit., p. 408.

75 Entre esses, os autores incluem “os atos de sequestro, homicídio, falsidade ideológica e ocultação de cadáver” (ob. cit., p. 409). Ademais, como sendo ‘graves violações aos direitos humanos’, os autores referem as execuções extrajudiciais, a tortura e o desaparecimento forçado de pessoas. Para nós, ao contrário, são crimes contra a humanidade o sequestro, o homicídio (execução extrajudicial), a ocultação de cadáver, a tortura e a associação ilícita para cometer tais crimes (‘quadrilha ou bando’ no Brasil).

76 O mesmo ocorre no que se refere à anistia brasileira, que deve ser considerada inaplicável – ademais de outros fundamentos legais de caráter interno, conforme MARX (2013, Capítulo IV, item IV.4) – em razão de violar o direito costumeiro internacional. Considerando que a aplicação retroativa da CADH resulta proibida por violar a irretroatividade da lei penal, sua aplicação posterior – a obrigar o Estado a suprimir a lei de anistia – somente traz efeitos para a condenação internacional do Estado, não sendo suficiente para retirar a ultra-atividade benéfica de tal norma no que se refere aos perpetradores dos crimes.

Essa extensão, não baseada, por falta de comprovação, no caráter costumeiro, deveria se basear necessariamente na aplicação retroativa da CADH – conforme o dever de garantia previsto em seu art. 1.1 – o que não resultaria admissível por violar a proibição de retroatividade.

Em verdade, como se observa, a CADH não pode ser aplicada retroativamente em nenhum caso. Quando isso aparentemente ocorre, na verdade está sendo aplicado o direito costumeiro internacional (analisado no item que segue).

2.2.4. Utilizando a imprescritibilidade em razão de um direito costumeiro

Aqui se discute a possibilidade de se retirar a imprescritibilidade não de alguma norma internacional ratificada (ou mesmo de uma norma constitucional) posteriormente à prática dos crimes, mas sim do direito costumeiro internacional que a previa com caráter *jus cogens*, antes mesmo da ocorrência dos fatos. Assim, cabe discutir se isso violaria o princípio de irretroatividade da lei penal.

A esse respeito, refere Fávero⁷⁷ que:

A adoção da disciplina dos crimes contra a humanidade respeita os princípios da legalidade estrita e da anterioridade vigentes no direito penal brasileiro já que não se trata da utilização de nenhum tipo penal e de nenhuma pena que não estivesse descrita no Código Penal brasileiro à época dos fatos.

Trata-se tão somente de se considerar que institutos como o da prescrição e da anistia não se aplicam a este tipo de crime.

Ademais, cabe referir o argumento utilizado na Argentina pelo *Procurador General de la Nación* no *fallo* ‘Simón’⁷⁸, no sentido de que a exigência de lei escrita, baseada no critério democrático-representativo no âmbito nacional, claramente não poderia ser aplicada ao direito internacional, marcado pela ausência de um centralizado órgão legislativo (motivo pelo qual se aplica ao direito internacional a máxima *nullum crime sine eure* e não o *nullum crime sine lege*)⁷⁹.

77 FÁVERO op. cit., p. 218.

78 Item IX.6 do *dictamen* do *Procurador General* da Nação.

79 No mesmo sentido, o argumento defendido pelo Juiz Schfrin no *fallo* “Schwammberger”, de que o princípio de legalidade teria a finalidade de garantir a divisão de poderes no campo penal, e não a de estabelecer a prévia calculabilidade dos crimes. De modo que, inexistindo tal divisão de poderes na ordem internacional, o *nullum crime, nulla poena sine lege* “jugaria en ese plano internacional un rol contrario al que es su finalidad, ayudando a la opresión en lugar de preservar de ella” (consid. 32).



42 anos após a sua adoção no âmbito internacional, o Brasil permanece sem a devida ratificação da Convenção sobre Imprescritibilidade dos Crimes de Guerra e dos Crimes de Lesa-Humanidade.

Na Argentina, ao decidir a questão da imprescritibilidade dos crimes contra a humanidade cometidos no país, a Corte Suprema de Justicia Nacional entendeu que essa não violava o princípio de irretroatividade da lei penal previsto no art. 18 da Constitución Nacional (CN).

No *fallo* 'Arancibia Clavel', a imprescritibilidade foi aceita por cinco dos Ministros, sendo que, desses, somente dois (Petracchi e Boggiano) aceitaram a aplicação retroativa da CICGeLH. De fato, o fundamento que mais apoio recebeu dos Ministros daquela Corte Suprema (recebendo quatro votos – Zaffaroni, Highton, Maqueda e Boggiano⁸⁰) foi o

da aplicação da imprescritibilidade com base no costume internacional, que já reconhecia tais crimes como imprescritíveis no momento em que cometidos.

Com base nesse raciocínio, se entende que a imprescritibilidade dos crimes contra a humanidade ocorre dentro do direito costumeiro internacional, em caráter *jus cogens*, não resultando imprescindível a ratificação da CICGeLH.

Dessa maneira, a falta de ratificação da CICGeLH por parte do Brasil não representaria um problema, já que o que mais importa a respeito dessa Convenção é o fato de representar um forte indício da existência da imprescritibilidade dos crimes contra a humanidade – como costume internacional com caráter *jus cogens* – na época em que eles ocorreram nesse país⁸¹.

Nesse sentido, o voto do Juiz *ad hoc* Roberto de Figueiredo Caldas no caso Gomes Lund vs. Brasil:

27. Por outro lado, 42 anos após a sua adoção no âmbito internacional, o Brasil permanece sem a devida ratificação da Convenção sobre Imprescritibilidade dos Crimes de Guerra e dos Crimes de Lesa Humanidade, não obstante tê-la assinado. Essa omissão certamente foi fruto de pressão política daquele grupo de militares que praticou as atrocidades descritas neste processo. Entretanto, essa falta de ratificação é superada, pois, como já entendeu esta Corte, a sua observância obrigatória decorre do costume internacional e não do ato de ratificação. A imprescritibilidade desses

80 Este adotara os dois fundamentos.

81 Sobre o caráter costumeiro e *jus cogens* da imprescritibilidade, bem como a respeito de seu surgimento no tempo, veja-se MARX (2013, Capítulo II).

crimes surge como categoria de norma de Direito Internacional geral, que não nasce com a dita Convenção, mas sim é nela reconhecido (Caso Almonacid, parágrafos 152 e 153). (Grifos nossos).

Ademais, sobre a não ratificação da CIGGeLH por parte do Brasil, importa observar a jurisprudência da Corte Suprema do Chile (SCS), país que também não a ratificou.

No caso “Molco”^{82 83}, foram os delitos praticados pelos agentes do Estado, contra os opositores políticos, declarados pela Corte Suprema do Chile (SCS) como sendo contra a humanidade, e portanto imprescritíveis. Para tanto, em que pese o Chile não houvesse ratificado a CIGGeLH⁸⁴, a SCS lançou mão do direito consuetudinário, considerando que a imprescritibilidade já fazia parte deste antes mesmo de sua incorporação à CIGGeLH.⁸⁵

Inclusive, importa referir que a Suprema Corte do Chile fez essa consideração sem a necessidade de se basear em qualquer norma constitucional que fundamentasse a aplicação interna do direito internacional.

De fato, no caso argentino (*fallo* ‘Arancibia Clavel’ acima referido), a aplicação do costume internacional no plano interno, a possibilitar o entendimento hoje predominante em sua jurisprudência, vem fundada na aplicação do artigo 118 da CN que, conforme interpretado, determinaria a aplicação interna do direito de gentes⁸⁶.

Dessa maneira, se poderia discutir a possibilidade da aplicação do direito consuetudinário internacional no Brasil, em razão da falta de uma previsão constitucional a respeito do direito internacional (direito de gentes).

82 S.C.S., 13.12.2006, Rol n. 559-04 (homicídios de Hugo Vásquez Martínez y Mario Superby Jeldres).

83 Esse foi o primeiro caso onde se abandona a doutrina do conflito armado não internacional passando-se a entender que os crimes cometidos durante o período militar chileno configuravam crimes contra a humanidade e por tal razão seriam imprescritíveis e não anistiáveis. No Chile, os primeiros processos em que se desconsiderou a anistia ocorreram a partir do ano de 1998. Nessa primeira etapa, a Corte Suprema passou a entender que o Decreto lei de anistia violava as Convenções de Genebra ratificadas pelo Chile (pode-se citar o *fallo* S.C.S., 09.09.1998, rol n. 469-98 – desaparecimento de Pedro Poblete Córdova). Tal interpretação se baseou no entendimento de que os fatos ocorreram em um tempo em que o Chile se encontrava em um ‘estado o tempo de guerra’ (ou seja, um conflito armado não internacional – CANI), conforme declarado pelo próprio governo militar no Decreto lei n° 5 (de 12-09-1973) onde, interpretando o artigo 418 do Código de Justiça Militar, afirmava que o estado de sítio (imposto no dia anterior pelo Decreto lei n° 3, com base no estado de ‘conmoción interna’) agora se baseava no ‘estado o tiempo de guerra’.

84 Aqui houve uma mudança de opinião já que, anteriormente, no caso “Rioseco Montoya” (S.C.S., 04.08.2005, Rol N° 457-05) a Corte Suprema sustentou ser impossível recorrer-se à CIGGeLH, ou mesmo ao Estatuto da Corte Penal Internacional, instrumentos não ratificados e internalizados no direito chileno. Sendo assim, os crimes cometidos pelos agentes do Estado durante a ditadura não seriam classificados como sendo crimes contra a humanidade. No caso, não foi considerado o fundamento de imprescritibilidade com base no direito consuetudinário.

85 No mesmo sentido, a decisão da Corte IDH no caso “Almonacid Arellano vs. Chile”, parágrafo 153, *fine*.

86 A respeito, se entende que, no que se refere aos crimes de direito internacional, o artigo 118 representaria uma abertura constitucional a regras que lhe são próprias, como a aceitação do costume, sem que, com isso, resultasse violado o princípio de legalidade previsto no artigo 18.

Entretanto, isso não parece necessário, tal como o demonstra o caso chileno, toda vez que a adoção do direito internacional decorre claramente da necessária integração do país na comunidade internacional, tal como do disposto na Convenção de Viena sobre o direito cogente internacional.

Ademais, cabe referir que o Brasil reconheceu os princípios do ‘Direito de Gentes’ ao ratificar (em 04 de fevereiro de 1914, por meio do Decreto N° 10719) o Convênio IV da Haia relativo às Leis e Costumes da Guerra Terrestre (de 18 de outubro de 1907)⁸⁷⁸⁸.

Também o fez, ao ratificar (em 15 de abril de 1952, sendo promulgada em 6 de maio de 1952, por meio do Decreto N° 30.822) a Convenção para a Prevenção e Repressão do Crime de Genocídio (de 11 de dezembro de 1948), cujo art. 1° prevê que “As partes contratantes confirmam que o genocídio, seja cometido em tempo de paz ou em tempo de guerra, é um *crime do direito dos povos*, que desde já se comprometem a prevenir e a punir” (grifos nossos).

Por fim, cabe referir a ratificação por parte do Brasil do PIDCP, cujo art. 15.2 fala dos crimes reconhecidos pela comunidade internacional (independentemente de se aceitar a aplicação direta no direito brasileiro de sua retroatividade), abrindo caminho para a integração do costume internacional ao direito interno desse país (assim como o fez o art. 118 da CF argentina)⁸⁹.

Sendo assim, essa abertura (proporcionada pelos tratados referidos⁹⁰) às normas convencionais no Brasil abarcaria a possibilidade de se aplicar a norma consuetudinária internacional que contém a previsão, com caráter *jus cogens*, da imprescritibilidade dos crimes contra a humanidade.

2.3. SOLUÇÕES QUE NÃO PASSAM PELOS CRITÉRIOS

87 Consta do texto do Convênio: “Mientras que se forma un Código más completo de las leyes de la guerra las Altas Partes Contratantes juzgan oportuno declarar que en los casos no comprendidos en las disposiciones reglamentarias adoptadas por ellas las poblaciones y los beligerantes *permanecen bajo la garantía y el régimen de los principios del Derecho de Gentes* preconizados por los usos establecidos entre las naciones civilizadas, por las *leyes de la humanidad* y por las *exigencias de la conciencia pública*” (Grifos nossos). Outros tratados ratificados pelo Brasil no que se refere à guerra podem ser encontrados em <http://www2.mre.gov.br/dai/guerra.htm>.

88 Conforme referido pelos Procuradores da República que assinam a inicial da “Ação Civil Pública” n° 2008.61.00.0011414-5 contra a União Federal e os militares Carlos Alberto Brilhante Ustra e Audir Santos Maciel pelos fatos ocorridos no cemitério clandestino de “Perus”, em São Paulo, onde foram encontradas várias ossadas de dissidentes políticos.

89 Ou seja, mesmo que não se aceite que o art. 15.2 fosse suficiente para justificar uma violação frontal ao princípio de irretroatividade da lei penal, poderia aceitar-se sua aptidão para dar amparo à aplicação no direito interno de outras normas costumeiras internacionais.

90 A respeito, importa observar que mesmo o entendimento – a nosso ver equivocado – sobre a hierarquia meramente supralegal de referidos tratados não impede essa abertura ao direito internacional. De fato, os impedimentos legais que costumam ser desconsiderados com base no direito costumeiro internacional imperativo (tais como anistia e prescrição), tampouco possuem hierarquia constitucional no Brasil, sendo fruto de leis ordinárias.

ACIMA REFERIDOS

Observadas as possibilidades de sanção dos crimes contra a humanidade no direito brasileiro, com base nos critérios da aplicação retroativa de novos tipos penais e da dupla subsunção (em suas diversas hipóteses), nesse item, se pretende analisar as possibilidades que não passam por nenhuma das opções acima: a sanção dos crimes permanentes e a desconsideração da prescrição antes de afastadas as causas que impossibilitam a existência da contingência da punição.

2.3.1. Crimes permanentes

Conforme a jurisprudência da Corte IDH, o desaparecimento forçado de pessoas é considerado um crime continuado ou permanente⁹¹ que somente cessa no momento em que forem localizadas as pessoas desaparecidas ou esclarecidas suas mortes.

No Brasil, a iluminar o horizonte do possível juízo a tais crimes, com base em seu caráter permanente, se deve destacar o importante precedente jurisprudencial ocorrido no Processo de Extradicação nº 974, no qual foi determinada a extradicação para a Argentina do tenente-coronel uruguaio Manuel Juan Cordero Piacentini⁹², acusado de vários crimes, incluindo o desaparecimento forçado de pessoas, durante o regime militar uruguaio.

Neste caso, o Supremo Tribunal Federal brasileiro, por maioria, entendeu que o crime de sequestro, por seu caráter permanente, excluiria a incidência da prescrição e da anistia.

A respeito, cabe referir que no julgamento da ADPF nº 153⁹³, em 2010, alertava o Min. Marco Aurélio (fl. 154) que, ao declarar-se válida a lei de anistia brasileira, talvez fosse outro o entendimento no Processo de Extradicação nº 974 acima referido (ou seja, a extradicação não teria sido deferida em razão de que os fatos, no Brasil, resultariam anistiados⁹⁴).

Entretanto, em novo julgamento posterior à ADPF nº 153, no Processo de Extradicação nº 1150 em 2011, o STF veio novamente a deferir extradicação por crimes ocorridos na Argentina com anterioridade a 1979 (data da lei de anistia brasileira), amparando-se, para tanto, no caráter

91 Cabe observar que, no Brasil, o termo mais adequado seria crime permanente e não continuado (que teria que ver com a prática de vários crimes de maneira continuada nos quais, cumpridos determinados critérios, por ficção legal se considera que os demais crimes são a continuação do primeiro, aplicando-se a pena deste ou a do crime mais grave seguida de um aumento).

92 STF. Ext 974, Relator: Min. Marco Aurélio, Relator p/ Acordão: Min. Ricardo Lewandowski, Tribunal Pleno, julgado em 06/08/2009.

93 STF. ADPF 153. Relator Min. Eros Grau, julgamento em 29 de abril de 2010, DJE nº 83, divulgado em 10/05/2010.

94 Obviamente, cabe aqui uma crítica a respeito da eventual utilização de uma anistia interna como critério para indeferir extradicação por crimes cometidos no estrangeiro.



permanente do crime de 'sequestro qualificado' (desaparecimento forçado de pessoas).

Conforme o referido julgado:

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

(...); 4. Requisito da dupla tipicidade, previsto no art. 77, inc. II, da Lei n. 6.815/1980 satisfeito: fato delituoso imputado ao Extraditando correspondente, no Brasil, ao crime de sequestro qualificado, previsto no art. 148, § 1º, inc. III, do Código Penal; (); 6. Crime de seqüestro qualificado: de natureza permanente, prazo prescricional começa a fluir a partir da cessação da permanência e não da data do início do seqüestro. Precedentes; 7. Extraditando processado por fatos que não constituem crimes políticos e militares, mas comuns; (); 11. Extradicação parcialmente deferida pelos crimes de "desaparecimento forçado de pessoas," considerada a dupla tipicidade do crime de "seqüestro qualificado." (Ext 1150 – REPÚBLICA ARGENTINA. Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA. Julgamento: 19/05/2011. Órgão Julgador: Tribunal Pleno).

Da mesma forma, em setembro de 2012, a Segunda Turma do STF deferiu a extradição de Claudio Valejos para a República Argentina, em razão de crimes cometidos durante a ditadura militar naquele país.

A extradição foi deferida de maneira parcial, não abarcando os crimes de tortura e homicídio, os quais, de acordo com a Suprema Corte, se encontrariam prescritos.

Sendo assim, o pedido foi deferido somente no que se refere ao crime de desaparecimento forçado de pessoas – aceita a dupla tipicidade com base no crime de sequestro previsto no ordenamento brasileiro – em razão de seu caráter permanente. De acordo com o STF:

Extradução instrutória. 2. Crimes de tortura, homicídio, sequestro qualificado e desaparecimento forçado de pessoas. 3. Atendimento dos requisitos formais. 4. Dupla tipicidade. Desaparecimento forçado de pessoas. Análise da dupla tipicidade com base no delito de sequestro. Entendimento adotado na EXT 974/Argentina. 5. Prescrição dos crimes de tortura e homicídio, segundo o ordenamento jurídico brasileiro. 6. Pedido de extradição deferido sob a condição de que o Estado requerente assumira, em caráter formal, o compromisso de comutar eventual pena de prisão perpétua em pena privativa de liberdade, com o prazo máximo de 30 anos. [...]. 9. Pedido de extradição deferido parcialmente (somente em relação aos crimes de sequestro). (Ext 1274 – REPÚBLICA ARGENTINA. Relator: Min. GILMAR MENDES. Julgamento: 18/09/2012. Órgão Julgador: 2ª Turma, DJE 04.10.2012).

Essa interpretação, de fato, decorre do previsto no art. 111, inc. III, do Código Penal brasileiro, segundo o qual a prescrição começa a correr “nos crimes permanentes, do dia em que cessou a permanência”⁹⁵.

Não se desconsideram, aqui, as críticas à aplicação de tal critério – a desaparecimentos ocorridos a mais de três décadas – baseadas no fato de que o caráter permanente desse delito, em tais casos, violaria o princípio de realidade em razão de que as pessoas “claramente” já teriam morrido e de que, com o término das ditaduras, os acusados não teriam mais nenhum domínio de fato sobre a ocultação do crime.

Nesse sentido, Adriasola⁹⁶:

Não obstante, a aplicação do critério da permanência no caso de desaparecimento aparece como uma ficção. [...] Não é possível sustentar com lógica e racionalidade legal que o desaparecido continua privado de liberdade e na esfera de poder das pessoas que estão foram processadas por esse fato. O desaparecido ou está morto ou está já livre. O aparato de poder que propiciou o desaparecimento foi desmantelado e é um absurdo lógico sustentar que ao não haver aparecido o corpo continua a permanência delitual que impede o cómputo da prescrição. (Tradução do autor).

Entretanto, a posse pessoal de documentos sigilosos não divulgados, bem como as ameaças a possíveis testemunhas (elementos presentes no Brasil, principalmente no caso referente à ‘Guerrilha do Araguaia’) demonstram que o domínio sobre o fato, pelo menos no que se refere à

⁹⁵ A respeito, importa observar que, ao tempo dos fatos ocorridos na última ditadura no Brasil, isso também resultava aplicável, segundo a antiga redação do mesmo artigo da parte geral do Código Penal (antes da reforma de 1984): “**Art. 111. A prescrição, antes de transitar em julgado a sentença final, começa a correr: () c) nos crimes permanentes ou continuados, do dia em que cessou a permanência ou a continuação.**” Devo tal observação ao amigo e colega Procurador da República Andrey Borges de Mendonça.

⁹⁶ ADRIASOLA (2011, p. 324).

ocultação sobre o que ocorreu, bem como sobre o paradeiro das vítimas ou de eventuais restos mortais, permanece até os dias de hoje.

Além disso, não se pode desconsiderar que, para fins de sanção pelo crime de homicídio, se faz necessário o corpo de delito (mesmo que indireto, com meios suficientes para esclarecer as circunstâncias da morte), não bastando para tanto presumir o óbito.

Tampouco a previsão do art. 1º da Lei nº 9140/95⁹⁷, que reconhece como mortas as pessoas desaparecidas em tal contexto pode infirmar o acima referido. Tal norma foi criada com o fim de beneficiar os familiares das vítimas, lhes possibilitando receber indenizações e facilitando atos da vida civil, como questões de família e sucessões – algo inclusive já previsto no art. 6º da lei de anistia⁹⁸. Desse modo, de acordo com uma necessária interpretação teleológica, não se pode admitir que uma previsão legal, criada para beneficiar os familiares das vítimas, agora venha a ser interpretada de maneira a lhes restringir o exercício de um direito – no caso, o direito ao acesso à justiça. Isso, sem dúvida, seria uma desvirtuada e odiosa interpretação da norma.

Ademais, resulta claro que uma pessoa não pode morrer em razão de uma lei.

Inclusive pelo fato da própria lei (que pode ter efeitos unicamente civis) não haver criado uma presunção absoluta de morte. De fato, o art. 3º, parágrafo único, da lei refere que “em caso de dúvida, será admitida justificação judicial”.

De modo que, resultando impossível julgar os fatos como sendo crimes de homicídio, caso fosse desconsiderado também o delito de sequestro, os fatos resultariam impunes, algo claramente inaceitável.

97 Art. 1º. São reconhecidos como mortas, para todos os efeitos legais, as pessoas que tenham participado, ou tenham sido acusadas de participação, em atividades políticas, no período de 2 de setembro de 1961 a 5 de outubro de 1988, e que, por este motivo, tenham sido detidas por agentes públicos, achando-se, deste então, desaparecidas, sem que delas haja notícias.

98 Art. 6º. O cônjuge, qualquer parente, ou afim, na linha reta, ou na colateral, ou o Ministério Público, poderá requerer a declaração de ausência de pessoa que, envolvida em atividades políticas, esteja, até a data de vigência desta Lei, desaparecida do seu domicílio, sem que dela haja notícias por mais de 1 (um) ano.

§ 1º – Na petição, o requerente, exibindo a prova de sua legitimidade, oferecerá rol de, no mínimo, 3 (três) testemunhas e os documentos relativos ao desaparecimento, se existentes.

§ 2º – O juiz designará audiência, que, na presença do órgão do Ministério Público, será realizada nos 10 (dez) dias seguintes ao da apresentação do requerente e proferirá, tanto que concluída a instrução, no prazo máximo de 5 (cinco) dias, sentença, da qual, se concessiva do pedido, não caberá recurso.

§ 3º – Se os documentos apresentados pelo requerente constituírem prova suficiente do desaparecimento, o juiz, ouvido o Ministério Público em 24 (vinte e quatro) horas, proferirá, no prazo de 5 (cinco) dias e independentemente de audiência, sentença, da qual, se concessiva, não caberá recurso.

§ 4º – Depois de averbada no registro civil, a sentença que declarar a ausência gera a presunção de morte do desaparecido, para os fins de dissolução do casamento e de abertura de sucessão definitiva.

O prazo prescricional corre em razão da falta de atuação estatal frente a um fato punível. Tal circunstância claramente não se faz presente nos casos em que o próprio Estado, responsável pela persecução penal, não persegue os crimes nem permite sua persecução, em razão de ser ao mesmo tempo [...] o objeto da aplicação da sanção.

isso, sem prejuízo de que se aceite a tese aqui desconsiderada de que, com base na Lei nº 9.140, tais desaparecimentos devessem ser, a partir da data da lei (5 de dezembro de 1995), considerados como homicídio para fins de processo penal, já que, independentemente da roupagem que fosse dada aos fatos, eles claramente se enquadrariam na previsão de imprescritibilidade contida na norma constitucional supra referida.

2.3.2. A adoção do cômputo da prescrição somente depois de cessadas as causas responsáveis pela impossibilidade de sanção

Outra maneira de se possibilitar a persecução dos crimes cometidos pelos agentes do Estado durante a última ditadura militar brasileira seria a desconsideração do instituto da prescrição pelo tempo em que as investigações restaram impossibilitadas.

Nesse sentido, considerando a necessidade de impedir que governos autoritários se vejam liberados de seus crimes, graças a uma prescrição que escorre graças a sua própria inércia, refere

Assim sendo, até que reste esclarecido o paradeiro das vítimas ou de seus corpos, os fatos necessariamente devem ser processados como sendo crimes de sequestro.

Por fim, não se pode desconsiderar que sobre tais sequestros paira a causa de imprescritibilidade prevista no art. 5º, inc. LIV da CF/8899. De fato, considerando que o crime se prolonga mesmo depois da modificação legislativa, sua disposição se aplica de maneira imediata. Nesse sentido, o contido na Súmula 711 do STF: “A Lei penal mais grave aplica-se ao crime continuado ou ao crime permanente, se a sua vigência é anterior à cessação da continuidade ou da permanência”¹⁰⁰. E

⁹⁹ Conforme, inclusive, a decisão proferida pelo Juiz Federal Ali Mazloum no Processo nº 2009.61.81.013046-8 (7ª Vara Federal Criminal Federal de São Paulo), acima referido na nota de rodapé nº 68.

¹⁰⁰ A respeito, e com base no acima afirmado, cabe referir ainda que, vindo a ser tipificado o crime de desaparecimento forçado de pessoas no direito interno (com base nas Convenções internacional e americana sobre o tema), ou mesmo outro crime permanente, se poderia admitir a aplicação imediata dessas novas disposições aos crimes ainda em consumação.

Nino¹⁰¹, que “*as regras jurídicas que suspendem o sistema de prescrições quando as perseguições são impossíveis resultam atrativas, o que pode ser logrado extendendo retroativamente os términos ou declarando-os suspensos durante a ditadura*” (tradução do autor).

Com tal intenção, o legislador argentino, por meio da lei 25.188 de 1999 (Lei de ética da função pública), modificou o art. 67 do Código Penal¹⁰², incorporando uma cláusula suspensiva da prescrição ‘até o restabelecimento da ordem constitucional’ em casos de atentados contra a ordem constitucional ou o sistema democrático de governo referidos nos artigos 226 e 227 bis do Código Penal.

Essa norma na Argentina objetivou prevenir situações futuras, sem nenhuma intenção de retroatividade¹⁰³.

No Brasil, não existe nenhuma norma legal que suspenda a aplicação da prescrição, seja estendendo retroativamente os términos prescricionais, seja declarando suspensa a prescrição durante o tempo em que não resultara possível a punição.

De qualquer maneira, a solução do problema por meio de alguma lei que trouxesse algum desses artifícios confrontaria claramente a proibição de retroatividade da norma penal.

Desse modo, a única solução possível passaria pela inaplicabilidade judicial da prescrição baseada justamente na razão de ser do instituto. De fato, o prazo prescricional corre em razão da falta de atuação estatal frente a um fato punível. Tal circunstância claramente não se faz presente nos casos em que o próprio Estado, responsável pela persecução penal, não persegue os crimes nem permite sua persecução, em razão de ser ao mesmo tempo (na pessoa de seus agentes) o objeto da aplicação da sanção. Desta maneira, frente a tal fato, a aplicação do instituto da prescrição perde claramente sua razão de ser¹⁰⁴.

101 NINO op. cit., p. 255.

102 **ARTICULO 29.** – *Sustitúyese el artículo 67 del Código Penal por el siguiente:*

Artículo 67: La prescripción se suspende en los casos de los delitos para cuyo juzgamiento sea necesaria la resolución de cuestiones previas o prejudiciales, que deban ser resueltas en otro juicio. Terminada la causa de la suspensión, la prescripción sigue su curso.

[...]

El curso de la prescripción de la acción penal correspondiente a los delitos previstos en los artículos 226 y 227 bis, se suspenderá hasta el restablecimiento del orden constitucional.

103 Conforme resultou demonstrado ao longo desse trabalho, a solução argentina passou pela consideração de que os crimes cometidos pelos agentes do Estado durante a última ditadura configuraram crimes contra a humanidade imprescritíveis e não sujeitos a anistia de acordo com o direito internacional com caráter *jus cogens* desde a época dos fatos. Desse modo, não resultou necessária a adoção de nenhuma das soluções aqui apontadas por Nino (extensão retroativa do término das prescrições ou sua suspensão durante o período ditatorial).

104 Nas palavras de MAÑALICH (ob. cit., p. 213), ‘no parece haber razón alguna por la cual la extinción del derecho punitivo respectivo no pueda entenderse sujeta a la condición inmanente de que el ejercicio de la acción penal haya sido, desde el principio, institucionalmente posible’.

Assim, resulta perfeitamente plausível aceitar-se a inaplicabilidade da prescrição ao caso brasileiro em razão de que, por meio de uma plantada impossibilidade institucional, nunca houve, em verdade, a necessária ‘contingência da punição’ a possibilitar o início do prazo prescricional¹⁰⁵.

Nesse sentido, decidiu a Corte Suprema de Chile¹⁰⁶:

Se bem é certo que, no processo criminal, o Estado se submete a restrições instrumentais, formais, institucionais e, como neste caso, temporais e, em tal virtude, transcorrido um lapso de tempo mais ou menos prolongado, segundo qual seja a gravidade do delito, sem que a persecução se concrete na imposição ou na execução de um castigo, o Estado abandona, não o é menos que o que o estado de direito não autoriza é a manutenção indefinida da contingência de repressão. O que pressupõe, no entanto, que a punição tenha sido contingente por algum espaço de tempo o que, precisamente, não há ocorrido nos antecedentes de que se trata, dado que um delito coberto por uma anistia é um a respeito do qual a persecução penal se torna impossível por sua inibição, neste evento através do Decreto Lei N° 2.191 de mil novecentos e setenta e oito, o que provocou, por fim, que a respeito destes importantes sucessos, o cômputo do período de prescrição não começará a correr, senão uma vez que a supressão institucional da contingência da punição, a raiz da ruptura da ordem constitucional, acabara e se constitua um governo que outorgue as devidas garantias àqueles que se sentiam lesionados ou atropelados em seus direitos fundamentais consagrados em nossa Carta Magna [...]. (Tradução do autor).

De fato, tal razoamento hermenêutico resulta perfeitamente aplicável ao caso brasileiro onde a lei de anistia representou uma verdadeira supressão institucional da contingência da punição dos crimes cometidos pelos agentes do Estado no período da última ditadura militar brasileira.

Ademais, cabe referir que a falta da contingência da punição não resulta limitada ao período de aplicação da lei de anistia. Mesmo antes do surgimento de tal lei, a autoproteção concedida pelo Estado aos agentes que em seu nome cometiam crimes claramente configura uma situação em que a possibilidade de punição se encontrava bloqueada.

Nesse sentido, a construção feita pela jurisprudência federal alemã (BGH 40, 48, 113, 118) a respeito de um cessar fático da prescrição pelo período de 11 de outubro de 1949 a 2 de outubro de 1990 (com o fim de evitar que os fatos restassem prescritos antes da reunificação das

¹⁰⁵ Conforme ainda MÄNALICH (ob. cit., p. 215): ‘De cara a la institución de la prescripción, esto quiere decir lo siguiente: primero, que la prescripción de la acción penal es la institución que provee la demarcación de la extensión temporal de la contingencia (institucional) de la punición; y segundo, que la institución de la prescripción de la acción penal no puede reclamar aplicación allí donde la punición no ha sido (institucionalmente) contingente’.

¹⁰⁶ Corte Suprema de Chile. S.C.S., 10.05.2007, Rol n°. 3452-06, “caso Londres 38”, considerando septuagésimo cuarto.

Alemanhas Oriental e Ocidental), para os casos em que a persecução houvesse restado omitida em razão da explícita vontade da condução estatal e do partido, fosse por motivos políticos ou outras causas violatórias dos princípios vigentes em um Estado de Direito¹⁰⁷.

No caso brasileiro, o tempo da prescrição passou justamente por culpa, primeiro, da falta de interesse do Estado ditatorial em processar seus próprios crimes, e segundo, em razão de uma errônea aplicação da, desde sempre 'inconstitucional'¹⁰⁸, lei de anistia.

Ou seja, um obstáculo ilegal (a anistia) levou à ocorrência de outro obstáculo (prescrição) que, se não desconsiderado, levaria à conclusão de que o primeiro obstáculo ilegal alcançou total eficácia.

Nesse sentido, refere Dalbora¹⁰⁹ que:

Se a prescrição é uma manifestação da falibilidade e das limitações da justiça humana, que o Estado precisa aceitar na medida do que, sem ser buscado, se impõe como inevitável a homens e instituições, então devem ficar à margem do efeito extintivo de responsabilidades aqueles casos em que os órgãos estatais fizeram possível, com um aporte malicioso, ditas falibilidade e limitação. A inércia dos órgãos da persecução penal, ainda que alheia ao fundamento da prescrição, assume, nela, um significado que não se deve menosprezar. Esta inatividade representa uma condição de procedência da prescrição. Por isso, os prazos correm se e somente na medida em que o Estado possa e queira perseguir o delito ou impor a pena, mas, no caso, não o faz. Tais dados de fundo permitem extrair o corolário de que a provada falta de uma vontade real de sustentar a ação punitiva, ou a presença de superiores impedimentos jurídicos ou fáticos à persecução, faz com que os prazos não possam começar a correr, ou, o que é igual, que restaram suspensos desde o princípio. (Tradução do autor).

Sendo assim, não se pode aplicar a prescrição da mesma maneira para crimes comuns, onde se contesta a ordem estatal – que detém o poder de sancionar – e para crimes cometidos com o apoio do Estado¹¹⁰, onde justamente se utiliza o poder estatal para cometer crimes e ao mesmo tempo manter-se impune (inicialmente por sua própria inércia e depois com base em

107 Conforme AMBOS e MEYER-ABICH (2009, p. 453).

108 Tanto se analisada com base na CF/46, quanto na CF/88. Inclusive com base na autoritária Constituição Federal de 1967 o resultado seria o mesmo. Entretanto, no julgamento da ADPF, o STF considerou constitucional tal lei.

109 DALBORA (2007, p. 119).

110 Abarcados aqui os crimes contra a humanidade e inclusive o conceito mais amplo, utilizado pela Corte IDH, de 'graves violações aos direitos humanos'.

autoanistias, medidas que, somadas, levam a que o prazo normal de prescrição transcorra sem nenhum risco de sanção).

No mesmo sentido Bruera¹¹¹, com referência aos crimes contra a humanidade, para quem:

Estes delitos nunca deixam de ser vivenciais para a sociedade (são delitos contra a humanidade), mas, fundamentalmente não pode olvidar-se que estes crimes são geralmente praticados pelas mesmas agências punitivas, fora de controle estatal, pelo contrário perpetradas através do Estado, ou organizações vinculadas ao Estado, e um dos aspectos mais sobressalentes é que se organiza a impunidade desde o próprio Estado no momento em que se cometem, e inclusive se perpetua a mesma nos governos posteriores apelando a anistias e perdões contrários à normativa de gentes, e finalmente, logo após haver impedido que se fizessem os juízos no tempo devido, se invocam prescrições. (Tradução e grifos do autor).

Além disso, a autora conclui sua argumentação afirmando¹¹² que para esses crimes não seria razoável a extinção da ação penal pelo passar do tempo, já que “O contrário significaria uma violação do princípio de igualdade, que ademais está ínsito em todas as garantias constitucionais, já que os únicos delitos que não seriam perseguíveis seriam os delitos contra a humanidade, e reforçaria a seletividade deslegitimante do sistema penal” (tradução do autor).

Assim, no mínimo, em caso de não se aceitar a imprescritibilidade¹¹³ aos crimes contra a humanidade, o marco inicial do curso da prescrição deveria ocorrer, inevitavelmente, a partir do momento em que os obstáculos (inicialmente a vigência do governo despótico e depois a permanência de impedimentos legais, tal como a anistia) à investigação restassem excluídos¹¹⁴.

De modo que a prescrição poderia ter começado a correr no Brasil somente no caso de uma decisão favorável à ADPF n° 153, que declarasse sua inaplicabilidade aos crimes praticados pelos agentes do Estado. Entretanto, como isso não ocorreu (o STF julgou a ação improcedente), o prazo prescricional ainda permaneceria suspenso.

111 BRUERA, Matilde (2009). Em *Delitos de lesa humanidad: reflexiones acerca de la jurisprudencia de la CSJN* / coordinado por Rodolfo L. Vigo – 1° ed. – Buenos Aires: Ediar, 2009, p. 12

112 BRUERA op. cit., p. 13.

113 Por entendê-la inaplicável ao caso brasileiro – com o que obviamente discordamos – ou nos casos de graves violações aos direitos humanos que não se possam enquadrar no conceito de crimes contra a humanidade.

114 No mesmo sentido MAÑALICH (ob. cit., p. 232-233) com relação ao caso chileno, onde a lei de anistia (Decreto lei 2191) também impediu as persecuções penais, refere que ‘la determinación del momento en que el plazo de prescripción tendría que empezar (o volver) a correr en estos casos necesitaría hacerse depender, por lo mismo, de un reconocimiento institucional concluyente de la invalidez relativa del DL 2191’.

Com o julgamento, em 24/11/2010, do caso Gomes Lund vs. Brasil, por parte da Corte IDH, se poderia considerar que o prazo, finalmente, teria começado.

Entretanto, considerando-se a permanência da decisão do STF sobre a lei de anistia brasileira, bem como a quase inexistente prática do judiciário brasileiro em aplicar o controle de convencionalidade, se poderia argumentar que tal obstáculo ainda não resultara definitivamente excluído¹¹⁵. Isto poderia ocorrer no caso de um acolhimento pelo STF – como uma espécie de ação revocatória – dos embargos de declaração à decisão na ADPF nº 153, vindo a declarar a invalidade da lei de anistia.

Outra visão aceitável (e que nos parece a mais correta¹¹⁶) seria considerar-se que o prazo prescricional das graves violações de direitos humanos referidas começara a correr no Brasil em 14 de dezembro de 2010 (data em que o país foi notificado da decisão da Corte IDH no caso Gomes Lund vs. Brasil), sendo que, no eventual caso do judiciário brasileiro não aceitar a aplicação interna da decisão da Corte IDH (deferindo *habeas corpus* aos processados ou rejeitando as denúncias) o prazo prescricional estaria sujeito a uma causa suspensiva. Assim, o prazo somente retomaria seu curso depois de resolvida a questão, excluindo-se definitivamente a aplicação da lei de anistia.

3. AS DIFERENTES AMPLITUDES DOS CRITÉRIOS ADOTÁVEIS

Conforme o exposto, nem todos os critérios referidos pela doutrina ou mesmo aplicados em outros países resultam aplicáveis no Brasil.

Nesse sentido, não resultam aplicáveis para a sanção dos crimes ocorridos durante a última ditadura militar no Brasil os critérios da aplicação retroativa de tipos penais e o da ‘dupla subsunção’ baseado na imprescritibilidade ou aplicação de prazos mais largos de prescrição, em razão da aplicação retroativa de convenções internacionais que assim prevejam (ETPI, CICGLH, CDF e CIDFP), do art, 5º, inc. XLIV da CF ou mesmo da CADH (conforme a interpretação dada pela Corte IDH para a obrigação de garantia prevista em seu art. 1.1).

¹¹⁵ Para tanto, basta observar que as únicas ações penais instauradas no Brasil a respeito de crimes cometidos pelos agentes do Estado na última ditadura militar não enfrentam necessariamente a anistia por tratar do crime permanente de sequestro. E, mesmo assim, os juízes que rejeitaram essas denúncias utilizaram a anistia como um dos seus argumentos. Ou seja, a anistia continua impedindo a continência da punição no Brasil, não havendo que se falar no início da contagem da prescrição.

¹¹⁶ Revendo, assim, o entendimento exposto em Marx (2013, p. 250).

Porém, como plenamente suscetíveis de aplicação ao caso brasileiro, se apresentam os critérios de ‘dupla subsunção’ baseado na ‘aplicação da imprescritibilidade com base no direito costumeiro internacional’, da ‘adoção da prescrição somente depois de cessadas as causas responsáveis pela impossibilidade de sanção’ e dos ‘crimes permanentes’.

Dessa maneira, apresentados os critérios por meio dos quais seria possível a persecução dos crimes cometidos durante a última ditadura militar brasileira, cabe também referir suas diferentes amplitudes no que se refere aos tipos de crimes cometidos.

De fato, pelo critério da “dupla subsunção” baseado na “aplicação da imprescritibilidade com base no direito costumeiro internacional” (item 2.2.4), restariam passíveis de persecução os crimes contra a humanidade. Com isso, resultam excluídos os crimes cometidos pelos agentes opositores (que não cometeram crimes contra a humanidade¹¹⁷), bem como os crimes cometidos pelos agentes do Estado que não configurem crimes contra a humanidade (mesmo que consideradas “graves violações de direitos humanos”).

Já com base no critério da “adoção da prescrição somente depois de cessadas as causas responsáveis pela impossibilidade de sanção” (item 2.3.2), resultariam puníveis todos os crimes cometidos pelos agentes do Estado que estiveram protegidos da persecução penal (seja pela inicial proteção estatal seja por sua posterior inclusão entre os crimes sujeitos à aplicação da lei de anistia), independentemente de serem considerados crimes contra a humanidade. Por esse critério, resultariam excluídos somente os crimes cometidos pelos agentes opositores e aqueles cometidos pelos agentes do Estado, cuja persecução não resultava impedida¹¹⁸.

Por fim, pelo critério dos “crimes permanentes” (item 2.3.1), todos os crimes que ostentem essas características (exemplo: sequestro e ocultação de cadáver), poderiam ser perseguidos independentemente de configurarem crimes contra a humanidade e de serem cometidos pelos agentes do Estado ou pelos opositores do regime.

117 Para maior esclarecimento sobre o conceito de crimes contra a humanidade e sua aplicabilidade a agentes do Estado e a seus opositores, veja-se MARX (2013, capítulo II).

118 O que na prática não ocorreu no que se refere à lei de anistia brasileira, que fazia restrição somente a alguns crimes pelos quais já houvesse condenação – por óbvio de dissidentes do regime (lei 6683/79, art. 1º, § 2º – Excetuam-se dos benefícios da anistia os que foram condenados pela prática de crimes de terrorismo, assalto, sequestro e atentado pessoal) – e teve uma aplicação ampla no que se refere aos crimes cometidos pelos agentes do Estado. No entanto, em tese, principalmente no que se refere ao período anterior à anistia, restaria a possibilidade de se comprovar que alguns crimes cometidos por esses agentes não costumavam receber o apoio estatal, sendo normalmente processados (o que somente não teria ocorrido, então, por um lapso estatal que justificara a aplicação da prescrição ao caso).



4. CONCLUSÃO

Os critérios acima apresentados resumem, conforme entendemos, as possibilidades jurídicas de sanção dos crimes cometidos durante a última ditadura militar no Brasil, bem como suas diferentes extensões no que se refere aos tipos de crimes e de agentes a serem responsabilizados.

Conforme observado, é possível a sanção dos crimes referidos, permitindo o cumprimento da decisão da Corte IDH no caso ‘Gomes Lund e outros vs. Brasil’ e o exercício de um controle de convencionalidade com soluções que não ferem nossa normativa interna.

De modo que as investigações levadas a efeito atualmente pelo Ministério Público Federal encontram em nosso sistema jurídico – cotejadas com o direito internacional aplicável – mecanismos que possibilitam o processamento e a devida sanção desses crimes.

REFERÊNCIAS

AMBOS, Kai. *A parte geral do direito penal internacional : bases para uma elaboração dogmática / Kai Ambos*; tradução Carlos Eduardo Adriano Japiassú, Daniel Andrés Raisman; revisão Pablo Alfen, Fábio D’Ávila; atualização Kai Ambos, Miguel Lamadrid. – ed. Brasileira reform. e atual. – São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2008.

_____(2009). “El marco jurídico de la justicia de transición.” In *Justicia de Transición. Con informes de América Latina, Alemania, Italia y España*. Kai Ambos, Ezequiel Malarino y Gisela Elsner (editores). Konrad Adenauer Stiftung, 2009, p. 23-129.

AMBOS, Kai, MEYER-ABICH, Nils (2009). “Alemania. La superación juridicopenal de las injusticias y actos antijurídicos nacionalsocialistas y realsocialistas.” In *Justicia de Transición. Con informes de América Latina, Alemania, Italia y España*. Kai Ambos, Ezequiel Malarino y Gisela Elsner (editores). Konrad Adenauer Stiftung, 2009, p. 435-470.

CARAMUTTI, Carlos In *Delitos de lesa humanidad: reflexiones acerca de la jurisprudencia de la CSJN / coordinado por Rodolfo L. Vigo – 1º ed. – Buenos Aires: Ediar, (2009). p. 21-29.*

ADRIASOLA, Gabriel. “El proceso uruguayo de la dictadura a la democracia. Luces y sombras del derecho penal de transición en materia de violación a los derechos humanos ante los organismos internacionales.” In *Crimes da ditadura militar. Uma análise à luz da jurisprudência atual da Corte*

Interamericana de Direitos Humanos: Argentina, Brasil, Chile, Uruguai / Luiz Flávio Gomes, Valerio de Oliveira Mazzuoli, (organizadores). – São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 313-335.

BRUERA, Matilde, In *Delitos de lesa humanidad: reflexiones acerca de la jurisprudencia de la CSJN* / coordinado por Rodolfo L. Vigo – 1º ed. – Buenos Aires: Ediar, 2009, p. 7-16.

CARRIÓ, Alejandro. “Principio de legalidad y crímenes aberrantes: una justificación alternativa a su imprescritibilidad”, LL 2004 – E – 122. (2004).

DALBORA, José Luis Guzmán “El tratamiento de los crímenes internacionales en la jurisprudencia chilena: Una cabeza de Jano.” In *Lateinamerika Analysen* 18, 3/2007, S. 95-122, Hamburg: ILAS. (2007).

FÁVERO, Eugênia Augusta Gonzaga “Crimes da ditadura: iniciativas do Ministério Público Federal em São Paulo” In: SOARES, Inês Virgínia Prado; KISH, Sandra Akemi Shimada (coord.). *Memória e verdade: a justiça de transição no Estado Democrático Brasileiro*. Belo Horizonte: Fórum, 2009, pp. 213-232.

GOMES, Luiz Flávio (2009a). *Crimes contra a Humanidade: Conceito e Imprescritibilidade (Parte I)*. Disponível em <http://www.lfg.com.br>, 04 de agosto de 2009. Acesso em 02-12-2010.

_____ (2009b). *Crimes contra a Humanidade: Conceito e Imprescritibilidade (Parte II)*. Disponível em <http://www.lfg.com.br>, 05 de agosto de 2009. Acesso em 30-11-2010.

GOMES, Luiz Flávio e MAZZUOLI, Valerio de Oliveira (2011). “Crimes contra a humanidade e a jurisprudência do Sistema Interamericano de Direitos Humanos”. In *Crimes da ditadura militar. Uma análise à luz da jurisprudência atual da Corte Interamericana de Direitos Humanos: Argentina, Brasil, Chile, Uruguai* / Luiz Flávio Gomes, Valerio de Oliveira Mazzuoli, [organizadores]. – São Paulo : Editora Revista dos Tribunais.

JESUS, Damásio E. de (1995). *Direito Penal*. Vol. 1, Parte Geral, 19ª ed. rev. e atual. – São Paulo : Saraiva.

_____ (2001). *Prescrição penal*. – 14. ed. – São Paulo : Saraiva.

KRISTICEVIC, Viviana, Affonso, Beatriz. A importância de se fazer justiça – Reflexões sobre os desafios para o cumprimento da obrigação de investigar e punir os responsáveis em observância à sentença da Corte Interamericana no caso da Guerrilha do Araguaia. Em *Crimes da ditadura militar*.



Uma análise à luz da jurisprudência atual da Corte Interamericana de Direitos Humanos: Argentina, Brasil, Chile, Uruguai / Luiz Flávio Gomes, Valerio de Oliveira Mazzuoli, (organizadores). – São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 251-274.

MAÑALICH, Juan Pablo. *Terror, pena y amnistía. El derecho penal ante el terrorismo de Estado*. Editorial Flandes Indiano, Santiago. (2010).

MARX, Ivan Cláudio (2013). *Justicia Transicional. Necesidad y factibilidad del juicio a los crímenes cometidos por los agentes del Estado durante la última dictadura militar em Brasil*. 1ª ed. – La Plata: Ediciones Al Margen, Colección Éntasis.

MÉNDEZ, Juan E; COVELLI, Tatiana Rincón (2009). “Parecer Técnico sobre a natureza dos crimes de lesa-humanidade, a imprescritibilidade de alguns delitos e a proibição de anistias”. Elaborado pelo Centro Internacional para la Justicia de Transición (ICTJ) em 15 de setembro de 2008. In: SOARES, Inês Virgínia Prado; KISH, Sandra Akemi Shimada (coord.). *Memória e verdade: a justiça de transição no Estado Democrático Brasileiro*. Belo Horizonte: Fórum, 2009, pp. 369-409.

NINO, Carlos. *Juicio al mal absoluto*. – 1ª ed. – Buenos Aires : Ariel. traducido por: Martín F. Böhmer. (2006).

SABELLI, Héctor E . *Tiempo, Constitución y Ley Penal*. Héctor E. Sabelli y Alfonso Santiago. 1ª de. – Buenos Aires : Abeledo-Perrot. (2008).

UPRIMMY, Rodrigo Yepes (2006). “Las enseñanzas del análisis comparado: procesos transicionales, formas de justicia transicional y el caso colombiano” In *¿Justicia transicional sin transición? Verdad, Justicia y Reparación para Colombia*, Colección de Ensayos y Propuestas Nº 1, Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad (DeJuSticia), Bogotá, 2006, p. 18-44.

LISTA DE JULGADOS POR PAÍSES E TRIBUNAIS INTERNACIONAIS

ALEMANHA. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL FEDERAL ALEMÃO. BverfGE 25, 269ss, 1969.

ARGENTINA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA NACIONAL – CSJN, “S.A. Guillermo Mirás C.I.F. c. Administración Nacional de Aduanas”, Fallos 287:76 (1973).

_____. CSJN, “*Arancibia Clavel, Enrique L.*”, sentencia de 24 de agosto de 2004.

_____. CSJN, “*Simón, Julio H. y otros s/privación ilegítima de la libertad*”, S. 1767 XXXVIII, sentencia de 14 de junio de 2005.

_____. CSJN, “*Mazzeo, Julio Lilo y otros s/casación e inconstitucionalidad*”, sentencia de 13 de julio de 2007.

_____. *Cámara Federal de la Plata*, “*Schwammberger*” 30.8.1989, disponível em http://www.pjn.gov.ar/03_Buscador/Busqueda.Asp?texto=jurisprudencia. Acesso em 06-05-2010.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – STF – Pleno – HC n. 70.389-5-São Paulo – 23.7.1994 – v.u. – rel. p/ o acórdão Min. Celso de Mello.

_____. STF, HC 74695, Relator(a): Min. Carlos Velloso, Segunda Turma, julgado em 11/03/1997, DJ 09-05-1997.

_____. STF, RE 460971 / RS, Relator: Min. Sepúlveda Pertence, Primeira Turma, julgamento em 13 de fevereiro de 2007.

_____. STF, Ext 974, Relator: Min. Marco Aurélio, Relator p/ Acórdão: Min. Ricardo Lewandowski, Tribunal Pleno, julgado em 06/08/2009.

_____. STF, ADPF 153. Relator Min. Eros Grau, julgamento em 29 de abril de 2010, DJE nº 83, divulgado em 10/05/2010.

_____. STF, Ext. 1150. REPÚBLICA ARGENTINA. Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA. Julgamento: 19/05/2011. Órgão Julgador: Tribunal Pleno, DJE nº 116, divulgado em 16/06/2011.

_____. STF, Ext 1274 – REPÚBLICA ARGENTINA. Relator: Min. GILMAR MENDES. Julgamento: 18/09/2012. Órgão Julgador: 2ª Turma, DJE 04.10.2012.

_____. VARAS FEDERAIS. 8ª Vara Federal de São Paulo, Proc. nº 2008.61.00.011414-5.

_____. 7ª Vara Federal Criminal de São Paulo, Proc. 2009.61.81.013046-8.

CHILE. CORTE SUPREMA DE CHILE. S.C.S., 09.09.1998, Rol nº 469-98 (desaparición de Pedro Poblete Córdova).

_____. S.C.S, 04.08.2005, Rol nº 457-05, “*caso Rioseco Montoya*”.



_____. S.C.S, Sala Penal, 13.12.2006, Rol n°. 559-04, “caso Molco” (homicídios de Hugo Vásquez Martínez y Mario Superby Jeldres).

_____. S.C.S, 10.05.2007, Rol n°. 3452-06, “caso Londres 38”

COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Penal. *Caso César Pérez García*, 33118, 13 de mayo de 2010.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS – CORTE IDH. *Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C, N° 42.

_____. *Caso Gomes Lund e outros (Guerrilha do Araguaia) vs. Brasil*. Exceções preliminares, Fundo, Reparações e Custas. Sentença de 24 de novembro de 2010. Serie C, N° 219.

IVAN CLÁUDIO MARX

Procurador da República. Delegado da Polícia Federal (2003-2006). Coordenador do GT Justiça de Transição da 2ª CCR, Membro do GT Memória e Verdade da PFDC e representante do MPF no Grupo de Trabalho Araguaia. Doutor em Direito e Ciências Sociais pela Universidad del Museo Social, Argentina (2012). Postítulo en Derechos Humanos y Procesos de Democratización, na Universidad de Chile (2011).

RESUMO: O presente artigo tem como objetivo analisar as possibilidades jurídicas de sanção criminal aos crimes cometidos durante a última ditadura militar no Brasil. Nesse sentido, são apresentados os meios disponíveis para o exercício de um controle de convencionalidade adequado ao nosso sistema jurídico interno e identificadas as diferentes amplitudes dos critérios adotados com relação aos tipos de crimes e aos eventuais agentes passíveis de responsabilização.

PALAVRAS-CHAVE: Crimes contra a Humanidade; Direito Penal; Direito Internacional; Justiça de Transição; Brasil.

ABSTRACT: The purpose of this article is to analyze the legal possibilities of criminal sanction for the crimes committed during the last military dictatorship in Brazil. In this sense, the possible available means for the exercise of conventionality control in accordance to our domestic legal

system are presented and the different amplitude of adopted criteria concerning the types of crimes and agents that might be held accountable is identified.

KEY-WORDS: Crimes against Humanity; Criminal Law; International Law; Transitional Justice; Brazil.



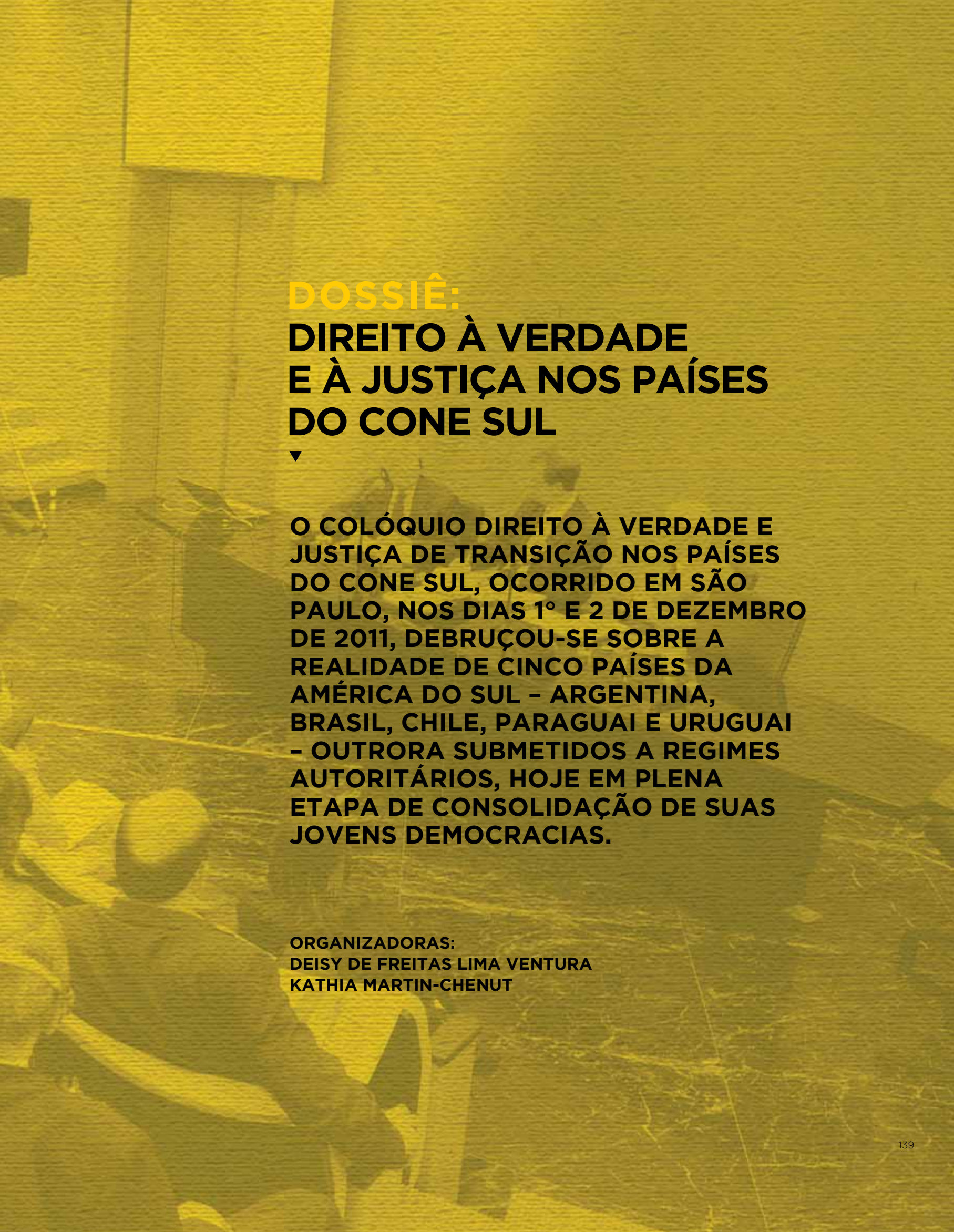
APRESENTAÇÃO DE JOVENS DURANTE O SEMINÁRIO MEMÓRIA E COMPROMISSO, REALIZADO EM PARCERIA COM A CONFERÊNCIA NACIONAL DOS BISPOS DO BRASIL, BRASÍLIA, EM 26 DE JUNHO DE 2013.

FONTE: ACERVO DA COMISSÃO DE ANISTIA.

FOTOS: COLÓQUIO INTERNACIONAL DIREITO À VERDADE E À JUSTIÇA
NOS PAÍSES DO CONE SUL, SÃO PAULO, DEZEMBRO DE 2011.

FONTE: ACERVO DA COMISSÃO DE ANISTIA.





DOSSIÊ:
**DIREITO À VERDADE
E À JUSTIÇA NOS PAÍSES
DO CONE SUL**



O COLÓQUIO DIREITO À VERDADE E JUSTIÇA DE TRANSIÇÃO NOS PAÍSES DO CONE SUL, OCORRIDO EM SÃO PAULO, NOS DIAS 1º E 2 DE DEZEMBRO DE 2011, DEBRUÇOU-SE SOBRE A REALIDADE DE CINCO PAÍSES DA AMÉRICA DO SUL - ARGENTINA, BRASIL, CHILE, PARAGUAI E URUGUAI - OUTRORA SUBMETIDOS A REGIMES AUTORITÁRIOS, HOJE EM PLENA ETAPA DE CONSOLIDAÇÃO DE SUAS JOVENS DEMOCRACIAS.

**ORGANIZADORAS:
DEISY DE FREITAS LIMA VENTURA
KATHIA MARTIN-CHENUT**



INTRODUÇÃO

O balanço das violações de direitos humanos cometidas durante os regimes militares que afligiram a América Latina na segunda metade do século XX é severo, mas ainda está inacabado. Quando as transições dos regimes autoritários para a democracia tiveram início, elas privilegiaram uma política de perdão e esquecimento, por meio das leis de anistia. Porém, num segundo momento, os processos de consolidação do Estado de Direito ensejaram o questionamento de tais leis. Também emergiu, nos países do Cone Sul, a preocupação de construir uma memória nacional coletiva, e de reconhecimento da responsabilidade do Estado nas graves violações cometidas durante este período.

O Colóquio *Direito à verdade e justiça de transição nos países do Cone Sul*, ocorrido em São Paulo, nos dias 1º e 2 de dezembro de 2011, debruçou-se sobre a realidade de cinco países da América do Sul – Argentina, Brasil, Chile, Paraguai e Uruguai – outrora submetidos a regimes autoritários, hoje em plena etapa de consolidação de suas jovens democracias. Tais Estados são, ademais, integrados ao Mercosul (o Chile como país associado), conformando um espaço de intercâmbio econômico e de harmonização do direito em que a cooperação internacional em matéria penal é favorecida. Os Estados em questão também foram palco da *Operação Condor*, vasto plano de repressão que reuniu as forças de segurança e os serviços secretos latino-americanos, com o objetivo de combater, ou mesmo eliminar, os opositores políticos às ditaduras vigentes na região.

Sem dúvida, as leis de anistia desempenharam um papel importante no processo de abertura democrática. Em muitas hipóteses, elas permitiram transições “suaves”, sob o signo do “consenso” e sem rupturas. A persistência dessas leis supostamente preservaria essas democracias, recentemente conquistadas, das ameaças de intervenção militar ou de obstrução à alternância de poder.

No entanto, com o tempo, este “esquecimento”, útil quando do processo de transição, mostrou-se prejudicial à consolidação do Estado de Direito. As concepções “contrarrevolucionárias” e as técnicas de segurança utilizadas durante os regimes militares sobreviveram nas culturas nacionais, alimentando uma espécie de espiral de violência nessas sociedades. Paralelamente, testemunhou-se uma importante evolução do direito internacional em matéria de luta contra a impunidade das graves violações de direitos humanos e de reparação às vítimas. No seio deste movimento, veio à luz um novo direito: o direito à verdade. O objetivo principal deste evento foi, então, o de debater as consequências jurisdicionais e extrajurisdicionais da afirmação deste direito nos planos internacional e nacional, que evoca a bela fórmula de Louis Joinet: “para poder virar a página, é preciso tê-la lido”.

O dossiê que o leitor encontra neste número da Revista da Comissão de Anistia é, portanto, uma contribuição para que se compreenda como tal “leitura” das páginas de nossa história ocorreu nos países escolhidos, que papel o direito internacional desempenhou em tal “leitura”, mas, igualmente, no sentido oposto, como a resposta aos regimes militares, em sua “leitura” latino-americana, influenciou a evolução do próprio direito internacional.

Na abertura oficial dos trabalhos, foi destacado que este seminário dá continuidade a vários projetos desenvolvidos na França em colaboração com universitários brasileiros. Na Unidade Mista de Pesquisas (em francês, UMR) de direito comparado de Paris, criada por Mireille Delmas-Marty (hoje Professora Emérita do Collège de France), desenvolveram-se quatro projetos coletivos ligados direta, ou indiretamente, ao tema deste seminário.

Um primeiro projeto coletivo de pesquisa foi desenvolvido, entre 1999 e 2000, e intitulado *Direito comum e direito comparado*¹. Entre os temas nele tratados, encontrava-se a tipificação do crime de genocídio, em direito internacional e em direito comparado – inclusive no direito comparado latino-americano. Naquele momento, já foi possível perceber algumas especificidades latino-americanas, além das tentativas de nacionalizar uma infração cuja tipificação é fruto do direito internacional, por meio da previsão de um genocídio político ou cultural.

A seguir, entre 2003 e 2005, desenvolveu-se um projeto sobre anistia, prescrição, indulto e graça em direito internacional e em direito comparado europeu. Foi uma valiosa oportunidade para estudar a evolução da previsão e da aplicação destes institutos em face da emergência da luta contra a impunidade de autores de crimes internacionais.

Os instrumentos jurídicos reunidos sob a denominação global de “institutos de clemência” dizem respeito ao núcleo mais íntimo de um sistema jurídico. Admitindo-se que as regras de direito constituem uma resposta à realidade social, as regras que regem a anistia, a prescrição e o indulto, ou a graça, correspondem à maneira pela qual um corpo político ou social decide poupar certas condutas de qualquer dívida, por meio de um perdão e/ou por meio de um esquecimento. É evidente que as decisões tomadas a esse respeito dependem, em grande medida, das circunstâncias próprias de cada Estado ou grupo social, e de sua relação com sua história. Daí o interesse em comparar os princípios e as práticas em vigor nos países europeus, analisando o grau de internacionalização do direito sobre essa questão.

1 MARTIN, K. e PROPHETTE, A., « Le crime de génocide en Amérique Latine » In DELMAS-MARTY, M. (Org.), *Criminalité économique et atteintes à la dignité de la personne*, VII, Les processus d'internationalisation, Paris : MSH, 2001, pp. 271-286.

Os resultados desta pesquisa foram divulgados na França por intermédio de um artigo publicado na revista *Archives de politique criminelle*² e de um livro *La Clémence saisie par le droit*³. Ambos foram traduzidos e publicados no Brasil – o artigo em 2008⁴, e o livro em 2011, sob o título *Clemência e Direito*, com o inestimável auxílio da Associação Nacional de Procuradores da República⁵. O trabalho foi igualmente apresentado no primeiro encontro do Grupo de Estudos sobre Internacionalização do Direito e Justiça de Transição (IDEJUST), ocorrido em São Paulo, em 2009.

Entre 2004 e 2006, um outro projeto coletivo sobre jurisdições militares e de exceção, em face das exigências do direito internacional dos direitos humanos, foi desenvolvido na UMR de direito comparado de Paris. Roberto Garreton, palestrante e autor de um dos artigos deste número especial da Revista da Anistia, participou também deste projeto realizado na França. Nele, comparou-se as mutações das jurisdições militares de uma quinzena de países, diante das exigências do Direito Internacional dos Direitos Humanos em matéria de exercício da justiça por jurisdições militares. Dentre os diversos resultados deste projeto, sublinha-se o vínculo entre a ampla competência das jurisdições militares em certos países da América Latina, inclusive para o julgamento de civis, e o seu passado autoritário⁶.

Ainda na UMR de direito comparado de Paris (2006-2010), foi levado a cabo um projeto sobre reparações de graves violações de direitos humanos, no qual foi empreendida uma comparação entre as jurisprudências das cortes regionais de proteção dos direitos humanos. Este trabalho mostra quão pioneira e audaciosa é a jurisprudência interamericana de proteção dos direitos humanos, quando comparada à jurisprudência africana, ainda embrionária, e à europeia, que foi inicialmente fonte de inspiração para a jurisprudência interamericana, mas da qual a segunda marca crescentemente sua autonomia⁷.

Em seguida, no Collège de France, lançou-se um projeto coletivo de pesquisa sobre as Figuras da internacionalização do direito na América latina⁸, o qual abordou, dentre outros, o tema do impacto

2 DELLA MORTE, G., LAMBERT-ABDELGAWAD, E., MARTIN-CHENUT, K., RUIZ-FABRI, H., « Les institutions de clémence (amnistie, grâce, prescription) en droit international et droit constitutionnel comparé », *Archives de politique criminelle*, n° 28, outubro de 2006, pp. 237-253.

3 DELLA MORTE, G., LAMBERT-ABDELGAWAD, E., MARTIN-CHENUT, K., RUIZ-FABRI, H., *La clémence saisie par le droit. Amnistie, grâce, prescription en droit international et comparé*, Paris : Société de Législation comparée, Coll. de l'UMR de droit comparé, vol. 14, 2007.

4 Na Revista do Ministério Público do Estado do Pará, dezembro de 2008, n° 3, p. 33-52

5 DELLA MORTE, G., LAMBERT-ABDELGAWAD, E., MARTIN-CHENUT, K., RUIZ-FABRI, H., *Clemência e direito*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

6 Veja os diversos trabalhos reunidos no livro: LAMBERT-ABDELGAWAD, Elisabeth (Org.), *Tribunaux militaires et juridictions d'exception en mutation: perspectives comparées et internationales*, Coédition AUF/éd. des Archives contemporaines, Collection «Actualité scientifique», 2007.

7 LAMBERT-ABDELGAWAD, E., MARTIN-CHENUT, K. (org.), *Les réparations des victimes de violations graves et massives des droits de l'homme: la Cour interaméricaine, pionnière et modèle?*, Paris: Société de Législation Comparée, Coll. de l'UMR de droit comparé, vol 20, 2010.

8 DELMAS-MARTY, M., MARTIN-CHENUT, K. (org.), *Figures de l'internationalisation du droit – Amérique latine*, Paris: Société de Législation Comparée, no prelo.

da internacionalização da justiça penal nos países do Cone Sul. O colóquio de fechamento deste projeto integrou as atividades oficiais do Ano da França no Brasil.

O que marcou todos estes projetos foi não somente o interesse direto ou indireto pela América Latina e pelo tema deste seminário, mas também a participação de universitários brasileiros.

É preciso mencionar, ainda, a experiência da Rede de Internacionalização do Direito (ID) franco-brasileira, criada por Mireille Delmas-Marty no Collège de France, cuja primeira reunião, em 2007, foi realizada na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo e consagrada às graves violações dos direitos humanos e à luta contra a impunidade.

É na continuidade destas diversas colaborações franco-brasileiras que se insere este seminário, cujos resultados são ora publicados na Revista da Comissão de Anistia, assim como a ideia de lançar um projeto de pesquisa comum sobre a contribuição da América Latina na construção de um direito global.

O evento foi estruturado em duas partes. Enquanto a primeira consagrou-se ao papel dos regimes autoritários latino-americanos na evolução do direito internacional, a segunda debruçou-se sobre as experiências nacionais de transição em face das exigências do direito internacional.

Quanto à evolução do direito internacional, é imensa a contribuição para esta temática dos especialistas franceses (*experts indépendants*) junto à antiga Comissão de Direitos Humanos da ONU (hoje substituída pelo Conselho de Direitos Humanos). O primeiro trabalho marcante foi o da francesa Nicole Questiaux. Este trabalho precursor teve como objetivo analisar em que medida a instauração de estados de exceção compromete a eficácia dos mecanismos de proteção dos direitos humanos, estabelecendo requisitos e condições de um estado de exceção respeitoso dos direitos humanos e das formas democráticas de governo. Conhecido como *Relatório Questiaux*, divulgado em 1982⁹, foi complementado pelo estudo do argentino Leandro Despouy durante os anos 90¹⁰. Estes dois trabalhos são textos de referência para a compreensão da diversidade dos estados de exceção e dos riscos que eles podem representar para a proteção dos direitos humanos, assim como dos limites que lhes são impostos pelo direito internacional¹¹.

9 ONU, NICOLLE QUESTIAUX. «Étude sur les conséquences pour les droits de l'homme des développements récents concernant les situations dites d'Etat de siège ou d'exception», E/CN.4/Sub.2/1982/15.

10 ONU, "Informe del relator especial Leandro Despouy sobre los derechos humanos y los estados de excepción", E/CN.4/Sub.2/1997/19, 23 de junho de 1997.

11 Para uma análise sobre estes limites e o sistema penal de exceção instaurado durante o regime autoritário brasileiro, V. MARTIN-CHENUT, K., "O sistema penal de exceção instaurado durante a ditadura militar brasileira confrontado com as exigências do direito internacional dos direitos humanos", In MACDOWELL SANTOS, Cecília, ALMEIDA TELES, Edson Luís de et ALMEIDA TELES, Janaina de (dir.) *Desarquivando a ditadura : memória a justiça no Brasil*, São Paulo : Ucitec, 2009, pp. 265-298

Em seguida, tivemos os trabalhos de Louis Joinet: o *Estudo sobre a legislação de anistia e sobre o seu papel na proteção e na promoção dos direitos humanos (Rapport Joinet 1985)*¹², e o *Conjunto de princípios para a proteção e promoção dos direitos humanos pela luta contra a impunidade (Rapport Joinet 1997)*¹³.

Estes trabalhos certamente influenciaram os especialistas encarregados pela ONU da elaboração de relatórios sobre reparações de graves violações de direitos humanos, Theo Van Boven e Mahmoud Cherif Bassioni, e também abriram caminho para os trabalhos sobre a atividade das jurisdições militares (Projeto de princípios elaborados por Emmanuel Decaux, em 2006¹⁴) e sobre os desaparecimentos forçados (Declaração de 1992 e Convenção de 2006).

A riqueza da contribuição francesa à evolução do direito nesta área e o papel que teve a América Latina no desenvolvimento destes trabalhos, como inspiradora e incitadora, explica que começemos este seminário com dois debates. Um entre Louis Joinet et Emmanuel Decaux, outro entre Paul Bouchet e Dalmo de Abreu Dallari.

É interessante notar que entre os dois trabalhos de Louis Joinet (relatórios de 1985 e de 1997) houve uma transformação importante: da defesa da anistia, quando em favor dos dissidentes políticos perseguidos, passou-se à rejeição da anistia, numa tentativa de limitar os abusos no emprego deste instrumento jurídico que, a depender de sua utilização, poderia garantir a impunidade de ditadores pelos crimes graves cometidos durante os regimes autoritários. Foi nesta segunda fase dos trabalhos de Louis Joinet que organizou-se, em Genebra, uma reunião com significativo título: *Non à l'impunité, Oui à la justice* (Não à impunidade, Sim à justiça)¹⁵. Tratava-se de uma reunião organizada pela Comissão Nacional Consultiva de Direitos Humanos da França, pela Comissão Internacional de Juristas e pelo Alto Comissariado de Direitos Humanos da ONU. Dentre as pessoas que se reuniram em Genebra, quatro delas aceitaram testemunhar sobre esta experiência e analisar o caminho percorrido desde então.

Nosso seminário teve início, então, com a projeção de um valioso documento: o debate intitulado *Os especialistas franceses na ONU e os regimes autoritários latino-americanos: os relatórios sobre os regimes de exceção e sobre a luta contra a impunidade*. Coordenado por Mireille Delmas-Marty, o debate contou com a participação dos já citados Louis Joinet e de Emmanuel Decaux, e

12 E/CN.4/Sub.2/1985/16/Rev.1.

13 E/CN.4/Sub.2/1997/20/Rev.1.

14 ONU, Emanuel Decaux. «Principes sur l'administration de la justice par les tribunaux militaires présentés à la Sous-commission de la promotion et de la protection des droits de l'homme», E/CN.4/2006/58, 13 janvier 2006.

15 Commission Nationale Consultative des Droits de l'Homme (CNCDH), Commission Internationale de Juristes (CIJ), *Non à l'impunité Oui à la justice*, Genève, 1993.

foi transcrito e traduzido para publicação nesta revista. A seguir, promovemos o reencontro entre Paul Bouchet, *Conseiller d'État honoraire*, que foi Presidente da Comissão Nacional Consultiva de Direitos Humanos e membro do Comitê de Reflexão sobre a criação de uma jurisdição penal internacional; e Dalmo de Abreu Dallari, Professor Emérito da Universidade de São Paulo, que foi membro da Comissão Internacional de Juristas.

Bouchet e Dallari compuseram a primeira mesa, intitulada *Emergência do direito à verdade, luta contra a impunidade das graves violações de direitos humanos, efetividade das reparações*, que foi presidida por André de Carvalho Ramos (Professor de Direito Internacional da Faculdade de Direito da USP), e abordou as seguintes questões: que caminho foi percorrido? Quais evoluções? Os regimes autoritários sul-americanos e as violações cometidas contribuíram para a evolução do Direito Internacional dos Direitos Humanos, do Direito Internacional Humanitário e do Direito Internacional Penal? Existe um particularismo sul-americano? Qual o impacto do Direito Internacional nos países do Cone Sul?

Gostaríamos de agradecer sinceramente aos convidados por sua participação, que permitiu a reunião, duas décadas depois, de tão importantes atores do movimento de luta contra a impunidade e de reparação de graves violações de direitos humanos.

A seguir, a *contribuição da justiça penal internacional* foi tratada por Tarciso Dal Maso, Consultor Legislativo do Senado Federal e Doutorando da Universidade de Paris X (Nanterre), que participou dos trabalhos de adoção do Tratado de Roma que cria o Tribunal Penal Internacional, assim como da conferência de reforma em Kampala, Uganda. Kathia Martin-Chenut abordou o *Direito à verdade e justiça de transição: a contribuição do sistema interamericano de proteção dos direitos humanos*. A contribuição do Mercosul para a consolidação do Direito à verdade foi tratada por Gilles Gomes, Coordenador da Comissão Especial sobre Mortos e Desaparecidos da Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República. A mesa teve como debatedora Flavia Piovesan, Professora de Direito Internacional da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.

A segunda mesa do dia contou com a Presidência de Pedro Bohomoletz de Abreu Dallari (Professor de Direito Internacional do IRI e da Faculdade de Direito da USP), a fim de promover a *Análise comparativa e transdisciplinar dos diferentes regimes autoritários e das transições nacionais*, a partir de duas interrogações: em que medida as diferenças entre os regimes autoritários instaurados condicionam diferentes experiências de transição? Em que medida as diferentes situações geo-políticas e econômicas dos países estudados favorecem maior abertura, ou, ao contrário, o hermetismo às evoluções do Direito Internacional em matéria de luta contra a impunidade e reparações de graves violações dos direitos humanos?

Palestraram nesta ocasião Cath Collins, Professora de Ciência Política da Universidade Diego Portales, Chile; e Glenda Mezarobba, Pesquisadora da Universidade Estadual de Campinas (UNICAMP), especialista junto ao Grupo de Trabalho que elaborou o projeto de lei que criou a Comissão da Verdade no Brasil; Roberta Baggio, Conselheira da Comissão de Anistia do Ministério da Justiça e Professora da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, tendo como debatedora Ana Lucia Pastore Schritzmeyer, Professora de Antropologia Jurídica da USP.

No dia seguinte, teve lugar a segunda parte do evento, focada nas experiências nacionais de transição à luz das exigências do direito internacional.

A primeira mesa do dia, sobre experiências extrajudiciais, teve como Presidente o Professor Salem Nasser, da Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas de São Paulo. Em tela, estavam as questões: qual a tipologia das experiências (comissões de indenização, comissões de verdade, tribunais populares, etc.)? Foram precursoras, contemporâneas ou sucessivas às ações judiciais? Por quê? Quais obstáculos? Foram palestrantes: Álvaro Rico, Diretor da Investigación histórica Detenidos Desaparecidos da Presidência da República do Uruguai, Professor da Universidade da República; Mario Melanio Medina Salinas, Presidente da Comissão da Verdade do Paraguai; Ludmila Catela, Pesquisadora do CONICET e do Museu de Antropologia-UNC, Professora da Universidade Nacional de Córdoba, Argentina; e Marcelo Torelly, da Comissão de Anistia do Ministério da Justiça do Brasil, Professor da Universidade Católica de Brasília. Como debatedor, contamos com Guilherme de Almeida, Professor do Departamento de Filosofia e Teoria do Direito da USP.

A segunda mesa versou sobre as experiências judiciais, sob a batuta de Alberto do Amaral, Professor de Direito Internacional da Faculdade de Direito da USP. Formulou-se as seguintes interrogações: qual a tipologia das experiências (ações civis, penais, administrativas, etc.)? Que papel desempenharam as comissões de verdade na implementação efetiva das ações judiciais? Qual foi a influência do direito internacional? Qual foi a influência do direito comparado (especialmente o latino-americano e a influência dos países vizinhos)? Os expositores foram Daiana Fusca, do Centro de Estudos Legais e Sociais (CELS), Argentina; Marlon Weichert, Procurador da República, Brasil; Roberto Garretón, Membro do Conselho do Instituto Nacional de Direitos Humanos do Chile, membro do grupo de trabalho da ONU sobre detenções arbitrárias; e Juan Errandonea, Advogado junto à Corte Suprema do Uruguai, em particular do Caso Sabalsagaray. Tivemos, como debatedores, Marcos Alexandre Coelho Zilli, Professor de Direito Processual Penal da USP, e Jânia Maria Lopes Saldanha, Professora de Direito Processual Civil da Universidade Federal de Santa Maria (UFSM).

O evento foi encerrado com a conferência de Mireille Delmas-Marty sobre o dilema *Punir e/ou perdoar: a aposta em uma justiça restauradora e instauradora*, que se desenrolou sob a



presidência de Celso Lafer, Professor Titular da Faculdade de Direito e Emérito do Instituto de Relações Internacionais da USP, Presidente do Conselho Superior da Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado de São Paulo (FAPESP).

Entre os participantes do evento, destacaram-se os membros do IDEJUST, rede que reúne mais de uma centena de pesquisadores, e vem fomentando a produção acadêmica sobre a justiça de transição em nossa região.

Os leitores encontrarão, nesta edição, as contribuições dos participantes que enviaram seus textos às organizadoras. Manifestamos nosso sincero agradecimento aos autores, assim como aos editores da Revista da Comissão de Anistia.

Um evento deste porte não seria possível sem o auxílio substancial de um número significativo de atores, a quem prestamos nosso sincero agradecimento. Algumas menções específicas são, porém, imprescindíveis: à Comissão de Anistia pela parceria, em especial o engajamento de seu Presidente, Paulo Abrão Pires Júnior, e de seu assessor Marcelo Torelly; a Mireille Delmas-Marty, pelo conjunto de sua obra, pelo seu aporte à parceria franco-brasileira e por sua presença que representou para o evento um inestimável ganho de transcendência; ao Consulado da França, por seu decisivo apoio; à Faculdade de Direito, por nos ter acolhido; a Renan Quinalha e a Pedro Charbel pelo trabalho incansável.

Por fim, registramos que o colóquio foi uma ocasião ímpar para discussão de novos projetos, dando seguimento à cooperação franco-brasileira nesta temática. Um deles deve focar-se no exemplo da luta contra a impunidade e pelas reparações de graves violações de direitos humanos, eis que a América Latina pode, muito bem, tornar-se um laboratório para outros países, ou até regiões, em processo de transição. Mas a cooperação consubstanciada neste evento deve estender-se a outros campos. Oxalá esta edição da Revista da Comissão da Anistia possa contribuir para o sucesso desta empreitada.

Paris/São Paulo, outubro de 2013.

KATHIA MARTIN-CHENUT

DEISY VENTURA





PRESIDENTE DA COMISSÃO DE ANISTIA E REPRESENTANTE DO BRASIL JUNTO À ONU HOMENAGEIAM ATIVISTAS DE DIREITOS HUMANOS QUE LUTARAM CONTRA A DITADURA BRASILEIRA DESDE OS ESTADOS UNIDOS, SCHOOL OF INTERNATIONAL AND PUBLIC AFFAIRS, COLUMBIA UNIVERSITY, NOVA IORQUE (ESTADOS UNIDOS), 11 DE OUTUBRO DE 2013.

FONTE: ACERVO DA COMISSÃO DE ANISTIA.



A CONTRIBUIÇÃO DA JUSTIÇA INTERNACIONAL PENAL: FORMAÇÃO DE PARADIGMAS

Tarciso Dal Maso Jardim

Consultor Legislativo do Senado Federal em direito internacional. Mestre em Relações Internacionais pela Universidade de Brasília (UnB), e doutorando em Direito Internacional pela Universidade de Paris X (França)

SEÇÃO I – PARADIGMA HUMANITÁRIO – A GÊNESE DOS CRIMES DE GUERRA COMO PONTO DE PARTIDA

Os tribunais internacionais de Nuremberg e de Tóquio, criados após a Segunda Guerra Mundial, são considerados, com frequência, como a origem da justiça internacional penal, o que ignora longo desenvolvimento doutrinário sobre o assunto, algumas experiências frustradas, a anterior construção jurídica do que se compreende como crime internacional e a formação dos paradigmas do atual quadro de jurisdições penais internacionais ou internacionalizadas.

Como elemento de partida, importa destacar que os crimes internacionais foram sendo identificados apesar da ausência de correlato mecanismo que ordenasse a responsabilidade internacional penal. Em outros termos, as mais graves violações do direito internacional foram consideradas potencialmente como crime antes da constituição efetiva de um regime internacional penal. Posteriormente, quando as consequências penais dessas violações foram melhor aclaradas, a tarefa de investigação e da punição dos possíveis responsáveis foram atribuídas aos tribunais nacionais e às instituições internacionais, ainda com restrições¹.

¹ Há muitas e variadas jurisdições internacionais penais atualmente, mas elas ainda mantêm limites indesejados de jurisdição, como os provocados pela não ratificação do Estatuto de Roma por certas potências, o que contribui para a visão do direito internacional

Igualmente notório é o fato de, entre todos os tipos penais internacionais que fazem parte das atuais jurisdições internacionais, os crimes de guerra são os mais antigos.

A história dos crimes de guerra perpassa o curso das sociedades e sua repressão possui contornos consuetudinários inegáveis. Contudo, considerado o objeto aqui proposto, teceremos considerações sobre dois momentos importantes para a construção da responsabilidade internacional penal, segundo um olhar contemporâneo. Primeiro, o julgamento do cavaleiro Pierre de Hagenbach por crimes de guerra, considerado equivocadamente por alguns autores como exemplo pioneiro da justiça internacional penal. Segundo, o início da codificação dos crimes de guerra, a partir da Convenção de Genebra de 1864 e o debate em torno da possibilidade de criação de uma jurisdição internacional penal para julgar seus violadores.

§1º - O CRIME AINDA NÃO INTERNACIONAL E O JULGAMENTO «INTERNACIONAL» DO CAVALEIRO HAGENBACH

O julgamento internacional mais antigo de índole penal referido pela doutrina atual é o ocorrido contra Pierre de Hagenbach, em 9 de maio de 1474. Essa hipótese de jurisdição foi propagada por Schwarzenberger com seu artigo no *Manchester Guardian*, de 28 setembro de 1946, intitulado «A Forerunner of Nuremberg: the Breisach war crimes of 1474»², e que rapidamente se transformou em referência para o direito internacional penal³.

A - OS CRIMES AINDA NÃO INTERNACIONAIS

O cavaleiro Hagenbach foi acusado de ter cometido assassinatos, pilhagens, detenções arbitrárias, agressões e violações sexuais, invadir casas para alojar combatentes, cobrar impostos abusivos, entre outras acusações⁴. Esses crimes teriam sido cometidos durante os quatro anos em que administrava os territórios de Ferrette e da alta Alsácia, repassados pelo duque Sigismundo da Áustria a Carlos I, o Temerário, duque da Borgonha, em decorrência do tratado de Saint-Omer

penal como um ramo do direito com aspectos rudimentares. CASSESE Antonio, *International Criminal Law*, Oxford University Press, New York, 2003, p. 17.

2 SCHWARZENBERG Georg, «A Forerunner of Nuremberg: the Breisach War Crimes of 1474», in *Manchester Guardian*, 28th September, 1946, section 9, p. 4. Ver também SCHWARZENBERG Georg, *International Law as Applied by International Courts and Tribunals: The Law of Conflict*, v. II, Stevens & Sons Ltd., Londres, 1968, p. 466.

3 FINCH George A., «The Nuremberg Trial and International Law», in *The American Journal of International Law*, V. 41, N.º 1 (Jan., 1947), pp. 20-37; Estados Unidos c. *von Leeb*, Case n.º 72, The German High Command Trial, Trial of Wilhelm von Leeb and thirteen others, United States Military Tribunal, Nuremberg, 30th December, 1947 – 28th October, 1948, in United Nations war Crimes Commission (selected and prepared by), *Law Reports of Trials of War Criminals*, His Majesty's Stationery Office, London, 1949, v. XII, p. 61; WOETZEL Robert K., *The Nuremberg Trials in International Law*, Stevens & Sons Ltd., London / Praeger Inc., New York, 1960, pp. 20-1; BASSIOUNI Cherif, *International Criminal Law: A Draft International Criminal Code*, Sijthoff & Noordhoff Publishers, Alphen aan den Rijn, 1980, p. 8.

4 BARANTE M. de, *Histoire des Ducs de Bourgogne de la Maison de Valois (1364-1477)*, Tome Dixième – Charles le Téméraire, quatrième édition, Paris, Librairie Ladvocat, 1826, pp.190-1.

(1469). Hagenbach, em grande medida apoiado pelo duque da Borgonha, não respeitou o ato de juramento em questão e teria violado as *leis de Deus e dos homens*, segundo a acusação do procurador Henry Iselin⁵.

Os crimes foram descritos como violação da base contratual (tratado de Saint-Omer) e do direito natural. Entretanto, segundo Schwarzenberger⁶, esses crimes seriam similares aos crimes contra a humanidade previstos no art. 6, c⁷, do Estatuto do Tribunal internacional militar de Nuremberg. Alternativamente, eles poderiam ser considerados como crimes de guerra⁸ em sentido amplo, se a situação fosse definida como atos de hostilidade em território austríaco sob a ocupação borgonhesa. Justamente essa última hipótese justifica o subtítulo do artigo de Schwarzenberger no *Manchester Guardian* em 1947: «the Breisach war crimes of 1474». Na realidade, apesar de podermos, nesse caso, buscar raízes europeias dos dois tipos de crimes internacionais, a posição de Schwarzenberger não tem precisão científica e deve ser incluída como um suporte argumentativo ao tribunal de Nuremberg⁹. Nesse sentido, reconhece o tribunal militar americano no caso *Estados Unidos c. von Leeb*:

*“Nós também fazemos referência a um artigo do Manchester Guardian de 28 de setembro de 1946, que contém um relato do julgamento de Pierre de Hagenbach, realizado em Breisach, em 1474. As acusações contra ele eram análogas ao conceito moderno de ‘crimes contra a humanidade’. Ele foi condenado. Contudo, essas citações são apenas de interesse acadêmico, meramente apresentadas para mostrar a solidez do Julgamento do Tribunal Militar Internacional de Nuremberg. Achamos que isso pode ser dito da norma básica acolhida (já mencionada anteriormente), desenvolvida e implementada pelo direito costumeiro internacional.”*¹⁰

5 BARANTE M. de, op. cit., p. 190.

6 SCHWARZENBERG Georg, «A Forerunner of Nuremberg: the Breisach War Crimes of 1474», loc. cit.

7 Art. 6, c, do Estatuto do Tribunal de Nuremberg: “(c) Dos Crimes contra a humanidade: homicídio, extermínio, escravidão, deportação e outros atos desumanos cometidos contra qualquer população civil, antes ou durante a guerra, ou perseguições por motivos políticos, raciais ou religiosos, quando tais atos ou perseguições, constituindo ou não violação de direito interno do país onde foram cometidos, foram cometidos como parte de qualquer crime sujeito à jurisdição do Tribunal, ou em conexão com este crime”.

8 Art. 6, b, do Estatuto do Tribunal de Nuremberg: “(b) Crimes de guerra: as violações de leis e costumes da guerra. Estas violações incluem, entre outros, maus-tratos e deportação para trabalhos forçados, ou para qualquer outra finalidade, da população civil em território ocupado; homicídio ou maus-tratos de prisioneiros de guerra ou pessoas no mar; execução de reféns; pilhagem de propriedade pública ou privada; destruição arbitrária de cidades e aldeias, ou devastação não justificada por necessidade militar”.

9 DESCHÊNES Jules, “Toward international criminal justice”, in CLARK Roger S.; SANN Madeleine (ed.), *The Prosecution of International Crimes: A Critical Study of the International Tribunal for the Former Yugoslavia*, Transaction Publishers, New Brunswick, 1996, p 32.

10 “We also refer to an article from the Manchester Guardian of 28th September, 1946, containing a description of the trial of Sir Peter of Hagenbach held at Breisach in 1474. The charges against him were analogous to ‘Crimes against Humanity’ in modern concept. He was convicted. However, these citations are of academic interest only, merely given to show the soundness of the Judgment of the IMT. We think it may be said the basic law before mentioned simply declared, developed, and implemented International Common Law”. Caso *Estados Unidos c. von Leeb*, loc. cit., p. 61



O direito penal costumeiro dos membros do Sacro Império Romano não estava harmonizado no momento do caso Hagenbach.

Igualmente, sublinhemos que as relações internacionais e as comunicações no século XV não eram estruturadas para identificar regras universais. No máximo, havia ambiências intelectuais e políticas que projetavam transformações do direito no século XVI.

De um lado, os fatos do caso Hagenbach são marcados por relações de suserania e votos de obediência, e não entre soberanias. Os territórios centrais onde Hagenbach cometeu seus crimes eram cedidos sob garantias ao duque da Borgonha, a partir de pagamento

de uma soma de 50.000 florins de ouro à Casa da Áustria e de outras condições reguladas pelo tratado de Saint-Omer, como a manutenção de algumas autonomias e liberdades dos habitantes e a possibilidade de “readquirir os territórios”¹¹. As ações criminais de Hagenbach foram consideradas justamente como contrárias a esses termos de suserania. Analogicamente, parte dessas ações poderia ser caracterizada como violações cometidas em território ocupado, a partir do momento em que o duque não aceitou o pagamento oferecido por Sigismundo da Áustria para “readquirir” suas terras e, tampouco, as restituir. Ao contrário, como meio de resistência, ele ocupa a estratégica Breisach¹². Assim, alguns atos de hostilidade cometidos «sob ocupação» poderiam estar associados aos crimes de guerra, apesar de o mais correto ser os classificar como uma forma primitiva de crimes contra a humanidade¹³.

De outro lado, o direito aplicado fazia parte de normas aceitas pelas cidades e pela nobreza suíça e do Sacro Império Romano. Costumeiramente, elas eram ligadas às regras da cavalaria e dos códigos de conduta dos exércitos, oriundas do direito natural ou do direito imperial. Entretanto, o direito penal costumeiro dos membros do Sacro Império Romano não estava harmonizado no momento do caso *Hagenbach*. As tentativas de reformas unificadoras do direito penal medieval do Sacro Império Romano, a partir da recepção do direito romano, obtiveram os primeiros resultados significativos com as *ordonnances* de Bamberg (1507) e de Brandebourg (1516), que anunciaram um código penal do imperador¹⁴. Assim, não havia um direito comum entre as cidades participantes do julgamento de Hagenbach a justificar um direito penal com motivação “humanista”.

11 O duque da Borgonha considerava essa cláusula do tratado como uma simples formalidade, pois conhecia a prodigalidade de Sigismundo e não acreditava que ele reunisse dinheiro para « readquirir » essas terras. CLAERR STAMM Gabrielle, *Pierre de Hagenbach : le destin tragique d'un chevalier sundgauvien au service de Charles le Téméraire*, Société d'Histoire du Sundgau, Strasbourg, 2004, p. 69.

12 Breisach era uma fortaleza que comandava a rota da Alsácia ao leste. CLAERR STAMM Gabrielle, op. cit., pp. 69 e 74.

13 GREPPI Edoardo, « The evolution of individual criminal responsibility under international law », in *Revue internationale de la Croix-Rouge*, n. 835, 1999, pp. 531-553; LEONARD Eric K., *The Onset of Global Governance: International Relations Theory and the International Criminal Court*, Ashgate Publishing Limited, Aldershot, 2005, p. 18.

14 CARTUYVELS Yves, *D'où vient le code pénal ? Une approche généalogique des premiers codes pénaux absolutistes au XVIIIe siècle*, Les Presses de l'Université de Montréal, les Presses de l'Université d'Ottawa, De Boeck Université (Bruxelles), 1996, p. 28.

O internacionalismo do direito, nesse caso, é reduzido ao direito natural emergente, que teria importância fundamental na formulação do direito internacional humanitário e dos direitos humanos, mas com autores posteriores ao julgamento de Hagenbach, especialmente os da Escola de Salamanca e Hugo Grotius, nos séculos XVI e XVII. De qualquer forma, o direito aplicado no caso em análise não é o direito internacional em sentido moderno¹⁵.

B – A JURISDIÇÃO “INTERNACIONAL” PENAL

Conforme exposto, não podemos afirmar que Hagenbach foi julgado por crimes internacionais no sentido estrito, tampouco que seu julgamento fazia parte de uma jurisdição internacional penal. Por iniciativa do arquiduque da Áustria, uma jurisdição intercomunal com fundamento no direito da cavalaria e no direito natural foi criado, como demonstra essa narrativa de Barante:

*“Cada cidade tinha uma queixa contra ele, e exigia sua punição. De modo que fosse assegurada a todos uma boa justiça, o arquiduque resolveu que ele teria como juízes homens sérios e sábios, indicados pelas cidades de Estrasburgo, Colmar, Schelestadt, Friburgo em Brisgóvia, Breisach e Basileia. Seriam também indicados dezesseis cavaleiros pela nobreza. Berna e Solothurn, embora sejam cidades suíças, também enviaram seus indicados para participarem do julgamento.”*¹⁶

Após doze horas de julgamento, Gaspard Hurter, arauto do imperador, anuncia que Hagenbach fora condenado à morte e, por requisição de dezesseis juízes cavaleiros, ele é destituído de sua dignidade de cavaleiro e de todas as suas honrarias¹⁷.

O fato de que o Sacro Império Romano não se caracterizasse pela unidade e de as cidades suíças envolvidas fossem fortemente independentes são fatores considerados por alguns autores como suficientes para afirmar que a jurisdição exercida era internacional¹⁸. Contrariamente, o caráter internacional de julgamento em uma época anterior ao direito internacional moderno é duramente contestável, apesar desse exemplo nos oferecer indicativos históricos importantes para análise¹⁹.

15 CRYER Robert, *Prosecuting International Crimes: Selectivity and the International Criminal Law Regime*, Cambridge University Press, 2005, p. 18.

16 «Chaque ville avait quelque grief à lui imputer, et réclamait sa punition. Afin que toutes fussent assurées d’avoir bonne justice, l’archiduc régla qu’il aurait pour juges des hommes graves et sages, députés par toutes les villes, Strasbourg, Colmar, Schelestadt, Fribourg en Brisgau, Breisach, et Bâle, et seize chevaliers pour l’ordre de la noblesse. Berne et Soleure, bien que villes suisses, envoyèrent aussi leurs députés prendre part au jugement». BARANTE M. de, op. cit., p. 189.

17 BARANTE M. de, op. cit., p. 194.

18 SCHWARZENBERGER Georg, *International Law as Applied by International Courts and Tribunals: The Law of Conflict*, op. cit., p. 464; GREPPI Edoardo, « The evolution of individual criminal responsibility under international law », op. cit., pp. 531-553.

19 McCORMARK Timothy L. H., « From SunTzu to the Sixth Committee: The Evolution of an International Criminal Law Regime »,

Sobre a reparação do dano provocado por Hagenbach, poderíamos tecer duas observações. Primeiro, o suserano duque de Borgonha era reconhecido como responsável por atos de Hagenbach, quanto a tal reparação. O emblemático caso das minas de prata do abade de Lure demonstra que o duque de Borgonha, em nome de seus interesses econômicos e de poder, apoiava as ações de Hagenbach, que aproveitava dessa confiança para cometer abusos. Nessa situação, o duque requisitou arbitrariamente as minas de Plancher do abade de Lure em 4 de setembro de 1470, instigado por Hagenbach, que, sem esperar informe jurídico de Dijon, deteve o abade junto com cavaleiros e escudeiros que lhe acompanhavam. Ele relaxaria essa detenção em troca de um juramento de lealdade do abade ao duque²⁰.

Posteriormente, o abade solicitou ao duque a anulação desse juramento e a reparação do dano respectivo, segundo carta de 17 de janeiro de 1472:

“Ele nos pede para anularmos e revogarmos o juramento feito por ele, conforme já descrito, como não sendo habitual e como sendo uma violação dos direitos, liberdades e poderes de sua igreja. Demanda que reparação condigna e suficiente seja feita em razão da prisão sofrida, humilhações, lesões e violências que ele e outros, já mencionados, sofreram por intermédio do dito meirinho. Acima de tudo, ele nos suplica que seja administrada uma rápida e equitativa reparação e justiça.”²¹

O duque submete a questão ao conselho de Dijon, que não reconhece o dano, mas restitui as minas a título provisório ao abade de Lure mediante sentença de 1472²². Podemos constatar que os atos atentatórios à dignidade das pessoas cometidos por Hagenbach faziam parte de uma política geral de domínio do duque da Borgonha, que conhecia a situação e a tolerava. Os atos de Hagenbach seriam reconhecidos como de sua responsabilidade individual em matéria penal, por várias entidades políticas, mas a reparação do dano causado por esses atos eram da sociedade política em nome da qual ele agia, ou seja, o ducado de Borgonha.

in McCORMARK Timothy L. H., SIMPSON Guerry J., *The Law of War Crimes: national and international approaches*, Kluwer Law International, La Haye/Londres/Boston, 1997, pp. 37-39; CRYER Robert, *Prosecuting International Crimes: Selectivity and the International Criminal Law Regime*, Cambridge University Press, 2005, pp. 18-19.

20 BRAUNSTEIN Philippe, *Travail et Entreprise au Moyen Age*, De Boeck Université, Bruxelles, 2003, p.271.

21 “He asks us to annul and repeal the oath made by him as described, as not being customary and as being an infringement of the franchises; liberties and powers of his said church, and [he asks] that condign and sufficient reparation be made to him for the shame, injuries, violences and arrest inflicted on him and the others above-mentioned by our said bailiff and that, above all, it may please us to administer brisk and fair satisfaction and justice.” VAUGHAN Richard, *Charles the Bold: the last valois duke of Burgundy*, Boydell & Brewer, Woodbridge, Suffolk, U.K.; Rochester, N.Y., 2002, p.98.

22 BESSON Abbé L., *Mémoire historique sur l’abbaye et la ville de Lure suivi d’une notice sur le prieuré de Saint-Antoine et les seigneurs de Lure et de passavant*, Bintot imprimeur-éditeur, Besançon, 1846, pp. 83-4.

Segundo, conforme Barante, Hagenbach solicitou perdão a Deus e às vítimas antes de morrer:

“Não lamento nem minha vida e nem meu corpo, eu só peço a Deus que me perdoe de ter merecido tal sentença e a mais cruel. A vocês todos, dos quais fui governador durante quatro anos, também peço perdão por aquilo que eu possa ter feito, por falta de sabedoria ou por malícia. Eu era um homem; orem por mim.”²³

O pedido de perdão de Hagenbach tem conteúdo religioso, mas ele reconhece seus erros não somente diante de seu Deus, mas também diante de suas vítimas e dos que acompanhavam o julgamento. Essa postura de Hagenbach, de pedir perdão às vítimas, poderia ser hoje percebida como um fator para diminuição de pena ou uma forma de reparação frente às jurisdições penais internacionais ou internacionalizadas.

§2º - AS TENTATIVAS DE TIPIFICAR ATOS CONTRÁRIOS À CONVENÇÃO DE GENEBRA DE 22 DE AGOSTO DE 1864 PARA A MELHORIA DA SORTE DOS MILITARES FERIDOS NOS EXÉRCITOS EM CAMPANHA.

Diferentemente da indefinição do direito aplicado no caso Hagenbach, a Convenção de Genebra de 1864, para a melhoria da sorte dos militares feridos nos exércitos em campanha, pertence, sem dúvida, ao direito internacional. Na realidade, podemos afirmar que tal tratado inaugurou o direito internacional humanitário escrito com vocação universal, e, em torno dele, a doutrina contemporânea do direito internacional penal emergiu. O sucesso dessa Convenção é devido ao trabalho de uma geração de humanistas, como Gustave Moynier, um dos fundadores do movimento da Cruz Vermelha e do Instituto de Direito Internacional e negociador da Convenção de 1864.

A Convenção de Genebra de 1864 fixou normas até hoje atuais, como o princípio da neutralidade (inviolabilidade) do pessoal sanitário e dos bens sanitários; a obrigação de cuidar dos feridos e enfermos sem distinção de nacionalidade; e o emblema distintivo da Cruz Vermelha sob fundo branco identificando o pessoal sanitário e os bens sanitários. Importa igualmente notar que, logo após a Convenção ter sido celebrada, projetos foram concebidos para reprimir as violações de seus preceitos, bem como para estabelecer mecanismos para investigar e julgar internacionalmente seus responsáveis.

²³ «Je ne regrette ni ma vie, ni mon corps; je supplie seulement Dieu de me pardonner d’avoir mérité une telle sentence et plus cruelle encore. Vous tous aussi, dont j’ai été le gouverneur durant quatre années, pardonnez-moi ce que j’ai pu faire par défaut de sagesse ou par malice : j’étais homme; priez pour moi» BARANTE M. de, op. cit., p. 196.

A – O PRIMEIRO ENSAIO DE TIPIFICAÇÃO DOS CRIMES DE GUERRA

A Convenção de Genebra de 1864 confiou aos Estados a tarefa de aplicá-la, mas sem fazer menção à tipificação das condutas por ela rechaçadas. Na realidade, o art. 8º da Convenção simplesmente fixa que os detalhes de sua execução, conforme os princípios gerais lá enunciados, serão regulados pelos comandantes dos exércitos beligerantes, segundo as instruções de seus governos respectivos.

Alcançar acordo sobre esse tema já era uma vitória e almejar tipos penais não estava sobre a mesa. No momento da negociação da Convenção de Genebra de 1864, haviam pouquíssimos tratados que previam sanções penais por violações a tratados²⁴. Como exemplo raro, podemos mencionar a Convenção de Mainz de 31 de março de 1831, relativa à navegação no Reno, e o tratado entre Suíça e a França sobre propriedade literária, artística e industrial de 30 de junho de 1864, que permitiam aos tribunais nacionais aplicarem penas aos ofensores do tratado e de determinar reparações às suas vítimas²⁵. Havia, contudo, a concepção da jurisdição universal, concebida inicialmente para o crime de pirataria. Cita-se o *leading case Estados Unidos v. Smith*, de 1820, quando a Suprema Corte estadunidense considerou os piratas como inimigos da humanidade (*hostis humani generis*) e, portanto, puníveis nos tribunais de todas as nações²⁶.

As críticas contra o art. 8º da Convenção faziam parte de uma nova aprendizagem. Inicialmente, Moynier vislumbrava esse artigo como um complemento normal e feliz do tratado e não como o culpado pela não efetividade da Convenção nas guerras²⁷. Contudo, ele acreditava que havia a necessidade de mecanismos adicionais ao previsto pelo art. 8º, mas não sua supressão²⁸. Em 1870, Moynier confessou que o esperado pelos negociadores da Convenção era que os Estados-partes tipificassem os atos contrários a ela e os reprimissem. Como exemplo, evocou a proposição de 2 de dezembro de 1868 de Ferdinando Palasciano, segundo o qual

24 MOYNIER Gustave, *Note sur la création d'une institution judiciaire internationale propre à prévenir et à réprimer les infractions à la Convention de Genève*, Soullier et Wirth, Genève, 1872, p.3.

25 ROLIN-JAEQUEMYNS Gustave, « Convention de Genève : Note sur le projet de M. Moynier, relatif à l'établissement d'une institution judiciaire internationale, protectrice de la convention », in *Revue de droit international et de législation comparée*, 1872, pp. 340-1.

26 SCHARF Michael P., "Universal Jurisdiction and the Crime of Aggression", in *Harvard International Law Journal*, Volume 53, Number 2, Summer 2012, pp.366.

27 MOYNIER Gustave, *La Convention de Genève pendant la guerre franco-allemande*, Imprimerie Soullier & Wirth, Genève, 1873, p. 52.

28 Mesmo após essa posição de Moynier, Gillot considerava o art. 8º como inútil: «Nociva se os comandantes em chefe, vendo a possibilidade de aplicar ou não a Convenção, seguem seu julgamento da aplicação ser propícia ou problemática - Inútil se entendemos que cabe aos comandantes assegurar o estrito cumprimento da Convenção» («Nuisible si les commandants en chef y voient la possibilité pour eux d'appliquer ou non la Convention suivant qu'ils jugeront son application propice ou gênante - Inutile si l'on entend par là qu'il importe aux commandants de veiller à la stricte observation de la Convention.») GILLOT Louis, «La Révision de la Convention de Genève», Arthur Rousseau Paris, 1901, pp. 329.

ele sugeriu tipificar os atos proibidos pela Convenção de 1864 no contexto da reforma do código penal marítimo do Reino da Itália²⁹. O pioneiro médico e parlamentar italiano desejava, assim, adaptar os princípios dessa Convenção à guerra marítima, o que internacionalmente fora feito em Genebra, em 20 de outubro de 1868, mediante os artigos adicionais à Convenção, os quais a Itália havia assinado, mas que somente fora ratificado pelos Estados Unidos em 1882.

Se Moynier esperava um gesto razoável dos Estados em direção à implementação da Convenção, a tipificação internacional foi proposta por outro negociador durante esse processo de ampliação da Convenção de 1864, que culminou no tratado de 1868. O movimento revisionista teve as primeiras manifestações feitas pela sociedade médica de Darmstadt em 1865, objetivando justamente a aplicação da Convenção nas guerras navais. Exatamente nessa cidade, o militar e cavaleiro Karl August Brodrück, um dos negociadores da Convenção de 1864 em nome do Grã-Ducado de Hesse, propôs uma Convenção penal para a complementar³⁰. Pela primeira vez, a tipificação internacional fora concretamente proposta, no sentido que entendemos hoje, com os seguintes artigos:

“1 – Quem roubou, maltratou ou feriu soldado fora de combate, como feridos, enfermos ou prisioneiros, será punido com pena de prisão e degradação, ou, se provocou morte, a pena de morte.

2 – Qualquer pessoa que, conscientemente e sem uma ordem de serviço, perturbado pela força no cumprimento de seu mandato ou feito prisioneiro um oficial médico do exército inimigo, ou qualquer outro indivíduo pertencente ao pessoal médico sanitário inimigo e equipado com o emblema internacional, será punido com pena de prisão. Será punido com a mesma pena e com a degradação qualquer que, intencionalmente e sem provocação anterior, maltratou ou feriu uma das pessoas acima designadas;

29 Segundo tradução de Moynier, o projeto de Palasciano era o seguinte: «a) Quiconque aura dépouillé soit un homme de la marine, soit un individu adjoint au service militaire naval, soit un prisonnier de guerre, lesquels seraient trouvés blessés ou malades, ou aura commis sur leur personne les actes visés par les articles 279, 280 e 281 du présent code, sera puni, selon les circonstances, de la mort, ou des travaux forcés à vie ou à temps, sans préjudice de la dégradation s’il y a lieu. b) Le vol, le détournement ou la destruction des vivres, médicaments, engins et instruments destinés au soulagement des malades et des blessés, quel que soit celui des belligérants auquel ils appartiennent, sera puni du maximum de la réclusion militaire. c) la détention arbitraire des blessés ou des malades neutralisés sera punie des travaux forcés à temps. d) La détention arbitraire des personnes neutralisées, sans être ni malades ni blessés, sera punie de la réclusion militaire de sept ans au minimum. e) la fraude commise en simulant soit le fait d’être malade ou blessé, soit toute autre qualité qui rend une personne neutre, sera punie du maximum de la réclusion militaire» («a) Qualquer que ultraje enfermos e feridos da marinha, a incluir assistentes no serviço militar naval ou prisioneiro de guerra, ou que seja responsável por qualquer dos atos previstos nos artigos 279, 280 e 281 deste Código, será punido, de acordo com as circunstâncias, à morte ou a trabalhos forçados por toda vida ou durante algum período de tempo, sem prejuízo da pena de degradação, se essa for também determinada; b) o roubo, a apropriação indébita ou destruição de alimentos, medicamentos, aparelhos e instrumentos para o tratamentos dos enfermos e feridos, independentemente do lado beligerante ao qual pertençam, será punido com o tempo máximo possível de prisão militar; c) a detenção arbitrária de pessoas enfermas, feridas ou incapacitadas será punida com a pena temporária de trabalhos forçados; d) a detenção arbitrária de pessoas incapacitadas, sem estarem nem enfermas ou feridas, será punida com pena de reclusão militar de no mínimo sete anos; e) a fraude cometida mediante simulação de estar enfermo ou ferido, ou qualquer outro estado que torne uma pessoa incapacitada, será punido com a pena máxima possível de prisão militar”). MOYNIER Gustave, *Etude sur la Convention de Genève*, Librairie de Joël Cherbuliez, Paris, 1870, pp. 309-310.

30 BRODRÜCK, Karl August. *Das Kriegsrecht des neunzehnten Jahrhunderts in Beziehung auf den Genfer Congress*. Darmstadt, 1865, p. 46. Jamais encontrei esse livro, mas construo essa citação a partir de referências e pistas retiradas de obras do século XIX.



se abusados ou feridos uma das pessoas designadas acima, se a provocou morte, a pena será a capital.

3 – Será punido com as penas características contra roubo, pilhagem, ou extorsão, qualquer pessoa que, sem uma ordem de serviço, apreendeu, danificou ou destruiu material sanitário de qualquer exército a que pertença.

4 – Será punido com a exclusão do serviço, ou a degradação e prisão, qualquer militar que intencionalmente, com premeditação e sem provocação anterior, executou ou ordenou um ataque armado contra locais de enfermaria, de leprosários, ambulâncias, ou contra um comboio, seja de feridos ou de enfermos.

5 – Qualquer médico militar e qualquer pessoa pertencente ao serviço sanitário ou adjunto a este serviço, e munido do emblema internacional, que, além do caso evidente de legítima defesa, participou a um combate ou engajamento, ou cometeu qualquer outro ato de hostilidade, será punido com pena de prisão e, se for o caso, com a exclusão do serviço ou a degradação.”³¹

Brodrück morreu em 1866 e não teve tempo de expor suas ideias, mas, com seus artigos propostos, ele inspirou Moynier a buscar estratégias para tipicar os atos contrários à Convenção de Genebra de 1864. Nesse prisma, cumpre ressaltar que Rolin-Jaequemyns, seguido de Moynier³², defendia que a tipificação internacional deveria ser estendida a outros tratados similares à Convenção de Genebra. Eles reconheciam, então, a existência de uma família de crimes de guerra, como afirmou Moynier:

“Não é apenas em Genebra que se legislou sobre a guerra: fez-se o mesmo em Paris, em 1856, e em São Petersburgo, em 1868. Portanto, é razoável colocar esses tratados, sem prejuízo de congêneres que ainda estão por surgir, com as mesmas vantagens por mim reivindicada àquele tratado” [Convenção de Genebra de 1864]³³

Os dois tratados mencionados por Moynier são a Declaração regulando vários pontos do direito marítimo, de 16 de abril de 1856, e a Declaração de São Petersburgo sobre a proibição do uso de certos projéteis em tempo de guerra, de 11 de dezembro de 1868. A Declaração de 1856,

31 Versão feita a partir de tradução de Gustave Moynier em seu *Etude sur la Convention de Genève*, loc. cit., pp. 307-309.

32 MOYNIER Gustave, « Note sur la création d’une institution judiciaire internationale propre à prévenir et à réprimer les infractions à la Convention de Genève », loc. cit., 1872, p. 9.

33 «Ce n’est pas seulement à Genève qu’on a légiféré sur la guerre : à Paris en 1856, à St-Petersbourg en 1868, on a fait de même. Dès lors, il serait logique de mettre ces derniers traités, sans préjudice de ceux de la même famille qui sont encore à naître, au bénéfice des fa-veurs octroyées à celui pour lequel je les revendique». MOYNIER Gustave, *Considérations sur la sanction pénale à donner à la Convention de Genève présentées à l’Institut de droit international*, Imprimerie F. Regamey, Lausanne, 1893, p. 30.



COLÓQUIO INTERNACIONAL DIREITO À VERDADE E À JUSTIÇA NOS PAÍSES DO CONE SUL, PARTE II: EXPERIÊNCIAS NACIONAIS DE TRANSIÇÃO EM FACE DAS EXIGÊNCIAS DO DIREITO INTERNACIONAL – EXPERIÊNCIAS EXTRAJUDICIAIS, 02 DE DEZEMBRO DE 2011.

FONTE: ACERVO DA COMISSÃO DE ANISTIA.

sucedânea à Guerra da Criméia e por ela influenciada, é uma extensão da proibição da pirataria, evitando a emissão de carta de corso e contrabandos de guerra e de bloqueio militar, não tendo uma trajetória unânime. Moynier et Engelhardt, em relatório conjunto de 1895 endereçado ao Instituto de Direito Internacional, quando avaliavam as dificuldades enfrentadas para obter a tipificação internacional, fizeram referência à posição dos Estados Unidos sobre o acordo de 1856, ao qual se opuseram em razão de admitirem a carta de corso como prática legítima³⁴. De fato, 150 anos depois, esse exemplo ainda pode ser resgatado como um fator da dificuldade de universalização da justiça internacional, com a oposição estadunidense ao Tribunal Penal Internacional e a prática do corso replicada no *September 11 Marque and Reprisal Act of 2001*³⁵. Apesar disso, a Declaração de Paris foi ratificada por mais de cinquenta Estados, a considerar que alguns deles não existam mais.

34 Relatório apresentado em nome da Sexta Comissão por G. MOYNIER e Ed. ENGELHARDT, relatores, « De la sanction pénale à donner à la Convention de Genève », in *Annuaire de l'Institut de Droit International*, quatorzième volume (1895-1896), Session de Cambridge – Aout 1895, A. Pedone Librairie éditeur, Paris, 1895, p. 25. Em 1870, Moynier já demonstrava sua insatisfação com a postura dos Estados Unidos em relação à Declaração de 1856 (MOYNIER Gustave, *Etude sur la Convention de Genève*, loc. cit., p. 27).

35 O artigo I, seção 8, da Constituição dos Estados Unidos reconhece ao Congresso a faculdade de declarar guerra, acordar cartas de corso e de represálias e de estabelecer regulamentos concernentes à captura sobre terra e sobre o mar. Após os atentados de 11 de setembro de 2001, que foram considerados nos Estados Unidos como *acts of air piracy contrary to the law of nations*, as cartas de corso, símbolos do poder corsário, foram revigoradas para combater a pirataria terrorista. Essa regulamentação foi feita justamente pelo *September 11 Marque and Reprisal Act of 2001*, que confere ao Presidente dos Estados Unidos o poder de outorgar cartas de corso e de represálias para combater a pirataria aérea ou de outro ato de guerra similar do al Qaeda.



Diferentemente da Declaração de Paris, o segundo tratado mencionado por Moynier é o fundador da proibição ou da limitação de alguns meios de combate. Trata-se da Declaração de São Petersburgo, de 11 de dezembro de 1868, que proíbe o uso, pelas tropas do exército ou da marinha, de qualquer projétil de peso inferior a 400 gramas, que poderá ser explosivo ou carregado com materiais fulminantes ou inflamáveis. Além disso, definiu o controverso princípio de que a ciência tem de conciliar as necessidades da guerra com as leis da humanidade. Este princípio é esclarecido no preâmbulo da Declaração, quando determina que o único objetivo legítimo que os Estados devem almejar durante a guerra é enfraquecer as forças militares do inimigo; que este objetivo seria ultrapassado pelo emprego de armas que agravam inutilmente o sofrimento dos homens fora de combate ou tornam a sua morte inevitável; e que o uso de tais armas seria, portanto, contrário às leis da humanidade.

A Declaração de São Petersburgo inaugura uma série de tratados sobre a proibição de armas e seria explicitamente mencionada nos preâmbulos das declarações da Haia IV, 1, de 1899, sobre a proibição de lançar projéteis e explosivos a partir de balões ou por outros similares e novos métodos, por um período de cinco anos; IV, 2, de 1899, sobre a proibição do uso de projéteis cujo objetivo é a difusão de gases asfixiantes ou deletérios; IV, 3, de 1899, sobre a proibição do uso de balas que se expandem ou achatam facilmente no corpo humano, tais como balas de revestimento duro que não cobre totalmente seu interior ou possui incisões; e XIV, de 1907, sobre a proibição de projéteis e explosivos a partir de balões.

A primeira aproximação desses dois ramos do direito internacional dos conflitos armados inaugurados pelas Convenções de 1864 e 1868 é o art. 23, *a*, *e* e *f*, comum aos Regulamentos Anexos à Convenção II, de 1899, e à Convenção (IV), de 1907, relativos às leis e aos usos da guerra terrestre. O art. 23, *a*, proíbe o emprego de veneno ou armas envenenadas; o art. 23, *e*, o emprego de armas, projéteis ou materiais destinados a causar males supérfluos; e o art. 23, *f*, o uso indevido da bandeira parlamentar, da bandeira nacional, de insígnias militares ou do uniforme do inimigo, bem como os emblemas distintivos da Convenção de Genebra. Estas proibições comporiam, posteriormente, crimes de guerra da jurisdição do Tribunal Penal Internacional ³⁶.

36 Arts. 8, §2º, b, vii, xvii, xviii, xix e xx do Estatuto de Roma : “vii) utilizar indevidamente uma bandeira de trégua, a bandeira nacional, as insígnias militares ou o uniforme do inimigo ou das Nações Unidas, assim como os emblemas distintivos das Convenções de Genebra, causando deste modo a morte ou ferimentos graves; (...) xvii) utilizar veneno ou armas envenenadas; xviii) utilizar gases asfixiantes, tóxicos ou outros gases ou qualquer líquido, material ou dispositivo análogo; xix) utilizar balas que se expandem ou achatam facilmente no interior do corpo humano, tais como balas de revestimento duro que não cobre totalmente o interior ou possui incisões; xx) utilizar armas, projéteis; materiais e métodos de combate que, pela sua própria natureza, causem ferimentos supérfluos ou sofrimentos desnecessários ou que surtam efeitos indiscriminados, em violação do direito internacional aplicável aos conflitos armados, na medida em que tais armas, projéteis, materiais e métodos de combate sejam objeto de uma proibição geral e estejam incluídos em um anexo ao presente Estatuto, em virtude de uma alteração aprovada em conformidade com o disposto nos artigos 121 e 123”

A identificação entre esses tratados, segundo Moynier, era devido às motivações dos governos que, a fim de mitigar as calamidades da guerra, aproximaram a filosofia do direito à moral³⁷. O objetivo foi humanizar a guerra, tanto quanto possível, e estabelecer um direito da guerra adequado aos tratados, que se multiplicariam e cessariam apenas com a abolição da guerra em si³⁸.

B – A PRIMEIRA CONCEPÇÃO DE JURISDIÇÃO PENAL INTERNACIONAL

Em 1870, Moynier não acreditava ser viável a proposta de lei penal internacional formulada por Brodrück, apesar de acreditar que a criação de um tribunal internacional forte seria a única salvaguarda racional para alcançar o respeito dos termos convencionados³⁹. Da mesma forma, a proposta inovadora de Brodrück parecia inábil aos olhos de Moynier, pois oriunda de um homem de senso excessivamente prático⁴⁰. Na verdade, Moynier reconhece o valor do projeto de Brodrück, mas, segundo ele, seria razoável considerá-lo simplesmente como um modelo para leis nacionais a serem propostas, tal qual fez Palasciano na Itália. Segundo Moynier, Palasciano tinha avaliado a questão mais sadicamente que o major Brodrück⁴¹. Ele julgava que cada Estado-Parte da Convenção se apressaria, após a ratificação, em prever, internamente, penas com potencial de intimidar as pessoas⁴².

Logo após a exposição desses sentimentos, Moynier mudaria radicalmente de posição, em razão da guerra entre o Segundo Império francês e os reinos alemães unidos pela Prússia, de 19 de julho de 1870 a 28 de janeiro de 1871, quando os Estados-Partes da Convenção de Genebra de 1864 não só se omitiram em implementá-la internamente, como não a respeitaram suficientemente. Em 1972, o jurista suíço propõe um projeto de lei internacional penal, com a obrigação de instalar uma jurisdição automática a cada conflito. Ele acreditava que a existência de um tratado geral de caráter humanitário favoreceria a criação da justiça internacional, diferentemente das iniciativas de justiça internacional de cunho filosófico já alvitadas⁴³. Este

37 MOYNIER Gustave, *Etude sur la Convention de Genève*, loc. cit., p. 25.

38 Id. *Ibidem*, p. 31.

39 Id. *Ibidem*, p. 300.

40 Id. *Ibidem*, p. 307.

41 Id. *Ibidem*, p. 309.

42 MOYNIER Gustave, *Considérations sur la sanction pénale à donner à la Convention de Genève présentées à l'Institut de droit international*, loc. cit., p. 7.

43 MOYNIER Gustave, *Note sur la création d'une institution judiciaire internationale propre à prévenir et à réprimer les infractions à la Convention de Genève*, loc. cit. p. 3.

projeto de jurisdição internacional penal é considerado o pioneiro⁴⁴, mas geralmente esquecem os créditos dados por Moynier a Brodrück⁴⁵.

O modelo de jurisdição de Moynier foi infundido pelo caso *Alabama*, que, para ele, era um sinal de que a sociedade internacional começara a aceitar meios jurisdicionais de soluções de controvérsias⁴⁶. Seu projeto era de um tribunal de arbitragem internacional cujos árbitros seriam nomeados a cada guerra, e não de um tribunal penal internacional permanente. Curiosamente, embora inspirada em Brodrück, Moynier não tentou tipificar condutas, mas apenas concebeu a organização do tribunal para determinar a responsabilidade penal individual. Aos poucos, diante das resistências a seu projeto, ele o alterava, sempre em busca de solução para a efetividade da Convenção de Genebra.

Entre seus críticos, Holtzendorff et Rolin-Jaequemyns⁴⁷ sugeriram, no lugar de um tribunal penal internacional, a instalação de comissões de inquérito que averiguassem as circunstâncias das supostas violações. Esta ideia foi aceita inclusive por Moynier, sem obter sucesso, que posteriormente, em 1893, ofereceu outro projeto de acordo adicional à Convenção de Genebra de 1864, mediante o qual os Estados se comprometeriam a desenvolver legislação nacional para reprimir violações dessa Convenção e designariam instituições judiciárias superiores que poderiam servir como uma instância neutra para análise de denúncias enviadas por terceiros em guerra. Ao fim, o veredicto de culpabilidade seria enviado aos respectivos juízes naturais, a fim de punirem conforme a legislação nacional⁴⁸.

44 DUMAS Jacques, *Responsabilité internationale des États à raison de crimes ou de délits commis sur leur territoire au préjudice d'étrangers*, Sirey, Paris, 1930, pp. 492-3; HALL Christopher Keith, « Première proposition de création d'une cour criminelle internationale permanente », in *Revue internationale de la Croix-Rouge*, n° 829, 1998, p.59-78; PETIT DE GABRIEL Eulalia W., "La propuesta del Tribunal Penal Internacional de Gustave Moynier, un proyecto antiguo recientemente rescatado (1872-1998)", in CARRILLO SALCEDO Juan Antonio (coord.), *La Criminalización de la Barbarie: la Corte Penal Internacional*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2000, pp. 29-88. Contra: Quadri considera que o tribunal internacional de Nuremberg não tem precedentes: "Mesmo se tivesse sido transformado em convenção o projeto do Presidente da Cruz Vermelha Internacional, o Suíço Moynier, relativo à formação de um tribunal internacional (2 juízes nomeados pelos estados beligerantes e três pelos estados neutros) com competência para julgar crimes de guerra no lugar dos tribunais militares dos beligerantes, ninguém poderia falar de um verdadeiro precedente, pois além da limitação *ratione materiae*, de ser apenas aos crimes de guerra, o objetivo do projeto era evitar que os criminosos de guerra fossem julgados pelos beligerantes" («Même si en 1872 on avait transformé en convention le projet du président de la Croix-Rouge internationale, le Suisse Moynier, relatif à la formation d'un tribunal international (2 juges nommés par les Etats belligérants et trois par les Etats neutres) avec compétence pour juger les crimes de guerre à la place des tribunaux militaires des belligérants, on ne pourrait nullement parler d'un véritable précédent, car à part la limitation *ratione materiae* aux seuls crimes de guerre, le but du projet était d'éviter que les criminels de guerre soient jugés par les belligérants»). QUADRI R., *Cours général de droit international public*, Recueil des cours, Volume 113 (1964-III), p. 408.

45 MOYNIER Gustave, *Considérations sur la sanction pénale à donner à la Convention de Genève présentées à l'Institut de droit international*, op. cit., nota de rodapé 1, p. 14: "Antes de mim, um alemão tinha apoiado esta opinião e até mesmo elaborou um projeto de lei" («Avant moi, un Allemand avait soutenu cette opinion et même rédigé un projet de loi»).

46 MOYNIER Gustave, *Note sur la création d'une institution judiciaire internationale propre à prévenir et à réprimer les infractions à la Convention de Genève*, loc. cit., p. 3.

47 ROLIN-JAEQUEMYSN Gustave, op. cit., ver nota 25.

48 MOYNIER Gustave, *Considérations sur la sanction pénale à donner à la Convention de Genève présentées à l'Institut de droit international*, loc. cit., 1893.

A violação dos termos do armistício por indivíduos agindo por iniciativa própria dá direito de exigir a punição dos culpados e, se for o caso, uma indenização pelas perdas sofridas.

Por último, houve propostas sobre a uniformidade de repressão por parte dos Estados como a única medida de eficiência possível pela Convenção de Genebra⁴⁹. Lueder, em reforço, defendeu que os governos deveriam impor sanções severas contra os violadores da Convenção⁵⁰. No Instituto de Direito Internacional, em 1875, mais amplamente, o voto posto pelo general Arnaudeau fora a favor de um acordo entre Estados para unificar as penas aplicáveis aos crimes, delitos e contravenções cometidos em violação do direito internacional, criando um direito penal de guerra⁵¹.

Igualmente, Moynier acaba por oferecer, com Engelhardt, um outro projeto sobre a sanção penal referente às violações da Convenção de Genebra, em nome do Instituto de Direito Internacional, em 1895, pelo qual os Estados se comprometeriam a desenvolver legislação penal no prazo de três anos. Neste projeto, eles propõem uma comissão internacional de inquérito composta majoritariamente por membros de Estados neutros, em relação aos dos Estados beligerantes, com o objetivo de se pronunciar sobre a culpabilidade do réu, mas sob a condição de seu governo submeter a causa ao órgão jurisdicional competente. Sobre este último ponto, o Instituto de Direito Internacional não aprovou a proposta de comissão de inquérito e somente admitiu o direito de iniciativa de Estado neutro para solicitar ao interessado a instalação de inquérito⁵².

De qualquer modo, como disse Moynier na oportunidade, ninguém contesta que a Convenção de Genebra deva ser complementada por uma lei penal⁵³. Ao fim, Moynier, em nome do realizável, se resigna em apresentar um projeto que conste a obrigação de os Estados elaborarem uma lei particular⁵⁴. Conforme Gillot, esse retorno à obrigação de legislar não resolveria a dependência da eficácia da Convenção à boa vontade dos Estados. Contudo, a instituição obrigatória da

49 Como perspectiva de defesa da soberania, ver: BRUSA Emilio, *Di una Sanzione Penale alla Convenzione Ginevrina per i feriti in guerra*, Carlo Clausen Libraio della R. Accademia delle Scienze, 1896.

50 LUEDER C., *La Convention de Genève au point de vue historique, critique et dogmatique*, Eduard Besold Editeur, Erlangen, 1876, p. 367.

51 Ver as conclusões da IV Comissão do Instituto de Direito Internacional sobre a Declaração de Bruxelas relativa às leis e aos costumes de guerra na *Revue de Droit International et de Législation Comparée*, Tome VII, 1875, pp. 287 e 510.

52 *Annuaire de l'Institut de Droit International*, quatorzième volume, session de Cambridge – Aout 1895, A. Pedone, Librairie-Editeur, Paris, 1895, p.188.

53 Id. *ibidem*, p. 18.

54 MOYNIER Gustave, *La Révision de la Convention de Genève : Etude historique et critique suivie d'un Projet de Convention révisée*, Comité international de la Croix Rouge, Genève, pp. 35 e 51.

repressão internacional encontraria insuperáveis dificuldades políticas à época, o que confirmou negociações posteriores, como as que previram o caráter opcional das arbitragens no âmbito das Convenções de 1899 e 1907 para a solução pacífica das controvérsias internacionais feitas na Haia⁵⁵.

De qualquer forma, como resultado deste debate, emerge a obrigação de punir os crimes de guerra, como decorre dos arts. 41 e 56, parágrafo 2^o⁵⁶, comum aos anexos das Convenções sobre as Leis e Costumes da Guerra Terrestre de 1899 e de 1907; dos arts. 27⁵⁷ e 28⁵⁸ da Convenção de Genebra de 1906 para a Melhoria da Sorte dos Feridos e Enfermos nos Exércitos em Campanha; ou do art. 21⁵⁹ da Convenção de Haia de 1907, para adaptação à guerra marítima dos princípios da Convenção de Genebra. Essas normas provocaram, assim, várias leis sobre a repressão do crime, o que satisfaz parcialmente a doutrina⁶⁰.

Entre seus artigos, o art. 41 comum do Regulamento relativo às Leis e Costumes da Guerra Terrestre, nos interessa particularmente: “A violação dos termos do armistício por indivíduos agindo por iniciativa própria dá direito de exigir a punição dos culpados e, se for o caso, uma indenização pelas perdas sofridas”. Neste artigo, a violação do armistício por indivíduos permite somente a solução judiciária como resposta, tanto do ponto de vista retributivo como restaurativo. Este princípio não só escolheu a eficácia do tratado pela via penal, mas a conjugou com a reparação do dano, o que é um reflexo justo do pensamento de Moynier.

55 GILLOT Louis, Op. cit., pp. 324-5.

56 O art. 41 permite a busca pela punição de quem rompeu com as regras do armistício: “Art. 41. A violação das cláusulas do armistício feita por particulares, agindo por conta própria, dá direito somente a reclamar a punição dos culpados e, se for necessário, a indenização pelos danos sofridos”. Já o art. 56 estabeleceu o dever de reprimir crimes contra bens culturais: “Art. 56. Os bens municipais, os dos estabelecimentos consagrados ao culto, à caridade e à educação, às artes e às ciências, ainda que pertencentes ao Estado, serão tratados como propriedade privada. / A apropriação, destruição ou dano intencional dos ditos estabelecimentos, de monumentos históricos, obras de arte e de ciência estão proibidos e devem ser punidos”.

57 O art. 27 fixou a obrigação de legislar: “Os Governos Partes, cuja legislação não seja, na data da publicação desta Convenção, suficiente, tomarão e proporão às suas legislaturas as medidas necessárias para impedir a todo tempo o emprego por particulares ou por sociedades, à exceção daquelas que a isso tenham direito em virtude da presente Convenção, do emblema ou da denominação de Cruz Vermelha ou Cruz de Genebra, especialmente, com objetivo comercial, por meio de marca de fábrica ou comércio. / A interdição do emprego de emblema ou de denominação em questão produzirá o seu efeito a partir da época determinada por cada legislação, e, o mais tardar, cinco anos depois de posta em vigor a presente Convenção. Desde essa entrada em vigor, não será mais lícito adotar uma marca de fábrica ou de comércio contrária a estas interdições”.

58 O art. 28 obriga os Estados a legislar penalmente sobre a pilhagem, os maus tratos e a usurpação de emblemas: “Os Governos Partes tomarão ou proporão aos seus parlamentos, em caso de insuficiência das suas leis penais, as medidas necessárias para reprimir, em tempo de guerra, os atos individuais de pilhagem e de maus tratos contra enfermos e feridos dos exércitos, bem como para punir, como usurpação das insígnias militares, o uso abusivo da bandeira e da braçadeira da Cruz Vermelha por militares ou particulares não protegidos pela presente Convenção. / Trocarão entre si, por intermédio do Conselho Federal Suíço, as disposições relativas a essa repressão, o mais tardar em cinco anos a partir da ratificação da presente Convenção”.

59 O art. 21 desta Convenção adapta à guerra marítima o art. 28 da Convenção de Genebra de 1906: “As Potências contratantes comprometem-se igualmente a tomar ou a propor às suas legislaturas, em caso de insuficiência de suas leis penais, as medidas necessárias para reprimir em tempo de guerra os atos individuais de saque e de maus-tratos dos feridos e enfermos das marinhas, bem como para punir, como usurpação de insígnias militares, o uso abusivo dos sinais distintivos designados no art. 5º por navios não protegidos pela presente Convenção. / Comunicar-se-ão mutuamente, por intermédio do Governo dos Países Baixos, as disposições relativas a essa repressão, o mais tardar dentro dos cinco anos seguintes à ratificação da presente Convenção”.

60 POLJOKAN I. B., *La responsabilité pour les crimes et délits de guerre (étude de droit pénal international)*, Jouve et Cie Editeurs, Paris, 1923, pp. 35 e seguintes.

É emblemático que o direito à reparação já esteja presente no art. 7º da proposta de tribunal penal internacional permanente de Gustav Moynier de 1872⁶¹:

“Artigo 7º - Quando uma denúncia é acompanhada de um pedido de compensação, o tribunal é competente para decidir tal alegação e determinar o montante da indenização.

O governo do infrator será responsável pela execução da sentença.”

Observa-se que, apesar de a responsabilidade penal internacional do projeto de Moynier seja individual e não estatal, seu art. 7º define que a obrigação de reparar é devida aos governos do criminoso. O autor reconhece que a obrigação do autor do dano de reparar era elementar. No entanto, ele deslocou esta obrigação ao Estado porque, em primeiro lugar, a Convenção de 1864 “somente pode ser violada por agentes estatais”. Assim, excluía a possibilidade de crimes de guerra serem cometidos por agentes não estatais, o que era compreensível no século XIX, já que na época o direito internacional era reduzido a relações entre Estados e não se admitia, ainda, regulações de conflitos armados não internacionais. Segundo, porque “os governos são a causa de todos os males da guerra”⁶². Ele identificava o Estado como o responsável mediato dos atos criminosos de seus agentes e que não seria equitável para os lesados se eles fossem novamente vítimas da insolvência dos culpados imediatos. Além disso, ele vislumbrava essa obrigação como uma ferramenta benéfica para a prevenção, já que seria uma maneira de pressionar os Estados para fazer valer os preceitos do tratado a seus cidadãos, evitando o pagamento de indenizações⁶³.

Holtzendorff, que era favorável ao estabelecimento de comissão internacional de inquérito, e não do tribunal internacional proposto por Moynier, também acreditava que os governos são obrigados por danos decorrentes dos crimes de guerra, pois a Convenção tinha sido violada por sua própria culpa ou por oficiais exercendo comando⁶⁴. Ele não explica claramente as condições jurídicas da culpa estatal, nem a diferencia da responsabilidade do Estado devido à falta de oficiais exercendo o comando. Em qualquer caso, essa responsabilidade do Estado era vista como “civil”, não penal, conforme declarou claramente Achille Morin, que apoiou o projeto de Moynier⁶⁵.

61 MOYNIER Gustave, *Note sur la création d’une institution judiciaire internationale propre à prévenir et à réprimer les infractions à la Convention de Genève*, loc.cit, pp.10-12; MOYNIER Gustave, *Considérations sur la sanction pénale à donner à la Convention de Genève présentées à l’Institut de droit international*, loc. cit., 1893.

62 MOYNIER Gustave, « *Note sur la création d’une institution judiciaire internationale propre à prévenir et à réprimer les infractions à la Convention de Genève* », loc.cit, p. 7.

63 MOYNIER Gustave, « *Note sur la création d’une institution judiciaire internationale propre à prévenir et à réprimer les infractions à la Convention de Genève* », loc.cit, p. 7-8.

64 ROLIN-JAEQUEMYS Gustave, loc. cit., ver nota 25, p. 334.

65 Id. Ibidem, pp. 336-337.

Gustave Rolin-Jaequemyns é mais claro quando nega a responsabilidade “civil” dos Estados por *todos os males da guerra*. Além disso, segundo ele era necessário verificar a parte de responsabilidade do governo para cada fato material da violação da Convenção, e não todo dano derivado de fazer a guerra. Do contrário, a indenização prevista nos tratados de paz transformaria a condenação de indenizar como desnecessária para o vencedor e ilusória para o perdedor. Igualmente, notou várias dificuldades na determinação da indenização por certas violações da Convenção, como o crime de perfídia no uso do emblema da Cruz Vermelha, que poderia produzir impressão de não equivalência dos danos sofridos em relação ao dinheiro pago.

Por estas razões, entre outras, ele era defensor do estabelecimento de comissão internacional de inquérito que forneça a base para um pedido de indenização no interior dos Estados ou, eventualmente, a árbitros especiais⁶⁶. Sobre esse ponto, importa registrar a posição de Kamarovsky, que acreditava que a proposta de comissão feita por Rolin-Jaequemyns e Westlake conduziria a consagrar o tribunal de Moynier, porque este debate sobre a escolha dos meios de defesa jurídica da Convenção era parte de uma única e mesma reforma, em que o tribunal é a opção juridicamente mais lógica⁶⁷.

Por fim, ressalta-se que o art. 5º do projeto de Moynier de 1893, que previa tribunais neutros para averiguação dos fatos, determinava que eles deveriam negar partes civis que requeressem perdas e danos, mas poderiam se manifestar a respeito, o que não teria força executória. Na realidade, como essas instituições dos Estados neutros enviariam seus vereditos a juízes naturais, Moynier acreditava que, dentro desses Estados, o culpado não escaparia das consequências de sua má conduta, sejam elas penais ou civis⁶⁸.

Nenhuma dessas sugestões doutrinárias foram postas em prática no século XIX, mas deixaram sementes preciosas para experiências futuras, fornecendo bases para a concepção do crime internacional e de modelos de justiça internacional penal. Entretanto, um mundo conturbado estaria por vir, extremamente violento e dividido ideologicamente, sem condições de fomentar o surgimento de uma “comunidade” internacional capaz de acordar valores fundamentais a serem reprimidos penalmente. Como diria E. H. Carr, refletindo sobre a primeira metade do século XX, nas “relações internacionais modernas, o mecanismo de solução judiciária se desenvolveu muito antes do estabelecimento da ordem política na qual possa funcionar eficazmente”⁶⁹.

66 Id. *Ibidem*. op. cit., pp. 342-5.

67 KAMAROWSKY L., *Le Tribunal international*, traduit par Serge de WESTMAN, A. Durand et Pedone-Lauriel Editeurs, Paris, 1887, pp. 414-415.

68 MOYNIER Gustave, « Considérations sur la sanction pénale à donner à la Convention de Genève présentées à l’Institut de droit international », loc. cit., pp. 25-27.

69 CARR E. R., *Vinte Anos de Crise: 1919-1939*, Trad. Luiz Alberto Figueiredo Machado, Editora Universidade de Brasília/Instituto de Pesquisa de Relações Internacionais/Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, Brasília, 2001, p. 256.

A seguir, veremos que, ao lado do paradigma humanitário e sua preocupação com as vítimas, surgiram entre as duas Guerras Mundiais dois outros paradigmas de justiça internacional penal, o preocupado com a paz, e o outro, com a defesa da sociedade interna. Mesmo com essa mudança de paradigma, entretanto, como pontuou E. H. Carr, não houve desenvolvimento político de uma comunidade internacional capaz de apoiar e manter tal regramento jurídico naquele momento histórico, o que somente ocorreria com as Nações Unidas.

SEÇÃO II – PARADIGMAS PACIFICANTE E DISSUASIVO – A BUSCA DE UM LOCUS PARA O CRIME INTERNACIONAL

§1º – PARADIGMA PACIFICANTE – A JUSTIÇA INTERNACIONAL EMERGE DISTINTA NA NEGOCIAÇÃO DA GRANDE GUERRA

A guerra, por muito tempo, foi tolerada pelo direito internacional sem que lhe fossem impostas amarras significativas. Houve, por certo, o fomento de certo pacifismo jurídico capitaneado desde Giovanni de Legnano⁷⁰ e passando por Hugo Grotius⁷¹. Essa linha de pensamento alicerçaria o repúdio à guerra de agressão, parâmetro que substitui gradativamente o de guerra justa no quadro do Direito. Contudo, lento é o caminho para derivar dessa concepção a necessidade de responsabilizar penalmente os indivíduos por um crime contra a paz. Antes deste estágio, perseverou, a partir dos acordos de Westphalia de 1648, a lógica da liberdade do recurso à força.

Assim, a anistia de criminosos de guerra era vista como um fator importante para alcançar a paz, sendo cláusula obrigatória em tratados de paz, e, em relação ao responsável pela agressão entre soberanias, sequer se mencionava a hipótese de responsabilização internacional. Autores como Vattel acreditavam que a paz é sinônima de ausência de conflito e, por via de consequência, requer a anistia sobre o ocorrido na guerra. Para ele, se o tratado de paz nada dispõe sobre o

70 A obra *Tractatus de bello, de represaliis et de duello*, 1360 (1ª ed. 1477), do professor de Bologna Giovanni Legnano, é considerada o primeiro estudo sobre a legalidade do uso da força. SCHRIJVER Nico, “Article 2 paragraphe 4”, in COT Jean-Pierre, PELLET Alain, FORTEAU Mathias, « La Charte des Nation Unies : commentaire article par article », 3ª édition, ed. Economica, Paris, 2005, p.439.

71 Grotius, além de versar sobre os limites da guerra, defendia que os reis tivessem o direito de punir frente uma violação grave, não somente do Direito Natural, mas também do Direito das Gentes. GROTIUS Hugues, *Le Droit de la Guerre et de la Paix*, nouvelle traduction par Jean Barbeyrac, chez Pierre de Coup, Amsterdam, 1724, tome second, capítulos XX e XL.

assunto, a anistia é implícita, mas o ideal é que ela seja o artigo 1º do tratado de paz⁷². Essa preocupação de Vattel estava mais direcionada aos crimes ocorridos durante a guerra do que à provocação da guerra, em geral não considerada como crime. A defesa da paz, o repúdio à guerra, o elogio à cooperação e à confederação entre Estados, gradativamente, apontavam para a responsabilidade internacional do Estado agressor, e não à punição de comandantes militares, reis, presidentes, primeiros-ministros ou outros que cometiam o crime contra a paz.

Há quem aponte como precedente de julgamento por crime de agressão a condenação à morte, em 1268, de Conradin von Hohenstaufen, por ter desencadeado uma guerra injusta, mesmo sendo seu julgamento organizado por seu desafeto, Charles d'Anjou⁷³. Certamente, é um exagero citar esse fato como exemplo de julgamento internacional de um crime contra a paz, talvez um pecadilho de autores europeus impactados pela primeira pena de morte imputada a um monarca europeu, o que a distinguia de morte em batalhas ou assassinatos.

Conradin tinha 16 anos no momento de sua decapitação, quando invadira a Itália para resgatar o título de imperador do Sacro Império Romano-Germânico que pertencera a seu avô, Frederico II da Germânia, e que tinha sido dado a Charles d'Anjou, e não a seu pai, Conrado IV da Germânia, que, por sua vez, fora excomungado pelo papa Inocêncio IV.

Foi julgado por ofender a paz da Igreja, por arrogar-se rei de trono alheio, ter ocupado violenta e indevidamente o reino e conspirado à mão armada contra o rei legítimo⁷⁴. Esse fato tem poucos elementos de tutela penal internacional da paz. Não havia direito internacional moderno à época, tampouco seu julgamento poderia ser considerado internacional, já que vigorava sobreposição de poderes eclesiástico e nobiliárquico típicos da Idade Média, e, materialmente, a paz não era o bem protegido, mas sim títulos de nobreza e o poder da Igreja. Sequer essa condenação foi vista à época como justa, ao contrário, rendeu muitos protestos e até mesmo desagravo de Dante Alighieri na Divina Comédia⁷⁵.

Séculos passados desse fato, distinto seria o caso de outro rei germânico, após a Grande Guerra, quando o direito internacional penal toma novos rumos, é estimulado por debates intensos e, com a instituição da Liga das Nações, dispõe de espaço público internacional propício para conceber

72 VATTEL Emer de, *Le droit des gens ou principes de la loi naturelle, appliqués à la conduite et aux affaires des nations et des souverains*, ed. SCOTT James Brown, Carnegie Institution, Washington, tomo II, 1916 (livros III e IV da edição de 1758), p. 266.

73 CRYER Robert, FRIMAN Hakan, ROBINSON Darryl, WILMSHURST Elizabeth, *An Introduction to International Criminal Law and Procedure*, second edition, Cambridge University Press, New York, 2010, p. 232; BASSIOUNI Cherif, *International Criminal Law: Sources, Subjects and Contents*, third edition, volume I, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, 2008, note 91, p. 17.

74 BOYS Albert Du, *Histoire du droit criminel des peuples modernes: depuis la chute de l'Empire Romain jusqu'au XIXe Siècle*, Auguste Durand Libraire-Éditeur, Paris, 1858, p. 502.

75 ALIGHIERI Dante, *Divina Comédia, Purgatório*, Editora 34, São Paulo, Canto XX, par. 67, p.131.

o julgamento internacional e fundá-lo no direito internacional. De fato, o tratado de Versalhes de 1919 dá os primeiros passos para a criação de um cenário jurídico coletivo, sem o qual o direito penal não prospera, embora a tonalidade inicial era a da vindicta estatal, o que nunca conduz a um cenário de paz⁷⁶. Assim, essa nova etapa contraria o velho conceito de que um tratado de paz necessariamente acata a anistia, o que tem reflexo até nossos dias. Contrariamente, o Tratado de Versalhes admite a justiça penal como instrumento para estabelecer a paz, embora em contexto que não a favorece.

Temos que distinguir, aqui, a relação entre dois paradigmas da justiça internacional penal, em relação à paz. A primeira concepção, fundada nos tipos penais do paradigma humanitário, é a de que não há paz sem a justiça, sem o julgamento dos responsáveis por crimes de guerra e crimes contra a humanidade. A finalidade originária, nesse caso, é de caráter humanitário, de reconciliação, e tem suas origens nos negociadores da Convenção de Genebra de 1864, cujo objeto inicial era a proteção de combatentes feridos.

O Tratado de Versalhes dispôs, nos arts. 228 e 229, que os criminosos de guerra alemães, ou outros, poderiam ser julgados por cortes dos aliados e associados. O objetivo era instrumentalizar a jurisdição universal como meio de organizar o pós-guerra, e não estimular comportamentos humanitários, sendo incidente sobre crimes de guerra, e não sobre o crime de agressão, como Estados vieram a adotar⁷⁷ e seria alvo de atenção em Campala, na revisão do Estatuto do Tribunal Penal Internacional⁷⁸. Na verdade, como os tratados de direito internacional dos conflitos armados se abstinham de atribuir a sanção penal, sua aplicação dependia de disposições de leis penais internas⁷⁹.

Inspirado no direito interno e influenciado por situações pós-guerra, o debate internacional estabelece mecanismos de sanção seguindo a natureza do que é violado, se penal (crime/pena) ou civil (dano/reparação)⁸⁰. Assim, dentro do contexto de responsabilidade internacional do Estado, e não do interesse da vítima, o art. 231 do Tratado de Versalhes impõe à Alemanha e seus parceiros a obrigação sobre perdas e danos sofridos pelos governos aliados e associados e seus nacionais, em razão da guerra que lhes foi imposta pela agressão. Só mais tarde, como revela

76 BASSIOUNI Cherif, "World War I: 'the war to end all wars' and the birth of a handicapped international criminal justice system", in *Denver Journal of International Law and Policy*, 2002, v. 30, n. 3, pp. 244-291.

77 Azerbaijão, Bielorrússia, Bulgária, República Checa e Estônia adotaram legislação que permitem a jurisdição universal para julgamento do crime de agressão. Ver U.N. Secretary-General, *Report of the Secretary-General Prepared on the Basis of Comments and Observations of Governments: The Scope and Application of the Principle of Universal Jurisdiction*, at 29, U.N. Doc. A/65/181 (July 29, 2010).

78 SCHARF Michael P., "Universal Jurisdiction and the Crime of Aggression", in *Harvard International Law Journal*, Volume 53, Number 2, Summer 2012, pp.358-389.

79 POLJOKAN I. B., op. cit., pp. 92 e seguintes.

80 BOLLECKER-STEIN Brigitte, *Le préjudice dans la théorie de la responsabilité internationale*, Editons A. Pedone, Paris, 1973, p. 14.

a posição de Roberto Ago no seu curso na Academia de Direito Internacional da Haia em 1939, defende-se que um mesmo ilícito internacional possa produzir os dois efeitos, a reparação e a sanção⁸¹, mas essa noção teria terreno mais fértil no paradigma humanitário. Mais precisamente, no Tribunal Penal Internacional e nas Câmaras extraordinárias dos tribunais cambojanos.

Posteriormente à Versalhes, em 1920, o Tratado de Sèvres⁸², entre os aliados e o Império Otomano, previa o julgamento dos jovens turcos pelo genocídio dos armênios, que posteriormente foram anistiados pelo Tratado de Lausanne de 1923, em anexo oculto⁸³. Similar concepção seria replicada na constituição de jurisdições internacionais, nomeadamente os tribunais posteriores à Segunda Guerra Mundial, a começar pelos tribunais militares de Nuremberg e de Tóquio e, posteriormente, os tribunais *ad hoc* criados pelo Conselho de Segurança para a Ex-Iugoslávia e para Ruanda⁸⁴. Há muitas diferenças entre todas essas experiências, mas não fazem parte de um paradigma humanitário. São tribunais militares de quem venceu a guerra, selecionando quem julgar, ou criados pelo Conselho de Segurança da ONU, elegendo a justiça penal para resolver certas situações internacionais. Todavia, esses tribunais, apesar desse enquadramento político e predomínio paradigmático, em muitos aspectos conseguiram superar seu enquadramento institucional.

Díspar da origem da competência material desses tribunais, a finalidade última dessas pretensões, ou realizações de julgamento, não é a proteção humanitária, mas auxiliar a paz, ser um instrumento da paz, embora não isolado de outras questões políticas. Nesse sentido, ao lado de preocupações políticas e econômicas, alertou Kelsen durante a Segunda Guerra Mundial que a justiça internacional em si seria um mecanismo apto para a busca da paz internacional, quando derivado de um tratado, o que viria com a Carta das Nações Unidas e sua Corte Internacional de Justiça e, no âmbito penal, com o Tribunal Penal Internacional⁸⁵.

81 AGO Roberto, *Le délit international*, Recueil des cours, Volume 68 (1939-II), p. 429.

82 McCORMACK Timothy, "From Sun Tzu to the Sixth Committee: the evolution of an International Criminal Law", in McCORMACK, Timothy; SIMPSON, Gerry. *The Law of War Crimes: national and international approaches*, Kluwer Law International, Hague, 1997, p. 48; SCHABAS William, *An Introduction to the International Criminal Court*, Cambridge University Press, Cambridge, 2001, p. 4.

83 O art. 226 do Tratado de Sèvres concede às Potências Aliadas o poder de julgar os turcos que cometeram crimes de guerra durante a Primeira Guerra Mundial. E o art. 230 aventa a possibilidade de um tribunal ser criado pela Liga das Nações para esse efeito. Essas pretensões foram fracassadas, e definitivamente afastadas pelo Tratado de Lausanne de 1923.

84 KNOOPS Geert-Jan Alexander, "International and Internationalized Criminal courts: the new face of international peace and security?", in *International Criminal Law Review*, v. 4, 2004, p. 531: "(...) pode-se dizer que a noção de paz e segurança internacionais como a única causa para que organização de tribunais penais internacionais pudesse ter aumentado a percepção de 'imperialismo humanitário'. No entanto, não parece haver nenhuma razão para que a paz a segurança internacional pudesse ter sido o efeito causador de tais tribunais." Tradução livre de João Alberto Tomacheski para o original: "(...) it can be said that the notion of international peace and security as the sole cause for setting up international criminal courts may increase the perception of 'humanitarian imperialism.' However, there appears to be no reason why international peace and security may not be a causative effect of such courts"

85 KELSEN Hans, "International Peace-By Court or Government?", in *The American Journal of Sociology*, v. 46, n.º 4, 1941, pp. 571-581: "(...) a experiência ensina que os estados submetem-se mais facilmente a um tribunal internacional do que a um governo internacional. Tratados que incorporam as decisões das cortes têm-se revelado até agora o meio mais eficaz. Raramente um estado tem se recusado a executar a decisão de um tribunal que ele reconheceu num tratado. A ideia de lei, apesar de tudo, parece ainda ser mais forte do que qualquer outra ideologia de poder." Tradução livre de João Aberto Tomacheski para o original: "(...) experience teaches that states submit more easily to an international court than to an international government. Treaties embodying court decisions have proved up to now to





COLÓQUIO INTERNACIONAL DIREITO À VERDADE E À JUSTIÇA NOS PAÍSES DO CONE SUL, PARTE II: EXPERIÊNCIAS NACIONAIS DE TRANSIÇÃO EM FACE DAS EXIGÊNCIAS DO DIREITO INTERNACIONAL – EXPERIÊNCIAS JUDICIAIS, 02 DE DEZEMBRO DE 2011.

FONTE: ACERVO DA COMISSÃO DE ANISTIA.

Reflexo dessa experiência, o preâmbulo do Estatuto de Roma reconhece que “crimes de uma tal gravidade constituem uma ameaça à paz, à segurança e ao bem-estar da humanidade”, que preenche alguns requisitos de críticas passadas, como a necessidade de um órgão permanente⁸⁶. Assim, ao contrário do modelo da Conferência de Roma, que criou o Tribunal Penal Internacional, a princípio de tom humanitário, a justiça inspirada em outro modelo é seletiva, escolhendo situações e casos para auxiliar a paz, não priorizando a reparação às vítimas e até sendo complacente com anistias. Todavia, importa registrar não somente a magnitude do valor paz, mas também que muitos princípios caros à justiça internacional derivaram dessas experiências. A seguir, nossa atenção, nesse momento, é verificar a outra faceta do paradigma pacificante.

be the most effective. Seldom has a state refused to execute the decision of a court which it has recognized in a treaty. The idea of law, in spite of everything, seems still to be stronger than any other ideology of power”

86 SØRENSEN Max, « La juridiction criminelle internationale dans un système de sécurité collective », in *Politique étrangère*, Année 1952, v. 17, n. 3, pp. 113 – 126.

Esse paradigma da jurisdição internacional penal possui lado mais ostensivo, que não diz respeito a julgar crimes ocorridos durante a guerra e assim contribuir para a paz, mas julgar o crime de provocar a guerra, o chamado crime contra a paz, cuja expressão maior é o crime de agressão. Quanto ao Tratado de Versalhes, lembremos seu art. 227, que imputa responsabilidade ao ex-imperador da Alemanha, Guilherme II de Hohenzollern, «por ofensa suprema contra a moral internacional e a autoridade sagrada dos tratados». Ora, o objetivo desse dispositivo era reprimir o kaiser alemão por ter ofendido a neutralidade da Bélgica e de Luxemburgo durante a Grande Guerra, e não por ter cometido crimes de guerra. O Tratado de Versalhes usa expressões mais ligadas à ciência política que ao direito, como moral internacional. Ao final, o Kaiser não foi julgado, já que obteve asilo nos Países Baixos, mas lançado estava o precedente⁸⁷.

Ainda no Entre Guerras foi negociado o “Pacto Briand-Kellog”, de 27 de agosto de 1928, que considerava a guerra como um meio ilícito de solução de controvérsias e renunciava a guerra como instrumento de política nacional nas suas relações recíprocas⁸⁸. Também merece menção acordos negociados em Londres que definem a guerra de agressão, como o tratado de 3 de julho de 1933, que foi ratificado por Romênia, Estônia, Letônia, Polônia, Turquia, União Soviética, Irã, Afeganistão, e com adesão da Finlândia. Similar a esta Convenção, foi assinado instrumento em 4 de julho de 1933, entre União Soviética, Romênia, Tchecoslováquia, Turquia e Iugoslávia. Entre União Soviética e Lituânia foi estabelecido acordo parecido também, em 5 de julho de 1933, já que esta não participava de acordo em que estivesse a Polônia, devido à disputa por Vilna.

Pelo tratado de 3 de julho de 1933, agressão seria a declaração de guerra contra outro Estado, a invasão por uso de forças armadas de outro Estado independentemente da declaração de guerra, ataque por forças terrestres, marítimas ou aéreas contra território alheio ou navios de outro Estado, também independente de declaração de guerra, bloqueio naval das costas e portos de outro Estado, apoio a grupos armados em seu território que tenham invadido outro Estado, ou recusa, apesar de pedido do outro Estado, de tomar as medidas necessárias em seu Estado para privar esses grupos de toda assistência e proteção. Esses acordos foram registrados na Liga das Nações, sendo usados somente contra o governo soviético, em 14 de dezembro de 1939, quando da invasão da Finlândia⁸⁹.

87 MERIGNHAC Alexandre, « De la responsabilité pénale des actes criminels commis au cours de la guerre de 1914-1918 », in *Révue de Droit international et de Législation Comparée*, 1920, v.1, pp. 34-70 ; SCHABAS, William. *An Introduction to the International Criminal Court*. Cambridge: Cambridge University Press, 2001, p. 3.

88 O'CONNEL Mary Ellen, NIYAZMATOV Mirakmal, “What is Aggression? Comparing the Jus ad Bellum and the ICC Statute”, in *Journal of International Criminal Justice*, v. 10, Issue 1, March , 2012 , p. 191.

89 ALEXANDROV Stanimir, *Self-Defense Against the Use of Force in International Law*, Kluwer Law International, The Hague, 1996, pp.72-3.

A Carta das Nações Unidas consagra no art. 2º, §4º, que os Estados devem se abster de recorrer à ameaça ou ao uso da força contra a integridade territorial ou a independência política de outro Estado ou outro modo incompatível com a própria Carta. Como exceção, esse instrumento permite a legítima defesa individual e coletiva no seu art. 51 e o uso da força pelo Conselho de Segurança (cap. VII da Carta). Essa linhagem de disposição em tratado, considerada como *jus cogens*⁹⁰, advém das Conferências da Paz da Haia de 1899 e 1907, do Pacto da Liga das Nações, Sexta Conferência Panamericana⁹¹ e, sobretudo, do Pacto de Briand-Kellogg.

Com base nessa normativa, a Carta de Nuremberg foi o primeiro exemplo de tipificação do crime de agressão. Dispunha o art. 6(a) desse instrumento que era crime contra a paz “planejar, preparar, iniciar ou travar uma guerra de agressão, ou uma guerra em violação a tratados, acordos ou garantias internacionais, ou participar em plano comum ou conspiração para a realização de qualquer um desses atos”. Conforme esse artigo, os limites do crime de agressão não são de todo explícitos, sendo uma espécie de crime contra a paz.

Durante os julgamentos, o tribunal de Nuremberg asseverou o difundido trecho de que a guerra de agressão não era somente um crime internacional, mas o crime internacional supremo, que encerra em si os crimes de guerra. Concretamente, condenou doze réus pelo crime de agressão pelo tribunal de Nuremberg, além de estimular julgamentos internos, como os dos tribunais americanos (*I.G. Farben, Krupp, High Command, e Ministries cases*), polonês (caso *Greiser*) e chinês (*Sakai case*)⁹². Dessa experiência, fixou-se um dos princípios de Nuremberg definidos em 1950 pela Assembleia Geral da ONU⁹³.

Após os julgamentos da Segunda Guerra Mundial, vários instrumentos e debates foram feitos nas Nações Unidas sobre a responsabilidade internacional dos Estados em caso de agressão. Entre estes, o que resultou na Resolução 3314 da Assembleia Geral de 1974, cujo art. 5, §2º dispõe que toda guerra de agressão, é um crime contra a paz internacional.

Contudo, nem toda ofensa à integridade territorial e política de outro Estado configura agressão. A Corte Internacional de Justiça, no caso *Contras da Nicarágua*, por exemplo, considerou agressão o envio por um Estado de grupos armados ao território de outro Estado, mas somente se tal

90 SCHRIJVER Nico, “Article 2 paragraphe 4”, in COT Jean-Pierre, PELLET Alain, FORTEAU Mathias, « La Charte des Nation Unies : commentaire article par article », 3ª édition, ed. Economica, Paris, 2005, p. 459-462.

91 A Sexta Conferência Panamericana, ocorrida em Havana em 1928 definiu que não há controvérsia internacional que não se possa resolver pacificamente e que a guerra de agressão constitui um crime contra o gênero humano.

92 DRUMBL Mark A., “The Push to Criminalize Aggression: Something Lost Amid the Gains?”, in *Case W. Res. Journal of International Law*, 2009, n. 41, p.296.

93 Princípio 6 (a): Os crimes enumerados abaixo são puníveis como crimes de direito internacional. a. Crimes contra a paz: i) Planejar, preparar, iniciar ou travar uma guerra de agressão ou uma guerra em violação de tratados, acordos ou compromissos internacionais; ii) participar de plano concertado ou conspiração para a realização de qualquer dos atos referidos na alínea i (trad. do autor).



Entendo que uma exótica resolução desqualificando o ato como agressão não impedirá a ação do promotor.

hostilidade tivesse a dimensão de um conflito armado, e não a de um incidente de fronteira⁹⁴. Os limites de qual grau de violação de um território, ou da vida política de um País, foram exaustivamente discutidos para a tipificação desse crime na jurisdição do Tribunal Penal Internacional.

O art. 5, §1º, d do Estatuto de Roma prevê o crime de agressão, mas o §2º do mesmo artigo remeteu à definição desse crime para futura revisão, pois, durante a Conferência de Roma de 1998, não houve consenso sobre essa tipificação, apenas sendo consolidado que o tipo não deveria ser contrário ao disposto na Carta da ONU. Na oportunidade, foi adotada a resolução F, que estabeleceria Comissão preparatória para proceder a projeto de tipificação e as condições de exercício jurisdicional desse crime. Tal Comissão apresentou suas conclusões em julho de 2002, que foram trabalhadas por um grupo de trabalho especial sobre o crime de agressão, que apresentou seu anteprojeto em 2009⁹⁵.

A Conferência de Revisão ocorreu em Campala (Uganda), entre os dias 31 de maio e 11 de junho de 2010, e tipificou o crime de agressão na jurisdição do Tribunal Penal Internacional. Essa tipificação foi produto de disputa negociada entre os que pretendiam, com engenharia legislativa, manter a independência do TPI e os que defendiam o poder de o Conselho de Segurança controlar o TPI nessa matéria. Evidentemente, no extremo dessa última concepção, havia quem simplesmente não deseja a tipificação por envolver tema a ser resolvido no âmbito político⁹⁶.

Na frente da batalha jurídica, escolhia-se entre reger a emenda pelo §4º ou pelo §5º do art. 121 do Estatuto de Roma. Em outros termos, disputava-se entre as opções de as regras que condicionam o exercício da jurisdição do TPI sobre o crime de agressão entrarem em vigor (art. 121, §4º) após ratificação destas por 7/8 dos Estados Membros com extensão automática da jurisdição ao 1/8 restante, ou após cada ratificação (art. 121, §5º), excluindo os que não a ratificassem. Por trás dessa discussão técnica, estavam os que defendiam a prevalência do Conselho de Segurança em autorizar ou impedir o exercício da jurisdição do TPI e, igualmente, os que o condicionavam ao consentimento do Estado agressor⁹⁷.

94 CIJ, Nicaragua c. Estados Unidos da América, sentença de 27 de junho de 1986, §195.

95 KREB Claus, HOLTZENDORFF Leonie von, "The Kampala Compromise on the Crime of Aggression", in *Journal of International Criminal Justice*, n. 8, 2010, pp.1179-1217.

96 O'CONNELL Mary Ellen, NIYAZMATOV Mirakmal, "What is Aggression? Comparing the Jus ad Bellum and the ICC Statute", in *Journal of International Criminal Justice*, v. 10, 2012, p.190.

97 TRAHAN Jennifer, "The Rome Statute's Amendment on the Crime of Aggression: Negotiations at the Kampala Review Conference", in *International Criminal Law Review*, 2011, v. 11, pp. 49-104.

A Conferência de Campala optou por incluir todas as emendas sobre o crime de agressão (inclusive o art. 15 bis e ter), e não somente o tipo penal (art. 8 bis), na opção do art. 121, §5º, o que permitiu dar guarida à possibilidade de um Estado-Parte não aceitar essa emenda e de um Estado não Parte não ser objeto de julgamento pelo TPI. Ademais, condicionou a entrada em vigor da emenda a um ano após trinta ratificações e a decisão a ser tomada em conferência de Estados- Partes a partir de 2017. Ademais, a emenda permite o envio de um caso não somente pelo Conselho de Segurança, mas também pelo Estado-Parte e pelo promotor, sendo que os filtros externos ao TPI não foram consagrados.

Se houver uma resolução do Conselho de Segurança constatando o ato de agressão, o procurador pode investigar. Se não houver essa resolução em seis meses após notificação do procurador, ele pode investigar após permissão da Câmara de instrução. Entendo que uma exótica resolução desqualificando o ato como agressão não impedirá a ação do promotor. Contudo, se a emenda do crime de agressão não ampliou os poderes do Conselho de Segurança, além do já existente poder de suspender um processo (art. 16 do Estatuto de Roma), ela, de certa maneira, admitiu a exigência do consentimento do Estado agressor como pré-requisito ao exercício jurisdicional.

Primeiro, porque um Estado-Parte do Estatuto de Roma pode não fazer uma declaração de aceitação dessa competência e, assim, deixar seus nacionais imunes à jurisdição do TPI (art. 15 bis, §6º), como França e Reino Unido já se manifestaram nesse sentido em Campala. Segundo, porque o TPI não tem competência sobre o crime de agressão cometido por nacionais ou no território dos Estados não Partes do Estatuto de Roma, a exemplo de Rússia, Estados Unidos, China e Israel (art. 15 bis, §5º)⁹⁸. Esses pontos tornam a ratificação dessa emenda sobre o crime de agressão indesejável, já que um Estado aderente pode ser atacado, em seu território, e o TPI não ter competência em matéria de agressão, ao contrário do que ocorreria em caso de genocídio, crimes contra a humanidade e crimes de guerra.

Como positivo, temos a histórica tipificação do crime de agressão, que traz ao mundo penal o conceito ínsito na resolução 3314 da Assembleia Geral da ONU, de 1974. Genericamente, é o emprego por um Estado-Parte de suas forças armadas para atentar a soberania, a integridade territorial ou a independência política de outro Estado. Esse conceito inclui o envio a outro Estado de grupos privados, irregulares ou de mercenários para cumprir o ato de agressão; e exclui formas modernas de interpretar abusivamente a Carta da ONU, a fim de justificar a ingerência em outro país.

⁹⁸ VYVER Johan D. van der, "Prosecuting the Crime of Aggression in the International Criminal Court", in *National Security & Armed Conflict Law Review*, v. 1, 2010-2011, pp. 1-52.

Contudo, o crime de agressão, como advém de paradigma pacificante, mudou a lógica do Estatuto de Roma, evitando a jurisdição ampla, com pretensão de ser universal. A indeterminação desse cenário gera, assim, defensores de sua não inclusão na esfera do TPI nesse momento⁹⁹.

§2º – PARADIGMA DISSUASIVO – TERRORISMO E DISTÚRBIOS INTERNOS

O rol de tipos penais internacionais propostos na história do direito internacional penal se distingue em parte do atual, especialmente porque associado à variada competência extraterritorial dos Estados e das possibilidades existentes de extradição, tal é o caso da pirataria, do tráfico de mulheres e de escravos¹⁰⁰.

A grande confusão para saber o que seria um *delicta juris gentium* foi amplamente debatida nas conferências internacionais para a unificação do direito penal, que se iniciaram em 1927, e, em torno do debate do que seria o “emprego intencional de meios capazes de causar perigo comum”; emerge alguns tipos penais, entre os quais o terrorismo, a partir da reunião de 1930. O terrorismo aparece como alguma conduta com poder de causar pavor na população mediante atos de violência, sem implicar necessariamente a aplicação de meios de perigo comum, como seria o caso de assassinato de políticos¹⁰¹.

O *delicta juris gentium* implicava a obrigação de extraditar o autor do crime e a possibilidade de julgá-lo no local de sua captura, ou seja, afirmava-se, na década de 30, a jurisdição universal e o princípio *aud dedere aut iudicare* (ou julga, ou extradita). Na época uma pretensão doutrinária, hoje, estas são características caras ao direito internacional penal.

Quanto ao crime de terrorismo especificadamente, contudo, há que se reconhecer que sua inclusão em projetos de jurisdição penal internacional é antiga e foi amplamente defendida no período entre guerras. Muitos doutrinadores colaboraram para o desenvolvimento do direito internacional penal nesse período, individualmente, como Vespasien Pella¹⁰², Politis¹⁰³, Caloyani¹⁰⁴,

99 PAULUS Andreas, “Second Thoughts on the Crime of Aggression”, in *The European Journal of International Law*, v. 20. n° 4, 2010; 1117–1128.

100 DUMAS, Jacques. “Y a-t-il des crimes internationaux?”, in *Revue de Droit International e de Législation Comparée*, n° 4, 1932, pp. 721-41.

101 Actes de la Ve Conférence Internationale pour L’Unification du Droit Pénal (Madrid, 14-20 Octobre 1933), Rapport et projet de textes présentés par M. le professeur J. A. Roux, Editions A. Pedone, Paris, 1935, p. 44.

102 PELLA, Vespasien. *Projet de statut d’une cour de justice criminelle internationale, précédé d’une introduction de M. le conseiller Megalos A. Caloyanni et du rapport de M. Vespasien V. Pella*. Paris : Librairie des Juris-classeurs / Editions Godde, 1928(?) ; PELLA, Vespasien. *La criminalidad colectiva de los Estados y el derecho penal del porvenir*. Madrid: Aguilar, 1931.

103 POLITIS, Nicolas. *La Justice Internationale*, Librairie Hachette, Paris, 1924.

104 CALOYANNI, Mégalos A. “La Justice Pénale Internationale”, in *Revue Pénitentiaire de Pologne*, v. IV, nos 3/8, 1929.

Saldaña¹⁰⁵, Donnedieu de Vabres¹⁰⁶, ou coletivamente, como os projetos de 1920 da Comissão de juristas da Haia ou da *International Law Association*).

Entretanto, o que provocou a discussão sobre a repressão do terrorismo na Sociedade das Nações foram os assassinatos do rei Alexandre I da Iugoslávia e do chanceler francês Louis Barthou, entre outros, no tumultuado 9 de outubro de 1934 em Marselha, devido ao fogo cruzado gerado por atentado de um membro de organização nacionalista macedônica¹⁰⁷.

Diante desse fato, a Iugoslávia¹⁰⁸ aciona a Sociedade das Nações, que acaba por gerar caso contra a Hungria, por possível apoio aos mentores do atentado, que incluiria a Oustacha¹⁰⁹. O complicado cenário que antecedia à Segunda Guerra Mundial, tornava difícil atribuir responsabilidades a um só lado, mas o que surpreendeu não foi o engenho diplomático da resolução da Sociedade das Nações, mas sim seu item IV, que indicava a elaboração de projetos de convenção internacional contra o terrorismo e de tribunal penal internacional para julgá-lo¹¹⁰.

Adotados em 16 de novembro de 1937, esses instrumentos nunca entrariam em vigor, porém importa registrar que, como ato terrorista, a convenção considerava os atentados contra os chefes de Estado, seus próximos e equivalentes, bem como a destruição de bens públicos e atos que colocavam em perigo geral vidas humanas¹¹¹.

É exatamente essa tradição que é resgatada pelo Tribunal Especial para o Líbano, criado pelo Conselho de Segurança das Nações Unidas pela resolução 1664, de 29 de março de 2006. Segundo seu estatuto (art. 1º), esse tribunal tem competência para julgar responsáveis pelos “crimes terroristas” que provocaram a morte do antigo primeiro-ministro libanês Rafic Hariri e de outras pessoas, ou feridos, entre 1º de outubro de 2004 e 12 de dezembro de 2005, ou data posterior a acordar, se for o caso.

105 SALDAÑA, Quintiliano. « *La Justice Pénale Internationale* », Recueil des cours, v. 10, 1925-V.

106 VABRES, Donnedieu de. *Introduction à l'étude du droit pénal international*. Paris : Sirey, 1922 ; VABRES, Donnedieu de. « La Cour permanente de Justice Internationale et sa vocation en matière criminelle », in *Revue internationale de droit pénal*, nos 3-4, 1924, pp. 175-201.

107 Morto igualmente, Velicko Kerin pertencia a uma organização revolucionária macedônica (VMRO - Vansna Makedonska Revolutionona Organizacija).

108 Lançou mão do art. 11, segundo parágrafo, do Tratado de Versalhes de 1919.

109 Partido croata dos direitos, que se radicalizara (Ustasa *Hrvatska Revolucionarna Organizacija*).

110 EUSTATHIADES, « La Cour pénale internationale pour la répression du terrorisme et le problème de la responsabilité internationale des Etats », in *Revue générale de droit international public*, 1936, t. 43, nos 1-6, pp. 385-411.

111 KOVACS Peter. « Le grand précédent: la Société des Nations et son action après l'attentat contre Alexandre, roi de Yougoslavie », in *European Integration Studies*, n. 1, 2002, pp. 30-40.

Ao comparar todas as demais jurisdições penais internacionais ou internacionalizadas, muitos afirmariam que o Tribunal Especial para o Líbano possui competência material heterodoxa. O direito aplicado é interno, especificadamente, o código penal libanês, no que se refere ao crime de terrorismo, de crimes e delitos contra a vida e a integridade física das pessoas, de associação ilícita, entre outras normas, bem como os arts. 6º e 7º da lei libanesa do 11 de janeiro de 1958, que agrava penas para a sedição, a guerra civil e a luta confessional¹¹².

O TSL não parte da aplicação direta de tratados internacionais, como ocorre em outros tribunais internacionalizados. Apesar de cogitados por relatório do Secretário-Geral das Nações Unidas sobre esse tribunal, de 15 de novembro de 2006, os crimes contra a humanidade não foram incluídos na sua competência, pré-qualificando os fatos lá ocorridos, já que os assassinatos levados a termo no Líbano poderiam ser considerados como parte de ataque sistemático ou generalizado contra a população civil, um tipo consagrado de crime contra a humanidade. Contrariamente, a tipificação libanesa de terrorismo e os demais tipos penais mencionados não fazem nenhuma referência ao direito internacional¹¹³, embora as cortes internas devam considerar a incorporação de certos tratados no direito interno, como a Convenção árabe para a repressão do terrorismo.

O Tribunal Especial para o Líbano é internacionalizado por seu ato constitutivo, um acordo do Estado com as Nações Unidas, pela composição do tribunal, que envolve juízes e procurador internacionais, mas o conteúdo internacional do direito aplicado diz respeito, sobretudo, às garantias penais¹¹⁴, não à competência material. Entretanto, a menção ao terrorismo na constituição desse tribunal não somente resgata a mencionada iniciativa da década de 30 do séc. XX, mas abre precedente para a inclusão do crime de terrorismo no Estatuto de Roma, embora essa hipótese não tenha sido sequer discutida na Conferência de Revisão de Campala de 2010.

A inserção na competência material do Estatuto de Roma do crime de terrorismo, apesar de não contar com espaço na agenda atual e dos próximos anos, não terá precisamente no Estatuto do Tribunal Especial do Líbano um porto seguro para superar as profundas divergências de seus termos conceituais¹¹⁵. De qualquer modo, inaugura na prática um sistema em que se utiliza o direito penal para evitar perigos e ameaças aos poderes constituídos, associados à segurança internacional.

112 REYDAMS Luc, WOUTERS Jan, "The Politics of Establishing International Criminal Tribunals", in REYDAMS Luc, WOUTERS Jan, RYN-GAERT Cedric, *International Prosecutors*, Oxford University Press, Oxford, 2012, p. 40 e ss.

113 O art. 314 do código penal libanês considera atos de terrorismo todos os fatos cujo objetivo é criar estado de alerta, que teriam sido cometidos por meios suscetíveis de produzir perigo comum, como agentes explosivos, materiais inflamáveis, produtos tóxicos ou corrosivos, agentes infecciosos ou microbianos.

114 Por exemplo, não serão aplicadas penas de trabalhos forçados e de morte previstas no direito libanês.

115 A principal dificuldade em definir o crime de terrorismo tem sido eventos ligados às lutas de libertação e a potencialidade de politizar o TPI com um tipo muito genérico. Mesmo assim, muitos o consideram um crime internacional: ARMSTRONG, David; FARREL, Theo; LAMBERT, Héléne. *International Law and International Relations*. Cambridge: Cambridge University Press, 2007, pp.190-1.

CONSIDERAÇÕES FINAIS: A CONTRIBUIÇÃO DA EXPERIÊNCIA LATINO-AMERICANA AOS PARADIGMAS

Os principais objetivos de uma sentença internacional penal são a reconciliação, a dissuasão, a retribuição e a reabilitação¹¹⁶. Contudo, tais objetivos, quando associados a práticas de justiça internacional penal, são contextualizados no paradigma da Justiça do Vencedor. Essa simplificação ignora, primeiro, que toda justiça é implementada por uma perspectiva vencedora; segundo, que um vencedor de guerra em geral não opta por mecanismos judiciais; terceiro, que nem todo crime internacional a ser julgado é derivado da guerra, como certos crimes contra a humanidade; quarto, ignora a pluralidade de experiências históricas do direito internacional penal; quinto, é uma posição estática temporalmente, que não acompanha a evolução histórica das relações internacionais.

A proposta desse ensaio é de que em torno da complexa formação dos tipos penais internacionais surgiram três paradigmas de justiça internacional: o humanitário, o pacificante e o dissuasivo. Cada um com uma proposta essencial, embora possam dialogar entre si. Nessa perspectiva, não podemos ignorar a contribuição da região para cada um desses paradigmas, a partir das violências sofridas ou provocadas.

O paradigma humanitário tem sua origem nas negociações da Convenção de Genebra de 1864 e pretende evitar violações graves à dignidade humana. Portanto, é mais receptivo à garantia de reparações às vítimas, como demonstram o Tribunal Penal Internacional e as Câmaras Extraordinárias do Camboja, girando em torno dos tipos penais de crimes de guerra e crimes contra a humanidade.

A maior contribuição da América Latina a este paradigma, derivada das práticas ditatoriais que a invadiram a partir da década de 60, foi o combate ao desaparecimento forçado de pessoas, com a elaboração da convenção interamericana de desaparecimento forçado e o impulso à sua tipificação no Estatuto do Tribunal Penal Internacional, enquanto um crime contra a humanidade.

116 BAGARIC Mirko, MORSS John, "International Sentencing Law: In Search of a Justification and Coherent Framework", in *International Criminal Law Review*, 2006, v. 6, pp. 191-255.

O paradigma pacificante tem sua origem no tratado de Versalhes de 1919, e pretende ser um instrumento para a paz, alimenta-se dos tipos penais do paradigma humanitário, mas tem seu ponto central em torno do crime de agressão. Trata-se de um paradigma que enfrenta o grande cenário político internacional e o uso da força nas relações internacionais. Assim, gera resistências, que foram capazes de alterar a dinâmica do Estatuto de Roma quando da tipificação do crime de agressão na Conferência de Campala, em 2010.

Sobre este ponto, a ofensiva sofrida pela região latino-americana, sobretudo de ações dos Estados Unidos e de países europeus, gerou variada posição contra a agressão ou a favor da solução pacífica das controvérsias, que influenciaram o direito internacional e, em especial, a Conferência da Paz de 1907. Primeiro, cita-se a Doutrina Drago, devida ao chanceler argentino Luis María Drago, diante da flexibilidade da Doutrina Monroe em admitir ações europeias contra países americanos a fim de cobrar dívida.

Precisamente, Drago reagia ao bloqueio naval à Venezuela, em 1902, feito por Grã-Bretanha, Alemanha e Itália, a fim de cobrar dívida diante da moratória declarada pelo Presidente venezuelano Cipriano Castro. Essa posição aperfeiçoava a posição de Carlos Calvo, segundo o qual seria proibida a intervenção diplomática enquanto não estavam esgotados os meios pacíficos de controvérsias. A Conferência da Haia de 1907 corrobora essa posição, tendo como um dos defensores Rui Barbosa, que acresce o princípio da igualdade de todos os Estados soberanos como requisito imprescindível a qualquer mecanismo de solução de litígios internacionais.

Por fim, o paradigma dissuasivo se originou dos debates ocorridos entre a Primeira e a Segunda Guerra Mundial e, mais especificadamente, do projeto de tribunal internacional para o terrorismo elaborado no seio da Liga das Nações. O objetivo é confrontar o tema da segurança nacional, da proteção de autoridades e da defesa da sociedade diante de ataques difusos, dedicando-se em especial ao crime de terrorismo. Portanto, possui muitas características do direito e das preocupações internas, como demonstra a realidade do Tribunal Especial para o Líbano, além de não contar com um tipo consensual de terrorismo no plano internacional.

Em relação a este paradigma, ainda indeterminado no âmbito internacional, a experiência autoritária latino-americana indica que o crime de terrorismo é, com frequência, apontado para os inimigos de um determinado regime. Na região, os membros de grupos revolucionários ou opositores aos regimes ditatoriais instalados eram denominados subversivos ou terroristas. Contudo, a principal contribuição a este paradigma é a constatação de que o terrorismo pode ser cometido pelo próprio Estado. O terrorismo de Estado foi compreendido como aquele arquitetado por ditaduras, sobretudo lançando mão de torturas e desaparecimento forçado de pessoas, e, desse modo, atemorizando a população.

Compreender a dinâmica da justiça internacional penal é visualizar suas fragilidades, suas pretensões e desafios, bem como adequá-la e defendê-la em consórcio com transformações políticas, econômicas e sociais por um mundo mais justo. Assim, não a torna estática, pode admitir outros paradigmas, como o ambiental, por exemplo, e não se curva aos jargões da história, que só serão pronunciados no futuro com a nossa anuência.

REFERÊNCIAS

AGO Roberto, *Le délit international*, Recueil des cours, Volume 68 (1939-II).

ALEXANDROV Stanimir, *Self-Defense Against the Use of Force in International Law*, Kluwer Law International, The Hague, 1996.

Annuaire de l'Institut de Droit International, quatorzième volume, session de Cambridge – Aout 1895, A. Pedone, Librairie-Editeur, Paris, 1895.

ARMSTRONG, David; FARREL, Theo; LAMBERT, Hélène. *International Law and International Relations*. Cambridge: Cambridge University Press, 2007.

BAGARIC Mirko, MORSS John, "International Sentencing Law: In Search of a Justification and Coherent Framework", in *International Criminal Law Review*, 2006.

BARANTE M. de, *Histoire des Ducs de Bourgogne de la Maison de Valois (1364-1477)*, Tome Dixième – Charles le Téméraire, quatrième édition, Paris, Librairie Ladvocat, 1826.

BASSIOUNI Cherif, "World War I: 'the war to end all wars' and the birth of a handicapped international criminal justice system", in *Denver Journal of International Law and Policy*, 2002.

BESSION Abbé L., *Mémoire historique sur l'abbaye et la ville de Lure suivi d'une notice sur le prieuré de Saint-Antoine et les seigneurs de Lure et de passavant*, Bintot imprimeur-éditeur, Besançon, 1846.

BOLLECKER-STEIN Brigitte, *Le préjudice dans la théorie de la responsabilité internationale*, Editions A. Pedone, Paris, 1973.

BOYS Albert Du, *Histoire du droit criminel des peuples modernes: depuis la chute de l'Empire Romain jusqu'au XIXe Siècle*, Auguste Durand Libraire-Éditeur, Paris, 1858.



BRAUNSTEIN Philippe, *Travail et Entreprise au Moyen Age*, De Boeck Université, Bruxelles, 2003.

BRUSA Emilio, *Di una Sanzione Penale alla Convenzione Ginevrina per i feriti in guerra*, Carlo Clausen Libraio della R. Accademia delle Scienze, 1896.

CALOYANNI, Mégalos A. "La Justice Pénale Internationale", in *Revue Pénitentiaire de Pologne*, v. IV, n^{os} 3/8, 1929.

CARR E. R., *Vinte Anos de Crise: 1919-1939*, Trad. Luiz Alberto Figueiredo Machado, Editora Universidade de Brasília/Instituto de Pesquisa de Relações Internacionais/Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, Brasília, 2001.

CARTUYVELS Yves, *D'où vient le code pénal ? Une approche généalogique des premiers codes pénaux absolutistes au XVIII^e siècle*, Les Presses de l'Université de Montréal, les Presses de l'Université d'Ottawa, De Boeck Université (Bruxelles), 1996.

CLAERR STAMM Gabrielle, *Pierre de Hagenbach: le destin tragique d'un chevalier sundgauvien au service de Charles le Téméraire*, Société d'Histoire du Sundgau, Strasbourg, 2004.

CRYER Robert, *Prosecuting International Crimes: Selectivity and the International Criminal Law Regime*, Cambridge University Press, 2005.

DESCHÊNES Jules, "Toward international criminal justice, in CLARK Roger S.; SANN Madeleine (ed.), *The Prosecution of International Crimes: A Critical Study of the International Tribunal for the Former Yugoslavia*, Transaction Publishers, New Brunswick, 1996.

DRUMBL Mark A., "The Push to Criminalize Aggression: Something Lost Amid the Gains?," in *Case W. Res. Journal of International Law*, 2009.

DUMAS, Jacques. "Y a-t-il des crimes internationaux?," in *Revue de Droit International e de Législation Comparée*, n^o 4, 1932.

EUSTATHIADES, « La Cour pénale internationale pour la répression du terrorisme et le problème de la responsabilité internationale des États », in *Revue générale de droit international public*, 1936.

FINCH George A., "The Nuremberg Trial and International Law," in *The American Journal of International Law*, V. 41, N^o. 1 (Jan., 1947).

GILLOT Louis, «La Révision de la Convention de Genève», Arthur Rousseau Paris, 1901.

KAMAROWSKY L., *Le Tribunal international*, traduit par Serge de WESTMAN, A. Durand et Pedone-Lauriel Editeurs, Paris, 1887.

KELSEN Hans, "International Peace-By Court or Government?," in *The American Journal of Sociology*, v. 46, n°. 4, 1941.

KNOOPS Geert-Jan Alexander, "International and Internationalized Criminal courts: the new face of international peace and security?," in *International Criminal Law Review*, v. 4, 2004.

KOVACS Peter. « Le grand précédent: la Société des Nations et son action après l'attentat contre Alexandre, roi de Yougoslavie », in *European Integration Studies*, n. 1, 2002.

KREB Claus, HOLTZENDORFF Leonie von, "The Kampala Compromise on the Crime of Aggression," in *Journal of International Criminal Justice*, n. 8, 2010.

LUEDER C., *La Convention de Genève au point de vue historique, critique et dogmatique*, Eduard Besold Editeur, Erlangen, 1876.

McCORMACK Timothy, "From Sun Tzu to the Sixth Committee: the evolution of an International Criminal Law," in McCORMACK, Timothy; SIMPSON, Gerry. *The Law of War Crimes: national and international approaches*, Kluwer Law International, Hague, 1997.

McCORMACK Timothy L. H., « From Sun Tzu to the Sixth Committee: The Evolution of an International Criminal Law Regime », in McCORMACK Timothy L. H., SIMPSON Guerry J., *The Law of War Crimes: national and international approaches*, Kluwer Law International, La Haye/Londres/Boston, 1997.

MERIGNHAC Alexandre, « De la responsabilité pénale des actes criminels commis au cours de la guerre de 1914-1918 », in *Révue de Droit international et de Législation Comparée*, 1920, v.1.

MOYNIER Gustave, *Considérations sur la sanction pénale à donner à la Convention de Genève présentées à l'Institut de droit international*, Imprimerie F. Regamey, Lausanne, 1893.

MOYNIER Gustave, *Etude sur la Convention de Genève*, Librairie de Joël Cherbuliez, Paris, 1870.

MOYNIER Gustave, *La Convention de Genève pendant la guerre franco-allemande*, Imprimerie Soullier & Wirth, Genève, 1873.



MOYNIER Gustave, *La Révision de la Convention de Genève : Etude historique et critique suivie d'un Projet de Convention révisée*, Comité international de la Croix Rouge, Genève.

MOYNIER Gustave, *Note sur la création d'une institution judiciaire internationale propre à prévenir et à réprimer les infractions à la Convention de Genève*, Imprimerie Soullier et Wirth, Genève, 1872.

O'CONNEL Mary Ellen, NIYAZMATOV Mirakmal, "What is Aggression? Comparing the Jus ad Bellum and the ICC Statute," in *Journal of International Criminal Justice*, v. 10, Issue 1, March, 2012.

PAULUS Andreas, "Second Thoughts on the Crime of Aggression," in *The European Journal of International Law*, v. 20., n° 4, 2010.

POLJOKAN I. B., *La responsabilité pour les crimes et délits de guerre (étude de droit pénal international)*, Jouve et Cie Editeurs, Paris, 1923.

POLITIS, Nicolas. *La Justice Internationale*, Librairie Hachette, Paris, 1924.

REYDAMS Luc, WOUTERS Jan, "The Politics of Establishing International Criminal Tribunals," in REYDAMS Luc, WOUTERS Jan, RYNGAERT Cedric, *International Prosecutors*, Oxford University Press, Oxford, 2012.

ROLIN-JAEQUEMYS Gustave, « Convention de Genève : Note sur le projet de M. Moynier, relatif à l'établissement d'une institution judiciaire internationale, protectrice de la convention », in *Revue de droit international et de législation comparée*, 4e livraison, 1872.

SALDAÑA, Quintiliano. « *La Justice Pénale Internationale* », in *Recueil des cours*, v. 10, 1925-V.

SCHABAS William, *An Introduction to the International Criminal Court*, Cambridge University Press, Cambridge, 2001.

SCHARF Michael P, "Universal Jurisdiction and the Crime of Aggression," in *Harvard International Law Journal*, Volume 53, Number 2, Summer 2012.

SCHRIJVER Nico, "Article 2 paragraphe 4," in COT Jean-Pierre, PELLET Alain, FORTEAU Mathias, « La Charte des Nation Unies : commentaire article par article », 3^e édition, ed. Economica, Paris, 2005.

SCHWARZENBERG Georg. *A Forerunner of Nuremberg: the Breisach War Crimes of 1474*, in *Manchester Guardian*, 28th September, 1946, section 9.

SÖRENSEN Max, « La juridiction criminelle internationale dans un système de sécurité collective », in *Politique étrangère*, Année 1952.

TRAHAN Jennifer, "The Rome Statute's Amendment on the Crime of Aggression: Negotiations at the Kampala Review Conference", in *International Criminal Law Review*, 2011, v. 11.

VATTEL Emer de, *Le droit des gens ou principes de la loi naturelle, appliqués à la conduite et aux affaires des nations et des souverains*, ed. SCOTT James Brown, Carnegie Institution, Washington, tomo II, 1916.

VAUGHAN Richard, *Charles the Bold: the last valois duke of Burgundy*, Boydell & Brewer, Woodbridge, Suffolk, U.K.; Rochester, N.Y., 2002.

VYVER Johan D. van der, "Prosecuting the Crime of Aggression in the International Criminal Court", in *National Security & Armed Conflict Law Review*, v. 1, 2010-2011.

TARCISO DAL MASO JARDIM

Consultor Legislativo do Senado Federal em direito internacional. Ex-consultor do Comitê Internacional da Cruz Vermelha. Observador internacional nas negociações que estabeleceram o Tribunal Penal Internacional permanente e membro da delegação brasileira na Conferência de Revisão do Estatuto de Roma.

RESUMO: O ensaio propõe a supressão da visão simplista de que a justiça internacional penal é uma justiça de vencedores, apresentando inédita teoria de três paradigmas (humanitário, pacificante e dissuasivo), que serve de ferramenta para melhor compreender as jurisdições penais internacionais ou internacionalizadas.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Internacional Penal; Crime Internacional; Tribunal Penal Internacional.

ABSTRACT: The paper proposes the deletion of the simplistic view that international criminal justice is a victor's justice, and presents a novel theory with three paradigms (humanitarian, pacifying and deterrent), which serves as a tool to better understand the international or internationalized criminal courts.

KEY-WORDS: International Criminal Law; International Crime; International Criminal Court.



COLÓQUIO INTERNACIONAL DIREITO À VERDADE E À JUSTIÇA NOS PAÍSES DO CONE SUL, PARTE I: EVOLUÇÃO DO DIREITO INTERNACIONAL E REGIMES AUTORITÁRIOS LATINO-AMERICANOS – A CONTRIBUIÇÃO DA JUSTIÇA PENAL INTERNACIONAL, 1º DE DEZEMBRO DE 2011.

FONTE: ACERVO DA COMISSÃO DE ANISTIA.



DIREITO À VERDADE E JUSTIÇA DE TRANSIÇÃO: A CONTRIBUIÇÃO DO SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS

Kathia Martin-Chenut

Doutora e Habilitada a dirigir pesquisas (HDR) pela Universidade de Paris I (Panthéon-Sorbonne), Pesquisadora do Centre National de la Recherche Scientifique (CNRS), UMR DRES (CNRS-Universidade de Estrasburgo) – Equipe RSE (França)

A contribuição do sistema interamericano de proteção dos direitos humanos à afirmação de um direito à verdade e à evolução da justiça de transição é inegável. Como evidenciado na justificativa deste seminário, trata-se de um duplo movimento: por um lado, o contexto latino-americano – notadamente a proliferação de regimes autoritários na região e suas consequências: violações graves e/ou massivas de direitos humanos – contribuiu para a evolução do direito internacional em geral e interamericano em particular; por outro lado, a jurisprudência interamericana tem um impacto na evolução da justiça de transição nos países da região, mesmo se este impacto é, como pudemos constatar durante o seminário, heterogêneo. Mas além deste impacto do sistema interamericano nos países membros, quando foca-se a análise no tema da luta contra a impunidade dos autores de graves violações dos direitos humanos, pode-se também constatar a influência do sistema interamericano em outros sistemas de proteção dos direitos humanos¹.

Antes de abordar quais são as contribuições concretas deste sistema regional de proteção dos direitos humanos à evolução da justiça de transição, breves linhas serão consagradas ao particularismo deste sistema, fortemente influenciado pelos contextos político e sócio-econômico dos países da região.

¹ V. por exemplo, E. Lambert-Abdelgawad e K. Martin-Chenut, *Les réparations des victimes de violations graves et massives des droits de l'homme : la Cour interaméricaine, pionnière et modèle ?*, Paris : Société de Législation Comparée, Coll. de l'UMR de droit comparé, vol 20, 2010.

1. O PARTICULARISMO DO SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS

O sistema regional interamericano é resultado de uma lenta evolução iniciada em 1948 com a criação da Organização dos Estados Americanos (OEA) e a adoção da Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem. A Declaração Americana foi adotada antes mesmo da Declaração Universal de Direitos Humanos, não podendo ser negligenciado o papel da América Latina e de seus juristas na evolução do direito internacional em geral e do direito internacional dos direitos humanos em específico².

Apesar destas iniciativas precursoras e do fato de a gênese do sistema interamericano ter sido contemporânea à do sistema europeu, um descompasso entre estes dois sistemas surgiu no processo de adoção da Convenção Americana. O contexto político da região, na época, pode explicar este descompasso. Somente em 1969, uma convenção americana de proteção dos direitos humanos foi adotada, em um ambiente marcado pela proliferação de regimes ditatoriais na região.

A Convenção europeia constituiu uma fonte de inspiração para a Convenção Americana (CADH), mas esta última vai além da primeira. Certos direitos previstos no texto americano não são previstos pelo texto europeu, como por exemplo, o direito ao reconhecimento da personalidade jurídica (art. 3), o direito de proteção da honra (art. 11), o direito de retificação ou de resposta (art. 14), o direito ao nome (art. 18) ou, ainda, o artigo relativo aos direitos da criança (art. 19). A Convenção europeia também não possui o equivalente ao artigo 2 da Convenção Americana, relativo à obrigação dos Estados de adaptar seu direito interno à Convenção, o qual teve um papel muito importante, como veremos abaixo, no desenvolvimento da jurisprudência relativa às obrigações positivas a cargo do Estado. Quanto aos direitos inderrogáveis em situações de emergência, o rol do artigo 27 da Convenção Americana é mais extenso que o rol de direitos previsto pelo art. 15 da Convenção europeia³.

A Convenção Americana somente entrou em vigor uma década após a sua adoção, e a Corte interamericana foi instalada em 1979, em uma atmosfera acentuadamente autoritária.

² Por exemplo, a participação de Alejandro Alvarez, através da promoção do que ele denominava “Declaração dos Direitos e Deveres das Nações”, no processo de adoção da Declaração Americana, a qual precedeu a Declaração Universal. Foi também durante a IX Conferência interamericana de Bogotá que surgiu a proposta precursora de criação de uma jurisdição internacional de proteção dos direitos humanos (proposta brasileira).

³ Entretanto, as circunstâncias que permitem a suspensão das garantias são mais amplas no texto americano.

O Sistema interamericano é complexo, pois possui como fontes principais dois instrumentos (a Declaração Americana de 1948 e a Convenção Americana de 1969). A este dualismo normativo deve ser acrescentado um dualismo institucional. O sistema interamericano é um sistema bicéfalo, ele possui dois órgãos de controle distintos (a Comissão e a Corte interamericanas) sediados em dois países diferentes (Estados-Unidos para a Comissão e Costa Rica para a Corte).

A Comissão funciona tanto como órgão político, competente para realizar visitas *in loco* e elaborar relatórios sobre a situação dos direitos humanos nos Estados-membros, quanto como órgão quase-jurisdicional, competente para analisar a admissibilidade de denúncias relativas a violações de direitos humanos e para conduzir um procedimento que pode ter como desfecho o encaminhamento do caso à Corte. Já a Corte, o órgão jurisdicional do sistema, além de competência contenciosa, possui importante competência consultiva sobre a interpretação do direito interamericano de proteção dos direitos humanos⁴.

Contrariamente ao sistema europeu, no sistema interamericano, a competência contenciosa da Corte é sujeita à aceitação dos Estados membros (art. 62 da CADH). Além desta particularidade do sistema interamericano, ligada ao reconhecimento da competência do órgão de controle jurisdicional, é preciso ressaltar que, também contrariamente ao sistema europeu, em que todos os países membros do Conselho da Europa ratificaram a Convenção europeia, a Convenção Americana dos direitos humanos não foi subscrita e ratificada por todos os países membros da OEA⁵.

Ora, esta disparidade quanto ao estado das ratificações da Convenção explica e justifica, em parte, a manutenção de dois órgãos distintos de controle (Comissão e Corte) diferentemente do sistema europeu, que suprimiu a Comissão europeia em 1998 (Protocolo adicional nº 11 à Convenção europeia).

Por um lado, com base na Carta da OEA e na Declaração Americana de direitos e deveres do homem, a Comissão controla todos os Estados membros da OEA, pois estes textos lhes são aplicáveis independentemente da situação destes Estados quanto à ratificação da Convenção Americana. Por outro lado, a Corte interamericana exerce um controle somente sobre os Estados que ratificaram a Convenção e só exerce a sua competência contenciosa sobre Estados que a aceitaram.

4 Importante tanto em termos qualitativos, quanto quantitativos. Durante seus primeiros anos de existência, a Corte exerceu somente esta função. Antes da primeira sentença, em 1987 (Caso *Velásquez Rodríguez c/ Honduras*), ela já havia emitido oito opiniões consultivas.

5 25 Estados dos 35 membros da OEA a ratificaram, mas com a denúncia do tratado feita por Trindade e Tobago, assim como pela Venezuela, este número caiu para 23.

A disparidade das ratificações, mas também a particularidade da exigência de declaração de reconhecimento da competência contenciosa da Corte pelos Estados, justifica e legitima a manutenção dos dois órgãos de controle. A Comissão é o único órgão regional capaz de controlar o respeito dos direitos humanos pelos Estados membros da OEA que não ratificaram a Convenção ou que não aceitaram a competência da Corte interamericana, como os Estados Unidos e o Canadá⁶. Esta é uma das razões pelas quais o exemplo europeu de supressão da Comissão europeia não deve servir de fonte de inspiração para o sistema interamericano. Pois se assim fosse, o sistema interamericano, no estágio atual das ratificações e do reconhecimento da competência da Corte, se tornaria realmente o que Hector Gros Espiel denominava, no final dos anos oitenta e início dos anos noventa, de “sistema latino-americano de proteção dos direitos humanos”⁷.

A jurisprudência interamericana, apesar de ser modesta em termos quantitativos quando comparada à jurisprudência europeia, mostra-se, em termos qualitativos, rica, inovadora e até mesmo ousada⁸. Através de uma interpretação dinâmica da Convenção Americana, por vezes se servindo inclusive de fontes exógenas ao sistema interamericano, a Corte contribui de modo notável à evolução da tutela dos direitos humanos na região. As contribuições da Corte à emergência de um direito à verdade e ao desenvolvimento de mecanismos de justiça de transição destinados, notadamente, a lidar com violações de direitos humanos cometidos no passado, se insere neste movimento de interpretação evolutiva da CADH feita pela Comissão e pela Corte interamericanas. E elas são diversas: a definição de um novo crime, o crime de desaparecimento forçado (2); em estreita ligação com esta evolução, a emergência de um direito à verdade (3); enfim, também em estreita ligação com as precedentes evoluções mencionadas, o desenvolvimento de obrigações positivas de natureza penal (substancial e processual) no quadro da luta contra a impunidade dos autores de graves violações de direitos humanos (4). A questão das reparações mostra-se também central no sistema interamericano, o qual é pioneiro na matéria. Apesar de esta contribuição não consagrar um tópico a esta questão, ela estará presente e será tratada de modo transversal nos próximos três tópicos deste texto.

6 E ela o faz. Diversos são os exemplos de casos e relatórios, por exemplo, em matéria de limitação da aplicação da pena de morte ou de garantias do devido processo legal, inclusive no contexto da luta contra o terrorismo. V. Por exemplo, ComIDH, “La pena de muerte en el sistema interamericano de derechos humanos: de restricciones a abolición”, OEA/Ser.L/V/II, Doc. 68, 2011 e ComIDH, “Informe sobre terrorismo y derechos humanos”, OEA/Ser. L/V/II.116, Doc 5, rev. 1, corr. 22, outubro de 2002.

7 Cf. H. Gros Espiell, « La convention américaine et la convention européenne des droits de l’homme – Analyse comparative », in *Recueil des cours de l’Académie de droit international*, tomo 218, 1991, p. 226.

8 Aliás, por ser ousada, é muitas vezes criticada.

2. O SISTEMA INTERAMERICANO E A DEFINIÇÃO DE UM NOVO CRIME: O CRIME DE DESAPARECIMENTO FORÇADO

O desaparecimento forçado não é um fenômeno exclusivamente latino-americano, mas foi na América Latina que essa prática se generalizou, a partir dos anos sessenta, no âmbito dos diversos regimes ditatoriais que assolaram a região⁹. Se tal generalização ocorreu, foi por causa da percepção de que o desaparecimento forçado seria um crime perfeito, com a ausência: de vítima (ela desapareceu), de corpo de delito (está oculto, dissimulado) e, muitas vezes também, de autor (geralmente acobertado pelo aparelho estatal, ele não se manifesta¹⁰).

Foi esta prática sistemática de desaparecimentos forçados na América Latina que levou a comunidade internacional a reagir contra este fenômeno. O sistema interamericano teve um papel fundamental na definição de um novo crime que, à semelhança do crime de genocídio, tem sua origem no direito internacional e, posteriormente, em um movimento descendente, integra progressivamente as ordens jurídicas nacionais.

Apesar de a Assembleia Geral das Nações Unidas ter, desde os anos setenta, adotado resoluções sobre este fenômeno¹¹, e da criação, no início da década de oitenta, do Grupo de Trabalho sobre Desaparecimento Forçado ou Involuntário de Pessoas, a apreensão jurídica do fenômeno dos desaparecimentos forçados foi, em grande parte, fruto do sistema interamericano de proteção dos direitos humanos. Este último contribuiu amplamente para a identificação dos direitos violados por esta prática, e para a definição jurídica do fenômeno dos desaparecimentos forçados. Desde o primeiro caso contencioso perante a Corte, importantes construções jurisprudenciais vieram a lume, a fim de definir as obrigações do Estado em face destas práticas.

9 O dilema dos regimes autoritários é que, com o passar dos anos, a estrutura oficial implantada para a repressão da dissidência, apesar de se apoiar em restrições a garantias constitucionais, mostra seus limites. Ora, estes regimes, para manterem o poder, recorrem então a práticas que fogem por vezes à própria legalidade por eles estabelecida. É o que o relatório redigido por Nicole Questiaux para a ONU, sobre as consequências dos Estados de exceção para os direitos humanos, considera como a última etapa da degradação do Estado de direito: os desaparecimentos forçados, os assassinatos políticos, entre outros. V. N. Questiaux, « Étude sur les conséquences pour les droits de l'homme des développements récents concernant les situations dites d'État de siège ou d'exception », Conseil économique et social, Commission des droits de l'homme - Distr. Générale E/ CN 4/Sub. 2/1982/15.

10 Diferentemente do que ocorre no sequestro, em que o autor costuma se manifestar, ainda que para a exigência de pagamento de resgate.

11 V. p. ex. Res. n° 3220 (XXIX) de 1974 (*missing persons*); Res. 33/173 de 20 de dezembro de 1978 (pessoas desaparecidas).

Os dois grandes textos fundadores do sistema interamericano (a Declaração e a Convenção americanas) não contêm dispositivos específicos sobre este fenômeno. Em 1948, quando a Declaração foi adotada, esta prática não era comum nos países da região. Quando da elaboração da Convenção, os Estados da região que praticavam os desaparecimentos não tinham nenhum interesse em que o fenômeno fosse revelado, não exercendo qualquer tipo de pressão para acelerar a imposição de obrigações internacionais que visassem a frear tais violações. Ademais, a percepção majoritária era a de que os direitos previstos na Convenção Americana cobririam suficientemente este fenômeno, o qual implica múltiplas violações a direitos já assegurados. O problema, então, era o de saber como qualificar juridicamente esta prática, não havendo incriminação específica em direito interno ou internacional.

A Comissão interamericana analisou o fenômeno dos desaparecimentos forçados em 1974, após o Golpe de Estado no Chile, mas a Assembléia Geral da OEA só o reconheceu oficialmente em 1979 (através de resolução que o qualificava de prática que afrontava a consciência do hemisfério¹²), admitindo, posteriormente, que a prática do desaparecimento forçado de pessoas na América é não somente uma afronta à consciência do hemisfério, mas constitui também um crime contra a humanidade¹³. Esta última qualificação foi, em seguida, adotada por diversos instrumentos internacionais relativos a desaparecimentos forçados. Em seu relatório anual de 1986-1987¹⁴, a Comissão interamericana pediu aos países membros que considerassem a possibilidade de adotar uma convenção interamericana sobre os desaparecimentos forçados¹⁵.

Mas, somente em 1994, uma Convenção sobre o tema foi adotada¹⁶, coincidindo com os processos de abertura democrática na região. Ainda que a Convenção Interamericana tenha sido pouco ratificada (14 ratificações até o momento), ela representou um passo importante na luta contra os desaparecimentos forçados.

Em seu preâmbulo, pode-se ler que o desaparecimento forçado viola múltiplos direitos essenciais da pessoa humana, os quais não podem ser objeto de nenhum tipo de medida derogatória. O desaparecimento forçado não pode, assim, ser justificado pelas circunstâncias excepcionais

12 AG/Res. 443(IX-O/79), §3.

13 V. AG/Res. 666 (XIII-O/83), §4, OEA/Ser.LV/II.63.

14 V. ComIDH, relatório anual 1986-1987, OEA/Ser.LV/II.71.

15 A Comissão Interamericana de Direitos Humanos afirmava que a política de desaparecimentos na América Latina constituía importante instrumento de repressão e de supressão física de dissidentes políticos, solicitando, assim, a adoção de medidas especializadas tanto em nível internacional quanto em nível nacional. Em 1988, a Comissão Interamericana dos Direitos Humanos apresentou à Assembleia Geral da OEA um projeto de convenção sobre desaparecimentos.

16 Convenção interamericana sobre o desaparecimento forçado de pessoas, adotada em Belém do Pará, em 9 de junho de 1994, na 24ª sessão ordinária da Assembléia Geral da OEA, em vigor desde 28 de março de 1996.

(como o Estado de Guerra ou de Emergência)¹⁷ e sua prática sistemática constitui um crime contra a humanidade. O desaparecimento forçado é definido pela Convenção Interamericana de 1994 como sendo a “privação de liberdade de uma 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” (art. 2).

A Convenção Interamericana de 1994 impõe aos Estados a criminalização do desaparecimento forçado, especificando que esse crime deve ser punido na proporção da extrema gravidade da infração (III). Trata-se de crime continuado ou permanente enquanto o destino ou o paradeiro da vítima não é determinado (III) e a ação penal e as penas são imprescritíveis, salvo se uma norma fundamental prever garantia em sentido contrário, caso em que o prazo prescricional deve ser semelhante ao fixado para o delito mais grave na legislação interna (VII). Esta infração não deve ser julgada por jurisdições especiais, sobretudo as militares (IX).

A influência deste instrumento regional (primeiro tratado que regula a matéria) é evidente. Juntamente com a Declaração onusiana de 1992, a Convenção Interamericana fundou a luta contra a impunidade dos autores de desaparecimentos forçados¹⁸. Porém, é preciso lembrar que, neste meio tempo, antes da adoção do tratado interamericano em 1994, o avanço nesta área veio da jurisprudência interamericana¹⁹, a qual, desde suas primeiras decisões, atinentes aos casos hondurenhos (*Velásquez Rodríguez*²⁰, *Godínez Cruz*²¹, *Fairén Garbi e Solís Corrales*²²), apreendeu a complexidade do fenômeno, aplicando ao mesmo uma abordagem global²³.

No caso *Velásquez Rodríguez*, primeira decisão de uma jurisdição internacional relativa a desaparecimentos forçados, a Corte determinou que esta prática implicava uma “violação múltipla

17 V. também art. X da Convenção interamericana sobre o desaparecimento forçado de pessoas.

18 Uma Convenção internacional sobre desaparecimentos forçados somente foi adotada em 2006. Ela vai além do tratado interamericano em certos aspectos, por exemplo, no tocante à noção de vítima, na previsão de um direito à verdade (art. 24), ou, ainda, quanto à proteção das crianças (art. 25). Mas permanece aquém, por exemplo, quanto à exclusão da competência de jurisdições especiais, notadamente das militares, para o julgamento deste crime (exclusão prevista pela Convenção Interamericana no seu art. IX).

19 V. p. ex. G. Citroni, *Desaparición forzada de personas : desarrollo del fenómeno y respuestas de la Corte interamericana de derechos humanos*, *Anuario de derecho internacional*, XIX, 2003, pp. 373-408 ; J. Benzimra-Hazan, « Disparitions forcées de personnes et protection du droit à l'intégrité : la méthodologie de la Cour interaméricaine des droits de l'homme », *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, 2001, pp. 765- 796 ; C. Philippe-Marino, « Les disparitions forcées dans le jurisprudence des cours régionales des droits de l'homme, thèse de doctorat, Université de Rouen, 570p.

20 CortelDH, *Velásquez Rodríguez c/ Honduras*, 29 jul. 1988, Série C n° 4.

21 CortelDH, *Godínez Cruz c/ Honduras*, 20 jan. 1989, Série C n° 5.

22 CortelDH, *Fairén Garbi y Solís Corrales c/ Honduras*, 15 mar. 1989, Série C n° 6.

23 Aliás, a própria Corte insiste no caráter precursor de sua jurisprudência sobre desaparecimentos forçados. V. p. ex., CortelDH, *Ibsen Cárdenas et Ibsen Peña c/ Bolívia*, 01 de set. de 2010, Série C, 217, § 59.

e contínua a vários direitos reconhecidos na Convenção”²⁴. As bases jurídicas utilizadas pela Corte para condenar o Estado foram os artigos 4º (direito à vida), 5º (direito à integridade pessoal e de não ser submetido à tortura ou tratamentos desumanos e degradantes) e 7º (direito à liberdade pessoal ou de não ser detido arbitrariamente) da Convenção Americana. Quanto à violação do artigo 4º, a Corte afirma que a prática de desaparecimentos forçados frequentemente culmina na execução de pessoas detidas em segredo e sem qualquer forma de processo, execução seguida de ocultamento do cadáver, a fim de apagar qualquer traço material do crime e de assegurar a impunidade de seus autores, o que significa uma violação brutal do direito à vida²⁵. Somente mais tarde, a violação do artigo 3º (direito ao reconhecimento da personalidade jurídica) foi também admitida²⁶. Em vista do caráter múltiplo e complexo desta grave violação dos direitos humanos, a Corte reviu sua posição, para considerar que o desaparecimento forçado leva à violação do artigo 3º, porque a recusa em reconhecer a privação forçada de liberdade, ou o paradeiro da vítima, retira esta última do âmbito de proteção que a lei lhe oferece, fragilizando, assim, sua segurança pessoal e jurídica²⁷. O desaparecimento subtrai a pessoa do campo de incidência do direito, nega a sua existência e a mantém em uma situação de indeterminação jurídica face à sociedade e ao Estado que a impede de exercer, de maneira efetiva, seus direitos em geral²⁸.

A Corte foi confrontada à questão do tempo quando da análise da infração, notadamente para poder exercer a sua competência *ratione temporis*, e concluiu, se fundando na qualificação do fenômeno dos desaparecimentos forçados como infração continuada ou permanente, que a privação da liberdade é somente o início da configuração de uma violação complexa. Essa violação se prolonga no tempo até que o paradeiro da vítima seja conhecido e que sua identidade seja estabelecida²⁹.

A Corte foi também confrontada, desde o primeiro caso que lhe foi apresentado, com a questão da prova desta infração que surgia em nível internacional, principalmente a prova da violação do direito à vida. Como responder a um Estado que alega que não existe crime sem corpo do delito? Como ultrapassar o obstáculo representado pela ausência do corpo da vítima?

24 V. CortelDH, *Velásquez Rodriguez c/ Honduras*, 29 de jul. de 1988, Série C n° 4 (§§ 155-157).

25 V. CortelDH, *Velásquez Rodriguez c/ Honduras*, *supra*, § 157.

26 V. CortelDH, *Anzualdo Castro c/ Pérou*, 22 de set. de 2009, Série C n° 202, §§ 90 à 101. V. também CortelDH *Trujillo Oroza c/ Bolívie*, 26 janv. 2000, Série C n° 64 (neste caso, a Bolívia reconheceu a sua responsabilidade internacional pela violação também do artigo 3 da CADH).

27 V. CortelDH, *Anzualdo Castro Vs. Perú*, *supra*, §§ 86 et 90-101.

28 V. CortelDH, *Anzualdo Castro Vs. Perú*, *supra*, § 57.

29 V. CortelDH, *Blake c/ Guatemala*, exceções preliminares, 2 de julho de 1996, Série C n° 27, §§ 33, 39 e 40 (caso relativo a um estudante preso e executado em 1985, sendo que a Guatemala somente reconheceu a competência da Corte em 1987). Neste caso, pode ser constatada certa fragmentação dos elementos constitutivos do fenômeno, fragmentação que desaparece em seguida no caso *Trujillo Oroza c/ Bolívia*, 26 de jan. de 2000, Série C n° 64 (estudante desaparecido em 1972, sendo que a Bolívia somente reconheceu a competência da Corte em 1993).

A Corte desenvolveu uma teoria da presunção de morte³⁰. No caso *Velásquez Rodríguez*, a Corte considerou que o contexto no qual o desaparecimento ocorreu e o fato de que, passados sete anos, ignorava-se o paradeiro da vítima, constituíam elementos suficientes para concluir que houve privação da vida³¹. Para presumir que houve morte, e admitir a violação do artigo 4 da CADH, a Corte associa o tempo decorrido desde o desaparecimento da pessoa e o contexto, ou seja, a prática sistemática de desaparecimentos no país em questão³². A Corte admite um modo de prova por dedução lógica em caso de desaparecimentos forçados. A partir do momento em que existe uma prática sistemática de desaparecimentos, pode-se deduzir o desaparecimento de uma pessoa em específico³³, dedução essa que se apoia também sobre provas circunstanciais ou indiretas³⁴. Uma vez a prática ou a política de desaparecimentos estabelecida, a Corte verifica se pode deduzir a violação do direito à vida no caso concreto de desaparecimento que lhe é submetido.

A Corte ampliou igualmente, conforme a evolução de sua jurisprudência, a noção de vítima. Quando julgou o caso *Blake c/ Guatemala* em 1998, a Corte considerou que as circunstâncias do desaparecimento geravam sofrimentos e angústias tais, sem contar os sentimentos de insegurança e impotência frente à omissão do Estado em investigar, que elas justificavam a consideração dos membros da família da pessoa desaparecida como vítimas.

Para a Corte, a prática de desaparecimentos forçados implica crasso abandono dos princípios essenciais do sistema interamericano de proteção dos direitos humanos³⁵ e a sua proibição alcançou o *status de jus cogens*³⁶. Em sua jurisprudência, a Corte estabelece que, quando existem motivos para se suspeitar de que uma pessoa tenha sido vítima de desaparecimento forçado, o Estado tem o dever de investigar *ex officio* e sem dilações, de modo sério, imparcial e efetivo³⁷.

30 V., a este respeito, H. Corral Talciani, M.S. Rodríguez Pinto, « Disparition de personnes et présomption de décès. Observations de droit comparé », *Revue internationale de droit comparé*, 2000, n° 3, pp. 553-580.

31 Cf. *Velásquez Rodríguez c/ Honduras*, *supra*, § 188. V. Também *Bámaca Velásquez c/ Guatemala*, de 25 de novembro de 2000, Série C n° 70, § 173, no qual a Corte considera que o desaparecimento em 1992 de um combatente da União Revolucionária nacional guatemalteca, por mais de 8 anos, conduzia à presunção de sua execução.

32 V., notadamente, CortelDH *Bámaca Velásquez c/ Guatemala*, *supra*, § 130. Para demonstrar a existência de uma prática sistemática de desaparecimentos a Corte leva em consideração o *modus operandi* desta violação. V. CortelDH, *Velásquez Rodríguez c/ Honduras*, *supra*, § 99.

33 V. CortelDH, *Velásquez Rodríguez c/ Honduras*, *supra*, § 124. V. também, *Blake c/ Guatemala*, *supra*, § 49, *Bámaca Velásquez c. Guatemala*, *supra*, § 130.

34 V. CortelDH, *Velásquez Rodríguez c/ Honduras*, *supra*, § 124. V. também, *Blake c/ Guatemala*, *supra*, § 49, *Bámaca Velásquez c. Guatemala*, *supra*, § 130.

35 V. CortelDH, *Velásquez Rodríguez c/ Guatemala*, *supra*, § 158; mais recentemente, V. *Gomes Lund e outros (Guerrilha do Araguaia) c/ Brasil*, 24 de nov. de 2010, série C, 219, § 105.

36 V. CortelDH, *Goiburú c/ Paraguai*, 22 de set. de 2006, Série C n° 153, § 84; mais recentemente, V. *Gomes Lund c/ Brasil*, *supra*, § 105.

37 Retomaremos esta questão no item 4 desta contribuição: Sistema interamericano e luta contra a impunidade. Como veremos abaixo, se a proibição do desaparecimento forçado alcançou *status de jus cogens*, alcançou também o mesmo *status* o dever correspondente de investigar e de punir os responsáveis por tal grave violação dos Direitos Humanos (V. CortelDH, *Goiburú c/ Paraguai*, 22 de set. de 2006, Série C n° 153, § 84).



Ora, essa exigência de uma investigação efetiva depende da tipificação do desaparecimento forçado no direito interno como infração autônoma.

A tipificação do desaparecimento forçado é, inclusive, considerada pela Corte, em matéria de reparações, como uma garantia de não repetição de violações de Direitos Humanos³⁸.

Ligada também à evolução desta jurisprudência relativa ao fenômeno dos desaparecimentos forçados cometidos durante os regimes autoritários latino-americanos, aparece outra contribuição do sistema interamericano: a afirmação de um direito à verdade.

3. O SISTEMA INTERAMERICANO E A CONSAGRAÇÃO DE UM DIREITO À VERDADE

Se a origem de um direito à verdade no âmbito internacional remonta a 1977 e ao Protocolo Adicional nº I às Convenções de Genebra de 1949³⁹, o sistema interamericano em muito contribuiu para a sua emergência e afirmação em direito internacional dos direitos humanos.

Tanto no âmbito mundial quanto no regional, o tema do direito à verdade surgiu em direito internacional dos direitos humanos no contexto das respostas ao fenômeno dos desaparecimentos. O sistema interamericano foi o primeiro sistema de proteção dos direitos humanos “a tratar sistematicamente do problema”, conforme afirma Mônica Pinto⁴⁰. Segundo a autora, “não se tratava de um problema acadêmico, mas de uma urgência política”. Nas já mencionadas Resoluções da OEA, de 1979 e de 1983, pode ser constatada a preocupação com o esclarecimento da situação das pessoas desaparecidas e com o fornecimento de informação aos familiares das mesmas. Ora, a autora identifica, nestas e em outras resoluções da Assembleia Geral da OEA, o esboço de um direito de saber o que se passou⁴¹.

A Comissão Interamericana foi a primeira a construir uma doutrina sobre o tema, fruto da análise de casos de desaparecimentos forçados que lhe foram submetidos, a qual foi gradualmente

38 V. CortelDH, *Gomes Lund c/ Brasil, supra*, capítulo consagrado às reparações, §§ 284-287.

39 Artigos 32 (o direito das famílias de conhecer o destino de seus membros) e 33 (obrigação de cada Parte no conflito de procurar as pessoas cujo desaparecimento tiver sido assinalado por uma Parte adversa).

40 M. PINTO, *L’Amérique latine et le traitement des violations massives des droits de l’homme*, Paris : Pedone, 2007, p 14.

41 V. M. PINTO, *Idem*.





DEBATE ENTRE OS PARTICIPANTES DO COLÓQUIO INTERNACIONAL DIREITO À VERDADE E À JUSTIÇA NOS PAÍSES DO CONE SUL.

FONTE: ACERVO DA COMISSÃO DE ANISTIA.

inserida em seus relatórios anuais e naqueles sobre a situação dos direitos humanos nos países da região. Foi assim que, em um relatório de 1980 sobre a situação dos direitos humanos na Argentina, ela insistiu sobre a importância de se fornecer informações aos familiares das vítimas de desaparecimento forçado: *“La cuestión fundamental, a juicio de la CIDH, es la averiguación y oportuna comunicación a los familiares de la situación en que se encuentran las personas desaparecidas. Es necesario establecer con toda certeza si estas personas viven o han muerto; si están vivas, dónde se encuentran, y si han muerto, dónde, cuándo y en qué circunstancias perdieron la vida y dónde fueron inhumados sus restos”*⁴². Também em seus relatórios anuais, a Comissão afirmou existir um direito inalienável de se conhecer a verdade sobre as razões e as circunstâncias nas quais foram cometidas as infrações aberrantes, para que estas não se repitam no futuro⁴³.

Diante da ausência de previsão expressa de um direito à verdade na Convenção Americana, foi graças a uma interpretação dinâmica do tratado pelos seus órgãos de controle que os contornos desse direito foram gradualmente esboçados⁴⁴.

42 ComIDH, OEA/Ser.LV/II.49, doc. 19, 11 de abril de 1980, capítulo III (El problema de los desaparecidos), “F”, “e”, § 11.

43 Cf. ComIDH, relatório anual 1985-1986, OEA/Ser.LV/II.68, Doc. 8 rev. 1, 26 de set. de 1986, capítulo V, (<http://www.cidh.oas.org/annualrep/85.86span/Cap5.htm>).

44 O dinamismo do sistema interamericano, com suas construções jurisprudenciais, provavelmente contribuiu à consagração deste direito por um tratado onusiano em 2006: a Convenção das Nações Unidas para a proteção de todas as pessoas contra os desaparecimentos forçados (preâmbulo e art. 24 §2).

Para a Comissão, trata-se tanto de um direito coletivo que permite à sociedade ter acesso à informação essencial para o desenvolvimento dos sistemas democráticos, quanto de um direito individual para os familiares das vítimas, que permite uma forma de reparação, notadamente no caso de aplicação nacional de leis de anistias⁴⁵. A Comissão explicita que, além dos familiares das vítimas, a sociedade como um todo tem o direito de ser devidamente informada para ter condições de evitar a repetição dos fatos. Para a Comissão, tal acesso à verdade pressupõe a liberdade de expressão, o estabelecimento de comissões de investigação, assim como o acesso à justiça⁴⁶. Para a proteção deste direito, são mobilizados pela Comissão os artigos 1(1), 8, 25 e 13 da CADH⁴⁷.

A Corte interamericana, desde o seu primeiro caso, ao impor ao Estado a investigação do paradeiro da vítima, fez referência ao direito de seus familiares de saber qual foi o destino da pessoa desaparecida e onde se encontram os seus restos mortais⁴⁸, abrindo, assim, caminho para a afirmação de um direito à verdade.

Nos anos 90, a Comissão tentou fazer com que a Corte reconhecesse este novo direito, sem associá-lo a disposições da Convenção Americana. A estratégia da Comissão não teve sucesso, mas a Corte, apesar de afirmar a inexistência de tal direito no tratado regional, admitiu que o direito à verdade era um conceito emergente tanto na doutrina, quanto na jurisprudência, direito este correspondente ao dever estatal de investigar os fatos violadores da Convenção⁴⁹.

A partir de 2000, o direito à verdade adquiriu uma nova dimensão na jurisprudência da Corte, a qual começou a atribuir-lhe um lugar de destaque, um título à parte em suas sentenças⁵⁰. No caso *Bámaca Velásquez*, a Comissão tentou mobilizar os artigos 1.1, 8, 25 e 13 da CADH, para fazer com que a Corte reconhecesse um direito à verdade. A Corte não admitiu a autonomia desse direito⁵¹, mas o considerou como um direito absorvido pelas obrigações contidas nos artigos 8 e 25 da Convenção (garantias judiciais e proteção judicial). A Corte considerou o direito

45 V. p. ex., ComIDH, informe n° 1/99, caso n° 10.480, *Lucio Parada Cea, Héctor Joaquín Miranda Marroquín, Fausto García Funes, Andrés Hernández Carpio, José Catalino Meléndez y Carlos Antonio Martínez Romero c/ El Salvador*, 27 de jan. de 1999, § 150.

46 V. ComIDH, informe n° 1/99, caso n° 10.480, *supra*, §152. V. também OEA/Ser.LV/II.68, Doc. 8 rev. 1, 26 de set. de 1986, capítulo V.

47 V. ComIDH, informe n° 1/99, caso n° 10.480, *supra*, §147.

48 V. CortelDH, *Velásquez Rodríguez c/ Honduras*, *supra*, §181 (*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*”).

49 V. CortelDH, *Castillo Páez*, 3 de nov. de 1997, Série C, n° 34, §§ 86 e 90.

50 CortelDH, *Bámaca Velásquez c/ Guatemala*, 25 de nov. de 2000, Série C, n° 70, título XVI, V. também, CortelDH, *Barrios Altos c/ Peru*, 14 de março de 2001, Série C, n°75, titre VIII.

51 CortelDH, *Bámaca Velásquez c/ Guatemala*, 25 de nov. de 2000, Série C, n° 70, § 201 . V. de maneira mais explícita CortelDH, *Blanco Romero y otros c/ Venezuela*, 28 de Nov. de 2005, Série C, n°138, § 62.

à verdade como uma condição de efetividade do direito ao devido processo legal e ao acesso a um recurso judicial efetivo⁵².

Apesar das tentativas da Comissão e dos representantes das vítimas⁵³ de mobilizar, além dos artigos 8 e 25, o artigo 13⁵⁴, foi somente em 2010, no caso *Gomes Lund (Guerrilha do Araguaia)*, que a Corte aceitou o argumento da Comissão e relacionou o direito à verdade à liberdade de pensamento, expressão e informação. Tal aceitação pode ser explicada pelas particularidades do caso brasileiro: os familiares das vítimas e o Ministério Público Federal já haviam mobilizado, sem sucesso, a justiça nacional e tentado obter informações sobre as circunstâncias dos desaparecimentos forçados, assim como sobre a localização dos restos mortais dos desaparecidos através de ações de natureza não penal⁵⁵. A Corte considerou que, no caso sob análise, “o direito a conhecer a verdade se relaciona com a Ação Ordinária interposta pelos familiares, a qual se vincula com o acesso à justiça e com o direito a buscar e receber informação previsto no artigo 13 da Convenção Americana”⁵⁶. Entretanto, o que parecia ser uma abertura à ampliação dos artigos da CADH mobilizados para a afirmação de um direito à verdade não se confirmou em decisões posteriores⁵⁷.

Enfim, é preciso ressaltar que a garantia do direito à verdade é considerada pela Corte como uma modalidade de reparação. A possibilidade para os familiares da vítima de saber o que aconteceu com ela e onde se encontram os seus restos mortais constitui para a Corte um modo de reparação⁵⁸.

Este último ponto consiste também em uma contribuição importante do sistema interamericano no tocante ao tema do direito à verdade e dos mecanismos de justiça de transição. A Corte prevê formas diversificadas e originais de reparação das violações a direitos humanos, através

52 *Bámaca Velásquez c/ Guatemala*, supra, § 197-201. V. também, CortelDH, *Barrios Altos c/ Peru*, sentença de mérito, supra, § 48 ; CortelDH *Blanco Romero y otros c/ Venezuela*, 28 de novembro de 2005, Série C, nº138, § 62 ; CorteDH, *Caso de la Masacre de Pueblo Bello c/ Colombia*, 31 de jan. de 2006, Série C, nº140, § 219 ; CortelDH, *Almonacid Arellano c/ Chile*, 26 de set. de 2006, série C 154, § 148.

53 V. notadamente *Bámaca Velásquez c/ Guatemala*, supra, §147, CortelDH *Barrios Altos c/ Peru*, 14 de março de 2001, Série C, nº75, § 45-48 ; CorteDIH, *Masacre de La Rochela c/ Colômbia*, 11 de maio de 2007, Série C nº 163, § 147; CortelDH, *Masacre de Pueblo Bello c/ Colômbia*, supra, § 219.

54 Cf. “1. Toda pessoa tem o direito à liberdade de pensamento e de expressão. Esse direito inclui a liberdade de procurar, receber e difundir informações e idéias de qualquer natureza, sem considerações de fronteiras, verbalmente ou por escrito, ou em forma impressa ou artística, ou por qualquer meio de sua escolha”

55 V. CortelDH, *Gomes Lund c/ Brasil*, supra, § 187.

56 V. CortelDH, *Gomes Lund c/ Brasil*, supra, §201.

57 V. p. ex., CortelDH *Gelman c/ Uruguai*, 24 de fev. de 2011, Série C 221; CortelDH *Contreras c. El Salvador*, 31 de agosto de 2011, Série C 232; CortelDH, *Família Barrios c/Venezuela*, 24 de nov. de 2011, Série C 237.

58 V. CortelDH, *Bámaca Velásquez c/ Guatemala*, reparações, 22 de fev. de 2002, Série C nº 91 § 76. A Corte se refere em nota de rodapé aos trabalhos realizados no âmbito da ONU sobre reparações (notadamente, ao relatório de Theo van Boven - E/CN.4/Sub .2/1993/8 - e seu precedente, o relatório preparado por Louis Joinet sobre a impunidade dos autores de violações aos direitos humanos - E/CN.4/Sub.2/1997/20/Rev.1.). V. também, CortelDH, *Gomes Lund c/ Brasil*, supra, § 201.



de uma interpretação extensiva do art. 63.1 da CADH. As reparações vão muito além da simples indenização e grande importância é dada às reparações simbólicas⁵⁹.

Aliás, as Comissões de verdade e reconciliação são também consideradas como medidas de reparação. Entretanto, mesmo se estas iniciativas nacionais visando a estabelecer a “verdade histórica” são valorizadas pela Comissão e pela Corte interamericanas, a “verdade histórica” fruto das atividades destas comissões não pode substituir a “verdade judicial”. Para a Comissão, a obrigação de garantir o direito à verdade (leia-se “verdade histórica”), não substitui outras obrigações do Estado, como as obrigações de investigar e de julgar. Estas últimas subsistem independentemente da execução da primeira⁶⁰. De acordo com a Comissão interamericana, apesar da importância destes mecanismos no estabelecimento dos fatos e na reconciliação nacional, eles não podem substituir o processo judicial como método de estabelecimento da verdade⁶¹. Quanto à Corte, apesar do reconhecimento por esta do valor dos trabalhos das Comissões de verdade e reconciliação na construção coletiva da verdade⁶², ela insiste em afirmar que a “verdade histórica” estabelecida por essas Comissões não pode se substituir à obrigação de alcançar a verdade através de processos judiciais⁶³. No caso *Gomes Lund c/ Brasil*, a Corte é incisiva ao avaliar o estabelecimento da Comissão Nacional da Verdade: trata-se de um mecanismo importante que “pode contribuir para a construção e preservação da memória histórica, o esclarecimento de fatos e a determinação de responsabilidades institucionais, sociais e políticas”⁶⁴. Contudo, as informações recolhidas por este tipo de comissão não podem se substituir à “obrigação do Estado de estabelecer a verdade e assegurar a determinação judicial de responsabilidades individuais, através dos processos judiciais penais”⁶⁵.

A via jurisdicional (e a penal inclusive) é privilegiada, o que nos leva ao próximo ponto desta contribuição: o do desenvolvimento pela jurisprudência interamericana de obrigações positivas de natureza penal, no quadro da luta contra a impunidade.

59 Esta contribuição não entrará em detalhes sobre a questão das reparações. Para maiores informações, V. Lambert-Abdelgawad, E., Martin-Chenut, K. (org.) *Les réparations des victimes de violations graves et massives des droits de l’homme : la Cour interaméricaine, pionnière et modèle ?*, Paris : Société de Législation Comparée, Coll. de l’UMR de droit comparé, vol 20, 2010; K. Bonneau, “La jurisprudence innovante de la Cour interaméricaine des droits de l’homme en matière de droit à réparation des victimes de violations des droits de l’homme”, In L. Hennebel, H. Tigroudja (dir.) *Le particularisme interaméricain des droits de l’homme*, Paris : Pedone, 2009 p. 347-382.

60 V. ComIDH, *Informe 37/00, Caso 11.481, Monseñor Oscar Arnulfo Romero y Galdámez*, du 13 avril 2000, relativo a El Salvador, § 144.

61 *Idem*, § 149.

62 Cf. CortelDH, *Almonacid Arellano c/ Chili*, 26 de set. de 2006, Série C 154, § 149.

63 Cf. V. p. ex., CortelDH, *Almonacid Arellano c/ Chile*, *supra*, § 150 ; CortelDH, *La Cantuta c/ Pérou*, 29 de nov. de 2006, Série C 162, § 224 ; Corte *Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña c/ Bolívia*, *supra*, § 158.

64 CourIDH *Gomes Lund et autres (Guerrilha do Araguaia) c/ Brésil*, *supra*, § 297.

65 CourIDH *Gomes Lund et autres (Guerrilha do Araguaia) c/ Brésil*, *supra*, § 297.

4. O SISTEMA INTERAMERICANO E A LUTA CONTRA A IMPUNIDADE

O sistema interamericano de proteção dos direitos humanos teve um papel essencial no movimento de luta contra a impunidade dos autores de graves violações dos direitos humanos, notadamente em razão da tipologia das violações cometidas no continente⁶⁶, e também pela influência de um direito internacional penal em plena evolução (a qual foi apresentada no seminário por Tarciso Dal Maso).

A jurisprudência interamericana relativa à luta contra a impunidade das violações graves e/ou massivas a direitos humanos, pioneira e, em certa medida, fonte de inspiração para a Corte Europeia, é marcada por um importante desenvolvimento de obrigações positivas de proteção.

A impunidade é definida pela Corte como a falta, em seu conjunto, de investigação, de instauração de processo judicial, de prisão, de julgamento e de condenação dos responsáveis por violações dos direitos protegidos pela Convenção⁶⁷. Apesar de os dois textos de proteção aos Direitos Humanos fundadores do sistema interamericano (a Convenção e a Declaração) não conterem dispositivo específico acerca do dever de investigar e punir, é possível extrair da jurisprudência interamericana que o Estado não pode renunciar ao *jus puniendi* em casos de grave violação a direitos humanos. A impunidade é considerada como nefasta pela Corte, pois ela favorece a repetição crônica de violações aos direitos humanos e a incapacidade das vítimas e de suas famílias de defenderem seus direitos.⁶⁸

A luta contra a impunidade na jurisprudência da Corte concretiza-se através da valorização de obrigações positivas de proteção penal⁶⁹.

Para o sistema interamericano, assim como para o sistema europeu, a plena efetividade dos direitos humanos não pode ser garantida somente por meio de obrigações negativas. A plena

66 V. L. Hennebel, H. Tigroudja, *Le particularisme interaméricain des droits de l'homme*, Paris : Pedone, 2009 ; E. Lambert Abdelgawad, K. Martin-Chenut, *Réparer les violations graves et massives des droits de l'homme : la Cour interaméricaine, pionnière et modèle ?*, *Op. cit.*

67 V. por ex., CortelDH, *Paniagua Morales et autres c/ Guatemala*, 8 de março de 1998, Sentença de mérito, Série C, n°37, § 173; CortelDH, *Bámaca Velásquez c/ Guatemala*, 25 de nov. de 2000, sentença de mérito, Série C, n° 70, § 211; CortelDH, *Bámaca Velásquez c/ Guatemala*, 22 de fev. de 2002, decisão relativa a reparações, Série C, n° 91, § 64.

68 *Idem*, § 173. V., igualmente a título de exemplo, CortelDH, *Villagrán Morales y otros c/ Guatemala*, decisão relativa às reparações, 26 de maio de 2001, série C, n° 77, § 100; CortelDH, *Cesti Hurtado c/ Perú*, decisão relativa às reparações, 31 de maio de 2001, série C, n° 78, § 63.

69 V. K. Martin-Chenut, « Le renforcement des obligations positives de nature pénale dans la jurisprudence interaméricaine : l'exemple des graves violations des droits de l'homme commises pendant les dictatures des pays du Cône Sud », *RSC*, n° 3, 2012, pp. 705-725 (artigo traduzido para o português por Priscila Akemi Beltrame e por Pedro Augusto Simões da Conceição e publicado na Revista Brasileira de Ciências Criminais, no. 103, jul.-ago. 2013, p. 97-127).

efetividade dos direitos humanos implica, igualmente, obrigações positivas de proteção (adoção de medidas legislativas, administrativas e judiciárias adequadas), inclusive quando se trata de relações entre particulares, o que é denominado, por certos autores, de “horizontalização dos direitos humanos”⁷⁰.

As obrigações positivas de proteção são, sobretudo, instrumentos pretorianos. Os juízes interamericanos determinam a existência dessas obrigações e definem o seu conteúdo. A Convenção é considerada um instrumento vivo e evolutivo, sujeito a uma interpretação dinâmica, à luz das circunstâncias atuais ou das atuais condições de vida. Ora, uma interpretação dinâmica da Convenção Americana e a imposição de obrigações positivas de proteção podem gerar questionamentos⁷¹, especialmente no concernente aos deveres não previstos ou não claramente identificados, quando da adesão do Estado ao tratado. No sistema interamericano, as obrigações positivas vão bem além da simples adequação da legislação interna à Convenção (artigo 2º, CADH). Todavia, apesar dos riscos decorrentes, a existência e o desenvolvimento destas obrigações, inclusive penais, não apenas parecem ser legítimas, pois permitem garantir a efetividade dos direitos humanos, mas também parecem se impor cada vez mais, quando se trata de grave violação aos direitos humanos.

Desde a sua primeira sentença de mérito⁷², a Corte interamericana fundou-se no artigo 1º da Convenção – relativo à obrigação geral de garantir e de respeitar os direitos contidos na Convenção – e o interpretou de maneira bastante ampla. Neste caso, a Corte entendeu que a obrigação presente no artigo 1º da Convenção atribui ao Estado o dever de mobilizar todas as estruturas pelas quais o poder público se manifesta, de modo a que sejam capazes de garantir, juridicamente, o exercício dos direitos humanos. Desta obrigação, resulta para o Estado o dever de prevenir, investigar e sancionar toda violação a direitos humanos⁷³.

Interpretada de tal forma, a obrigação de garantir direitos e liberdades inscrita no artigo 1º da Convenção induz, por um lado, às obrigações gerais, antes mesmo de uma violação e a fim de prevenir sua ocorrência e, por outro lado, às obrigações situadas a partir de tais violações, das quais decorre o dever para o Estado de investigá-las efetivamente a fim de identificar o(s) autor(es) de tais violações, submetê-los à justiça e eventualmente punir suas ações.

70 V. S. Van Drooghenbroeck, “L’horizontalisation des droits de l’homme”, in H. Dumont, F. Ost et S. Van Drooghenbroeck (dir.), *La responsabilité, face cachée des droits de l’homme*, Bruxelles, Bruylant, 2005, p. 355 s. v., também, CortelDH, *Masacre Pueblo Bello c/ Colombia*, 31 de jan. de 2006, Série C, n° 140, §120.

71 Lembre-se, no sistema europeu, as reações, como por exemplo, o voto separado de Sir Gerald Fitzmaurice em 1975 no caso *Goldier c/ Reino Unido*: o juiz qualificou a interpretação do art. 6 §1 da Convenção europeia realizada pela Corte de “legislação jurisprudencial”.

72 CortelDH, *Velásquez Rodríguez c/ Honduras*, 29 de julho de 1988, Série C n° 4 (§§ 162 à 168).

73 *Idem*, § 166.

Os Estados são, de tal forma, obrigados a recorrer à repressão penal para proteger os direitos humanos, seja por meio da criminalização de certas violações a estes direitos, seja pela redução da autonomia processual penal, o que se traduz por um movimento de “penalização do direito interamericano”⁷⁴.

Desde o primeiro caso que lhe foi submetido, a Corte utilizou conceitos de direito internacional penal ao qualificar os desaparecimentos forçados de crime contra a humanidade⁷⁵. Posteriormente, no caso *Goiburú*⁷⁶, enquanto formulava sua teoria sobre a responsabilidade dos Estados por violações graves a direitos humanos, a Corte se baseou em disposições como o artigo 7º do Estatuto de Roma, que cria o Tribunal Penal Internacional, para qualificar de “terrorismo de Estado” a utilização do poder do Estado para organizar, em nível interestatal, detenções arbitrárias, desaparecimentos forçados e execuções extrajudiciais. Deste “terrorismo de Estado” decorre a “responsabilidade agravada” do Estado. E, a partir deste “crime de Estado”⁷⁷, nascem obrigações que implicam a adaptação da legislação penal nacional à Convenção, notadamente a tipificação penal dos desaparecimentos forçados ou da tortura, o estabelecimento de uma pena proporcional à gravidade da violação a direitos humanos, assim como a supressão de qualquer obstáculo à investigação, persecução e punição dos possíveis autores. Nenhuma disposição ou instituição de direito interno pode obstruir a obrigação de investigar e, se for o caso, punir os responsáveis por graves violações a direitos humanos⁷⁸. O Estado deve afastar todo obstáculo de fato ou de direito que venha a causar a impunidade⁷⁹.

Algumas breves observações serão feitas a propósito das obrigações positivas de tipificação penal, assim como de investigação, persecução e sanção dos autores de graves violações a direitos humanos.

A obrigação positiva de tipificação penal aparece na jurisprudência da Corte essencialmente em casos de desaparecimentos forçados, mas pode também ser notada em casos de tortura ou de execuções sumárias ou extrajudiciais⁸⁰. Em casos de desaparecimentos forçados, a

74 Expressão utilizada por Ludovic Hennebel para referir-se, por exemplo, ao emprego pela Corte de conceitos de direito internacional penal e da jurisprudência dos tribunais penais internacionais. V. L. Hennebel, “La Cour interaméricaine des droits de l’homme : entre particularisme et universalisme”, in L. Hennebel, H. Tigroudja, *Op. cit.*, p. 84-91.

75 CortelDH, *Velásquez Rodríguez c/ Honduras*, *supra*, §§ 155 et 158.

76 CortelDH, *Goiburú y otros c/ Paraguay*, 22 de set. de 2006, Série C n° 153.

77 Expressão utilizada pela Corte notadamente sob a influência de seu ex-Presidente, Antônio Augusto Cançado Trindade.

78 V. CortelDH, *Gomes Lund et autres (Guerrilha do Araguaia) c/ Brésil*, § 109.

79 V. por ex. CortelDH, *Caso de la Comunidad Moiwana c/ Suriname*, 15 juin 2005, Série C n° 124, § 207.

80 V. p. ex., CortelDH, *Juan Humberto Sánchez c/ Honduras*, 7 de junho de 2003, série C 99 ; CortelDH *Myrna Mack Chang c/ Guatemala*, 25 de nov. de 2003, Série C 101; CortelDH *Hermanos Gomez Paquiyauri c/ Peru*, 8 jul. 2004; CortelDH *Almonacid Arellano c/ Chile*, 26 de set. de 2006, Série C 154.

O Estado deve, em um prazo razoável, tipificar penalmente certas violações como os desaparecimentos forçados. Entretanto, a simples tipificação penal não é suficiente.

Corte controla não somente a previsão em direito interno de uma infração penal, mas também a compatibilidade entre o tipo penal nacional e as exigências interamericanas (e até internacionais). A jurisdição interamericana não se limita a fixar recomendações de caráter geral. Ela controla os elementos do tipo penal. A título de exemplo, no caso *Gómez Palomino c/ Peru*⁸¹, a Corte analisou o tipo penal previsto e ressaltou suas fraquezas⁸². No caso *Goiburú c/ Paraguai*, relativo à Operação Condor, a Corte admitiu que as condenações em nível interno por sequestro, privação ilegítima de liberdade, abuso de autoridade, homicídio, etc. –

em virtude da inexistência, à época dos processos, da infração de desaparecimento forçado no Código Penal paraguaio⁸³ – não deixaram completamente impunes as detenções ilegais e arbitrárias, a tortura ou os desaparecimentos forçados. Contudo, ela não considerou suficiente a utilização destes diversos tipos penais. Apesar dos esforços do Paraguai visando a tipificar a tortura e o desaparecimento forçado⁸⁴, a Corte lembrou que o Estado se comprometeu, por força do artigo 2 da CADH, a garantir que as definições dos crimes de tortura e de desaparecimento forçado em direito interno estariam de acordo com as fixadas por instrumentos internacionais⁸⁵. Para a Corte, o direito internacional estabelece um *standard* mínimo para a tipificação, o qual deve ser respeitado. Os Estados podem adotar uma tipificação mais severa do que a prevista em nível internacional (à condição de não violar normas às quais o Estado é submetido) para garantir a eficiência da persecução penal. Entretanto, eles não podem subtrair do tipo penal, tal como definido em nível internacional, elementos considerados como essenciais, que, quando ausentes, prejudicariam a sua eficácia, conduzindo assim à impunidade das condutas que os Estados são obrigados a prevenir, erradicar e sancionar⁸⁶. No caso *Gomes Lund (Guerrilha do Araguaia) c/ Brasil*⁸⁷, após lembrar que uma investigação efetiva tem como condição a tipificação do desaparecimento forçado como infração autônoma no direito interno, a Corte, além de

81 CortelDH, *Gómez Palomino c/ Peru*, 22 de nov. de 2005, Série C n° 136.

82 Como, por exemplo, a restrição da qualidade de sujeito ativo aos funcionários ou agentes públicos, não podendo ser sujeito ativo os particulares que agem por conta própria, com o apoio ou consentimento do Estado. V. CortelDH, *Gómez Palomino c/ Peru*, *supra*, §§ 100-102.

83 CortelDH, *Goiburú c/ Paraguai*, *supra*, § 91.

84 Código penal de 1997.

85 CortelDH, *Goiburú c/ Paraguai*, *supra*, § 92.

86 CortelDH, *Goiburú c/ Paraguai*, *supra*, § 92.

87 CortelDH, *Gomes Lund e outros (Guerrilha do Araguaia) c/ Brasil*, 24 de nov. de 2010, Série C 219.

insistir sobre a importância da previsão de tal infração no direito interno, analisou os projetos de lei em andamento⁸⁸. Concluiu pela insuficiência dos mesmos, por se fundarem somente no Estatuto de Roma (previsão do desaparecimento forçado como crime contra a humanidade) e não preverem o desaparecimento como infração isolada. Ainda segundo a Corte, além de ser necessário o afastamento dos obstáculos como a prescrição e a anistia, deve também ser evitada a competência da justiça militar⁸⁹.

Ainda quanto à obrigação positiva de tipificação penal do desaparecimento forçado, a Corte considera que, sendo o desaparecimento uma infração penal de execução permanente, a aplicação de uma nova lei a fatos que a precedem não implica violação ao princípio da irretroatividade⁹⁰.

Conclui-se, portanto, que, segundo a jurisprudência interamericana, em certas circunstâncias, a efetividade da proteção dos direitos humanos passa necessariamente pela utilização do direito penal, notadamente pela criminalização de certas violações. O Estado deve, em um prazo razoável, tipificar penalmente certas violações como os desaparecimentos forçados. Entretanto, a simples tipificação penal não é suficiente. Além do legislador, todas as instâncias nacionais devem se mobilizar para uma defesa efetiva dos direitos humanos, notadamente o judiciário. Enquanto o legislador não agir e não adotar um tipo penal autônomo, outras infrações previstas no ordenamento interno devem ser utilizadas⁹¹ para que a impunidade não prevaleça.

Se a proibição dos desaparecimentos forçados atingiu, através de uma sentença considerada histórica⁹², o *status* de *jus cogens*, a Corte também erigiu em *jus cogens* o dever correspondente de investigar e de punir os responsáveis por tal grave violação⁹³. A Corte considera o acesso à justiça como uma « norma imperativa do direito internacional », a qual gera para o Estado obrigações *erga omnes*⁹⁴. O Estado deve, assim, garantir que nenhum obstáculo normativo ou de qualquer outra natureza venha a impedir a investigação e, se necessário, a punição dos responsáveis⁹⁵.

88 Cf. CortelDH, *Gomes Lund e outros (Guerrilha do Araguaia) c/ Brasil*, *supra*, § 287.

89 CortelDH, *Gomes Lund e outros (Guerrilha do Araguaia) c/ Brasil*, *supra*, §§ 284-287.

90 V. CortelDH, *Ibsen Cárdenas et Ibsen Peña c/ Bolívia*, *supra*, § 201; CortelDH, *Trujillo Oroza c/ Bolívia*, Supervisão de sentença, Res. de 27 de jan. de 2009, n° 38; CortelDH, *Gomes Lund e outros (Guerrilha do Araguaia) c/ Brasil*, *supra*, §179; CortelDH *Gelman c/ Uruguai*, 24 de fev. de 2011, Série C 221, §236.

91 V. CortelDH, *Gomes Lund e outros (Guerrilha do Araguaia) c/ Brasil*, *supra*, § 287 e n° 15; CortelDH, *Caballero Delgado y Santana c/ Colômbia*, reparações, 29 de jan. de 1997, Série C, n° 31, § 56.

92 Cf. L. Burgorgue-Larsen, A. Ubeda de Torres, *Les grandes décisions de la Cour interaméricaine des droits de l'homme*, Bruylant, 2008, p. 337.

93 Cf. CortelDH *Goiburú c/ Paraguai*, 22 de set. de 2006, Série C n° 153, § 84. V. também CortelDH *Ibsen Cárdenas et Ibsen Peña c/ Bolívia*, 1° de set. de 2010, Série C n° 217, § 197 ; CortelDH *Tiu Tojin c/ Guatemala*, 26 de nov. de 2008, Série C n° 190, § 91.

94 Cf. CortelDH *Goiburú c/ Paraguai*, *supra*, § 131.

95 CortelDH, *Gomes Lund et autres (Guerrilha do Araguaia) c/ Brasil*, *supra*, § 109.

Como já foi mencionado, mesmo se os tratados fundadores do sistema não se referem a uma obrigação de investigação ou de punição, a Corte, desde a sua primeira decisão, interpretou de forma ampla o art. 1.1 CADH e afirmou a obrigação de instaurar investigações *ex officio*, com celeridade, de modo sério, imparcial e efetivo⁹⁶. A jurisprudência constante da Corte, desde a sua primeira sentença de mérito, considera a obrigação de investigação como uma obrigação de meios e não de resultado. Entretanto, ela deve ser realizada de forma séria e não como uma simples formalidade condenada, se assim for, ao fracasso⁹⁷. A investigação deve ser realizada através de todos os meios legais disponíveis e almejar objetivos precisos⁹⁸. Com o desenvolvimento de sua jurisprudência contenciosa, a Corte se tornou cada vez mais exigente, examinando as diferentes etapas da investigação para avaliar a sua qualidade⁹⁹. A Corte se inspira, inclusive, em fontes exógenas ao sistema interamericano, para a realização deste “controle de qualidade”¹⁰⁰.

A investigação deve ser rápida e ser conduzida por pessoas independentes (não pode existir vínculo hierárquico entre as pessoas implicadas nas violações e as pessoas encarregadas de investigá-las). Essa independência deve ser *de jure* e *de facto*¹⁰¹. Além da “independência hierárquica ou institucional”, deve também existir uma “independência real”¹⁰². A ausência ou a falha na investigação implica violação aos artigos 1.1, 8 e 25 da CADH¹⁰³, pois afeta o direito de acesso à justiça.

Como já foi mencionado, a Corte considera o direito de acesso à justiça, em casos de graves violações a direitos humanos assimiladas a crimes contra a humanidade, uma norma imperativa impondo aos Estados-partes a extradição ou o julgamento dos autores de tais violações. Para que o direito de acesso à justiça seja respeitado, esta última deve ser de qualidade e as garantias processuais respeitadas. A efetividade de tal direito pode ser afetada em caso de parcialidade ou dependência dos tribunais. Aliás, devido à desconfiança existente no sistema interamericano quanto aos tribunais militares, tanto a Comissão quanto a Corte desenvolveram a este respeito uma jurisprudência que preconiza a limitação da competência *ratione materiae* das jurisdições

96 CortelDH, *Velásquez Rodríguez c/ Honduras*, *supra*, §§ 176 e 177.

97 CortelDH, *Velásquez Rodríguez c/ Honduras*, *supra*, §177.

98 V. CortelDH, *Baldeón García c/ Peru*, 6 abr. de 2006, Série C n° 147, § 94 ; CortelDH, *Massacre de Pueblo Bello c/ Colombia*, *supra*, § 143 ; CortelDH, *Massacre de Mampiripán c/ Colombia*, *supra*, § 237 ; CortelDH *Comunidad Moiwana c/ Suriname*, 15 de junho de 2005, Série C n° 124, § 203 ; CortelDH *Ibsen Cárdenas et Ibsen Peña c/ Bolívia*, *supra*, § 153.

99 V., p.ex., CortelDH, *Massacre de Pueblo Bello c/ Colômbia*, *supra*, § 148 ; CortelDH, *Baldeón García c/ Peru*, *supra*, Série C n° 147, § 98-103 ; CortelDH *Juan Humberto Sánchez c/ Honduras*, 7 de junho de 2003, Série C n° 99, §§ 127 et ss.

100 P. ex. em matéria de execuções extrajudiciárias: « Principes des Nations Unies relatifs à la prévention efficace des exécutions extrajudiciaires, arbitraires et sommaires et aux moyens d'enquêter efficacement sur ces exécutions ». Conseil économique et social, Res 1989/65 (anexo) 24 de maio de 1989; Assembléia Geral, Résolution 44/162 du 15 décembre 1989.

101 CortelDH, *Baldeón García c/ Peru*, 6 abril 2006, Série C n° 147, § 95.

102 CortelDH, *Baldeón García c/ Peru*, 6 abril 2006, Série C n° 147, § 95.

103 Isso sem contar o artigo relativo ao direito substancial violado, por exemplo, o direito à vida (art. 4 CADH).

militares às infrações de função ou disciplinares. Ambas não admitem a competência destas cortes especiais em casos de graves violações aos direitos humanos¹⁰⁴.

Além das investigações, a Corte analisa também em detalhes os processos judiciais nacionais e condena todo tipo de obstáculo que possa favorecer a persistência da impunidade. É nesse tipo de análise que são questionadas as medidas de clemência como as anistias, prescrições, graças ou indultos.

A jurisprudência interamericana foi pioneira na exclusão destas medidas de clemência quando elas implicam em impunidade dos autores de graves violações a direitos humanos. A Comissão interamericana manifestou-se em 1992, em virtude das leis adotadas na Argentina para bloquear os primeiros processos instaurados logo em seguida à abertura democrática. A Comissão sustentou a incompatibilidade das leis de anistia com o art. 8 da CADH, porque elas impediam as vítimas de exercer seu direito de pleitear, perante uma jurisdição, a determinação das responsabilidades penais, em casos de graves violações a direitos humanos. Quanto à Corte, ela foi chamada a se manifestar, pela primeira vez, sobre as leis de anistia, em 1997, em um caso sobre desaparecimentos forçados no Peru: o caso *Castillo Paéz*¹⁰⁵. Em decisão relativa às reparações, a Corte indicou que as leis de autoanistia aplicadas em nível nacional haviam impedido a identificação dos responsáveis pelo desaparecimento da vítima, obstando assim tanto o exercício do direito de saber dos membros de sua família, quanto o exercício do direito à reparação¹⁰⁶. Mas a decisão emblemática da Corte, nesta área, foi a adotada alguns anos mais tarde, em 2001, no caso *Barrios Altos*, também contra o Peru¹⁰⁷. Essa decisão foi qualificada de histórica no voto do então Presidente da Corte, Antônio Cançado Trindade. Pela primeira vez, um tribunal internacional declarava uma lei de anistia sem efeito.

Na decisão *Barrios Altos*, relativa à violência política infligida à população peruana durante o regime autoritário de Alberto Fujimori, a Corte considerou as leis de anistia incompatíveis com a CADH. Para a Corte, são inadmissíveis as disposições de anistia, prescrição ou causas de exoneração de responsabilidade que obstem a investigação dos fatos e punição dos autores de graves violações de direitos humanos, como a tortura, as execuções sumárias, extralegais ou arbitrárias e os desaparecimentos forçados. De acordo com o seu entendimento, estas medidas são proibidas, pois contrárias aos direitos inderrogáveis reconhecidos pelo direito internacional

104 V. K. Martin-Chenut, « La jurisprudence interaméricaine des droits de l'homme sur l'exercice de la justice par les tribunaux militaires », *RSC, Chronique internationale – Droits de l'homme*, 2009, pp 442-453.

105 CortelDH *Castillo Paéz c/ Peru*, *sentença de mérito*, 3 de nov. de 1997, Série C 34. A Corte não se manifestou explicitamente na sentença de mérito sobre a inconveniência das anistias. Ela se limitou a afirmar que o Estado deve investigar os fatos mesmo quando obstáculos de ordem interna o impeçam de fazê-lo (§ 90).

106 CortelDH *Castillo Paéz c/ Peru*, decisão sobre as reparações, 27 nov. 1998 Série C 43, § 105.

107 CortelDH, *Barrios Altos c/ Peru*, 14 mar. 2001, Série C 75.



CONFERÊNCIA DE ENCERRAMENTO: COLÓQUIO INTERNACIONAL DIREITO À VERDADE E À JUSTIÇA NOS PAÍSES DO CONE SUL.

FONTE: ACERVO DA COMISSÃO DE ANISTIA.

dos direitos humanos¹⁰⁸. A Corte combina os artigos 1.1, 2, 8 e 25 da CADH e considera que “os Estados-Partes têm o dever de tomar todos os tipos de medidas para garantir que ninguém seja subtraído da proteção judicial e seja privado do direito a recursos simples e eficazes (...)”. Ora, as leis que acarretam tais efeitos, como as leis de autoanistia, violam as disposições mencionadas¹⁰⁹. A Corte afirma a manifesta incompatibilidade das leis de autoanistia com a CADH e as priva de qualquer efeito jurídico¹¹⁰. A decisão relativa à interpretação de sentença, adotada alguns meses

108 CortelDH, *Barrios Altos c/ Peru*, supra, § 41.

109 CortelDH, *Barrios Altos c/ Peru*, supra, §43.

110 CortelDH, *Barrios Altos c/ Peru*, supra, §44.



depois, estendeu os efeitos da sentença de mérito além do caso *Barrios Altos*¹¹¹, para alcançar qualquer caso de investigação e punição obstadas pelas leis de anistia peruanas.

Apesar de inicialmente o caso peruano se referir somente às leis de anistia, a Corte rechaçou também a prescrição ou toda medida que exclua a responsabilidade, impedindo as investigações e a sanção dos autores de graves violações dos direitos humanos. As diferentes medidas de clemência e de exclusão da responsabilidade recebem assim um tratamento comum¹¹², o qual pode também ser constatado na jurisprudência da Corte Europeia de Direitos Humanos.¹¹³

Desde a sua decisão *Barrios Altos*, a Corte afirma de maneira constante a inadmissibilidade de instrumentos jurídicos que possam isentar de responsabilidade e servir de obstáculo à persecução penal ou, ainda, à punição¹¹⁴. Ela teve a oportunidade de consolidar esta jurisprudência em dois casos relativos ao Cone Sul: *Gomes Lund* e *Gelman* relativos, respectivamente, ao Brasil e ao Uruguai. No caso *Gomes Lund*, no qual a Comissão interamericana viu uma ocasião importante para tal consolidação¹¹⁵, a Corte realizou um grande esforço de sistematização do direito internacional e do direito comparado para confortar a sua demonstração. A pressão que pesava sobre a Corte certamente contribuiu para a adoção de uma postura pedagógica. Afinal, ela teve que decidir sobre a convencionalidade de uma lei cuja constitucionalidade havia acabado de ser confirmada pelo Supremo Tribunal Federal¹¹⁶. Foi assim que, antes de confirmar a sua jurisprudência constante (afirmando que já havia se manifestado sobre o assunto e que ela não encontrava argumentos jurídicos,

111 CortelDH, *Barrios Altos c/ Peru*, decisão de reparações, 3 septembre 2001, Série C 83, § 18.

112 V. K. Martin-Chenut, « Amnistie, prescription, grâce : la jurisprudence interaméricaine des droits de l'homme en matière de lutte contre l'impunité », *RSC*, 2007, pp. 628-640.

113 CEDH, *Abdülsamet Yaman c/Turquia*, 2 nov. 2004, §55.

114 Ver, notadamente, CortelDH, *Trujillo Oroza c/ Bolívia*, decisão relativa às reparações, supra § 106 ; CortelDH, *Caracazo c/Venezuela*, decisão relativa às reparações de 19 ago. 2002, Série C, n° 95, § 119 ; CortelDH, *Bulacio c/ Argentina*, supra, §§ 116 et 117 ; CortelDH, *Juan Humberto Sánchez c/ Honduras*, de 26 novembro 2003, Série C, n° 102, § 60 ; CortelDH, *Myrna Mack Chang*, de 25 nov. 2003, Série C, n° 101, § 276 ; CortelDH, *Molina Theissen c/ Guatemala*, decisão relativa às reparações, 3 jul. 2004, Série C, n° 108, § 84 ; CortelDH, *19 comerciantes* du 5 jul. 2004, Série C, n° 109, § 262 ; CortelDH, *Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri*, 8 jul. 2004, Série C, n° 110, §§ 150,151, 232 et 233 ; CortelDH, *Tibi c/ Equador* de 7 set. 2004, Série C, n° 114, § 259 ; CortelDH, *Carpio Nicolle y otros c/ Guatemala*, Série C, n° 117, de 22 nov. 2004, § 130 ; CortelDH, *Caso Massacre Plan de Sánchez c/ Guatemala*, reparações, Série C, n° 116, 19 nov. 2004, § 99 ; CortelDH, *Caso de las hermanas Serrano Cruz c/ El Salvador*, supra, § 172 ; CortelDH, *Caso Huilca Tecse c/ Peru*, supra, § 108 ; CortelDH, *Caso de la Comunidad Moiwana c/ Suriname*, supra, § 206 ; CortelDH, *Gutiérrez Soler c/ Colombie*, 12 set. 2005, Série C, n° 132, § 97 ; CortelDH, *Caso de la Massacre de Mapiripán c/ Colombie*, 15 set. 2005, Série C, n° 134, § 304 ; CortelDH, *Gómez Palomino c/ Peru*, 22 nov. 2005, Série C, n° 136, § 140 ; CortelDH, *Blanco Romero e outros c/ Venezuela*, 28 nov. 2005, Série C, n° 138, § 98 ; CortelDH, *Baldeón García c/ Peru*, 6 abr. 2006, Série C, n°147, § 201 ; CortelDH, *Caso de las Massacres de Ituango c/ Colombie*, 1º jul. 2006, Série C, n°148, § 402 ; CortelDH, *Caso Montero Aranguren e outros (Retén de Catia) c/ Venezuela*, 5 jul. 2006, Série C, n° 150, § 141 ; CortelDH, *Almonacid Arellano c/ Chile*, decisão sobre o mérito de 26 set. 2006, série C 154, § 112 ; CortelDH, *La Cantuta c/ Peru*, decisão sobre o mérito de 29 nov. 2006, Série C, n° 162, § 152 ; CortelDH, *Gomes Lund e outros (Guerrilha do Araguaia) c/ Brasil*, supra., § 171 ; CortelDH, *Gelman c/ Uruguai*, supra. § 225.

115 CortelDH, *Gomes Lund e outros (Guerrilha do Araguaia) c/ Brasil*, supra, §1.

116 STF, ADPF n° 153, 29 abr. 2010.

neste caso, justificando uma revisão da sua jurisprudência), a Corte dedicou 23 parágrafos¹¹⁷ à condenação das anistias em caso de graves violações de direitos humanos.

Nesses dois casos, foram também introduzidos os debates relativos ao tipo de anistia condenável (autoanistia ou pacto de anistia?) e à aprovação popular da clemência.

Com efeito, a anistia pode cobrir situações heterogêneas. Ela pode ser unilateral ou adotada de comum acordo e com base na reciprocidade; ela pode ser uma autoanistia ou uma anistia adotada pelo governo que sucede àquele nos quais as infrações foram cometidas; ela pode ser condicionada ou incondicionada. A América Latina é representativa dessa diversidade, embora grande parte das leis de anistia adotadas no continente tenham sido leis de autoanistia – leis promulgadas pelas próprias pessoas que estiveram na origem de graves violações de direitos humanos. No caso *Gomes Lund*, o Brasil havia argumentado, em defesa de sua lei de anistia (1979), que ela teria sido um acordo político bilateral entre o povo e o governo da época, com a intenção de esquecer o passado e perdoar. Sem entrar nesse debate, especialmente no que diz respeito ao equilíbrio entre as partes na época da aprovação da lei, o que permite duvidar da existência de um verdadeiro pacto, a Corte considerou a legislação brasileira manifestamente incompatível com a Convenção¹¹⁸. Em resposta ao argumento do Estado relativo à natureza consensual da Lei de 1979 (de que não seria uma autoanistia), a Corte observa que a incompatibilidade das leis de anistia com a Convenção nos casos de graves violações dos direitos humanos não deriva de uma questão de forma (como a origem dessas leis), mas sim de um problema material (violação de direitos consagrados nos artigos 8, 25, em relação com os artigos 1 e 2)¹¹⁹.

Já no caso *Gelman c/ Uruguai*, apesar de a consulta popular de 2009 ter confirmado a vontade do povo de não questionar o alcance da Lei de 1986, a Corte considerou que “o fato de que a *ley de caducidad* tenha sido aprovada por um sistema democrático e tenha recebido, ainda, apoio popular por duas vezes, não lhe confere, nem automaticamente, nem por si só, legitimidade em direito internacional”¹²⁰. A mera existência de um regime democrático não garante o respeito permanente ao direito internacional, como foi afirmado pela Carta Democrática Interamericana¹²¹. Para a Corte, especialmente em casos de graves violações das normas do direito internacional

117 V. CortelDH, *Gomes Lund e outros (Guerrilha do Araguaia) c/ Brasil*, *supra*, §§ 147-182; V. CortelDH, *Gelman c/ Uruguai*, 24 de fev. de 2011, Série C 221, §§ 195-220. A Corte analisa as decisões e relatórios adotados em diferentes níveis (mundial, regional e nacional) e de diferentes sistemas normativos: ela analisa o sistema das Nações Unidas de proteção dos direitos humanos, mas também as jurisdições penais internacionais, os sistemas regionais europeu e africano e, finalmente, diferentes sistemas nacionais, fazendo referência às decisões das Cortes Supremas da Argentina, do Chile e do Uruguai e às dos tribunais constitucionais do Peru e da Colômbia.

118 CortelDH, *Gomes Lund e outros (Guerrilha do Araguaia) c/ Brasil*, *supra*, §174.

119 CortelDH, *Gomes Lund e outros (Guerrilha do Araguaia) c/ Brasil*, *supra*, §175.

120 CortelDH, *Gelman vs Uruguai*, *supra* § 238.

121 CortelDH, *Gelman vs Uruguai*, *supra*, §239.

A Corte considera as justiças internas como aliadas na luta contra a impunidade de graves violações de direitos humanos, caracterizando o juiz interno como juiz da convencionalidade.

deverem controlar esta adaptação, e, enquanto se aguarda a reforma eficaz da legislação, devem utilizar todos os instrumentos legais à sua disposição para assegurar o respeito do tratado americano. Portanto, o papel dos juízes, mas também dos diversos “operadores do direito” (advogados, promotores, etc), é crucial. Foi em um caso também relativo ao Cone Sul, desta vez contra o Chile (*Almonacid Arellano*),¹²³ que a Corte afirmou pela primeira vez a necessidade do exercício de um controle de convencionalidade pelos tribunais nacionais.

Nesta sentença, a Corte afirma estar “consciente de que as autoridades internas estão sujeitas ao império da lei e, por esse motivo, estão obrigadas a aplicar as disposições vigentes no ordenamento jurídico. No entanto, quando um Estado é Parte de um tratado internacional, como a Convenção Americana, todos os seus órgãos, inclusive seus juízes, também estão submetidos àquele, o que os obriga a zelar para que os efeitos das disposições da Convenção não se encontrem enfraquecidos pela aplicação de normas contrárias a seu objeto e finalidade, e que, desde o início, carecem de efeitos jurídicos. O Poder Judiciário, nesse sentido, está internacionalmente obrigado a exercer um “controle de convencionalidade” (*ex officio*) entre as normas internas e a Convenção Americana, evidentemente no marco de suas respectivas competências e das regulamentações processuais correspondentes. Nessa tarefa, o Poder Judiciário deve levar em conta não somente o tratado, mas também a interpretação que a ele conferiu a Corte interamericana, intérprete última da Convenção Americana”¹²⁴. A Corte considera as justiças internas como aliadas na luta contra a impunidade de graves violações de direitos humanos, caracterizando o juiz interno como juiz da convencionalidade.

dos direitos humanos, “a proteção dos direitos humanos representa um limite inexpugnável para a regra da maioria”¹²².

Os Estados têm a obrigação de adaptar seu direito interno à Convenção – seja pela adoção de novas leis (criminalização dos desaparecimentos forçados, por exemplo) ou pela revogação das leis existentes que favorecem a impunidade (leis de anistia, por exemplo) – sendo que os tribunais nacionais, como componentes do aparelho de Estado,

122 CortelDH, *Gelman vs Uruguai*, *supra*, §239.

123 CortelDH *Almonacid Arellano c/ Chile*, 26 de set. de 2006, Série C 154.

124 CortelDH *Almonacid Arellano*, *supra* § 124, CortelDH, *Gomes Lund*, *supra*, § 176.

5. CONCLUSÕES

Pode-se, portanto, constatar que as contribuições do sistema interamericano à afirmação de um direito à verdade e à evolução dos mecanismos de justiça de transição são diversas e importantes, sobretudo no quadro de sua jurisprudência em matéria de luta contra a impunidade de graves violações dos direitos humanos.

Entretanto, esta jurisprudência é frequentemente criticada pelo fato de reforçar um movimento de penalização do direito internacional dos direitos humanos¹²⁵. As obrigações positivas de proteção dos direitos humanos no sistema interamericano, determinadas a partir de mecanismos de direito penal, têm se afirmado desde as suas primeiras decisões e se desenvolvido nas duas últimas décadas. A obrigação imposta ao Estado de proteger os direitos previstos pela Convenção Americana, através do direito penal, evidencia a ambivalência da relação existente entre direito penal e direitos humanos ou, nos termos de Mireille Delmas-Marty, “o paradoxo de um direito penal que, concomitantemente, protege e ameaça os direitos humanos, enquanto que os direitos humanos permitem, concomitantemente, um enquadramento e uma extensão do direito penal”¹²⁶.

A jurisprudência internacional de proteção dos direitos humanos, em matéria de graves violações a tais direitos, favorece, na verdade, a inversão do princípio da subsidiariedade do direito penal. Este “direito odioso”, “instrumento brutal”, que somente deveria ser utilizado como derradeira opção, torna-se meio prioritário de ação¹²⁷. Em vez de justificar o uso do direito penal em detrimento de outras medidas alternativas, é exatamente a falta do uso do recurso penal que deve ser justificada¹²⁸. Um exemplo desta inversão evidencia-se pelo privilégio das vias jurisdicionais penais¹²⁹.

125 Este movimento foi muito bem apresentado em um colóquio organizado em 2006 na Bélgica pelas Faculdades Universitárias de Saint Louis e cujo título pode ser traduzido como “Os direitos humanos: escudo ou espada do direito penal?” V. *infra*.

126 V. M. Delmas-Marty, Postface : d’un paradoxe à l’autre, in Y. Cartuyvels et autres (dir.), *Les droits de l’homme bouclier ou épée du droit pénal ?*, Bruxelles, Bruylant, 2007, p. 615. V., également, F. Tulkens, The paradoxical relationship between criminal law and human rights, *JICJ*, 2011, p. 577-595.

127 V. Y. Cartuyvels, Droits de l’homme et droit pénal, un retournement ?, in Y. Cartuyvels et autres (dir.), *Les droits de l’homme bouclier ou épée du droit pénal ?*, *Op. cit.*, p. 40.

128 V. M. Van de Kerchove et S. Van Drooghenbroeck, La subsidiarité et le droit pénal : aspects nouveaux d’une question ancienne, in F. Delpere (dir.), *Le principe de subsidiarité*, Bruxelles, Paris, Bruylant, LGDJ, 2002, p. 159 ; S. Van Drooghenbroeck, Droit pénal et droits de l’homme : le point de vue de la Cour européenne des droits de l’homme, in Y. Cartuyvels et autres (dir.), *Les droits de l’homme bouclier ou épée du droit pénal ?*, *Op. cit.*, p. 89.

129 A via penal é privilegiada em nome de uma suposta eficiência dissuasiva. Ora, certos criminólogos revelam o engano de se associar a sanção penal à dissuasão ou à garantia de não repetição de violações de direitos humanos. Eles evidenciam também o antagonismo entre pena de prisão (que favorece a exclusão social) e o discurso dos direitos humanos. V. p. ex., A. Pires, « A racionalidade penal moderna, o público e os direitos humanos », *Novos estudos*, 2004, n° 68, pp. 39-60.

Essa valorização das obrigações positivas de natureza penal, que parece desconhecer o princípio da *ultima ratio*, a ponto de inverter o princípio da subsidiariedade do direito penal, apesar de ser também observada no sistema europeu e, mesmo, no onusiano, é tipicamente reforçada no sistema interamericano. Isso ocorre, sobretudo, por causa da particularidade das violações (graves e massivas), da existência de artigos específicos na CADH (1º e 2º) e da quase inexistência da “margem de apreciação nacional” na jurisprudência da Corte interamericana.

A evolução da jurisprudência regional interamericana de proteção dos direitos humanos suscita, portanto, severas críticas por parte de penalistas¹³⁰ que vêem nela riscos de uma hipertrofia penal. O processo se tornaria, conforme os críticos desta jurisprudência, uma forma de reparação ou, até mesmo, um direito da vítima¹³¹.

Um tal desenvolvimento de obrigações positivas de proteção penal não poderia contribuir a uma forma de exclusão social dos autores de violações a direitos humanos?

O receio dos penalistas é compreensível. A evolução do direito internacional (notadamente do direito internacional penal, mas também cada vez mais do direito internacional dos direitos humanos) faz com que os Estados revisitem certos princípios tradicionais do direito penal no intuito de conciliá-los com as normas internacionais.

Contudo, uma resposta ao receio que emana dos penalistas – e que se caracterizaria por uma hipertrofia da repressão sob a influência do direito internacional dos direitos humanos – pode ser encontrada na própria jurisprudência da Corte interamericana.

Primeiramente, os Estados têm a obrigação de julgar os autores de graves violações de direitos humanos, mas eles são também obrigados a respeitar, quando destes julgamentos, os direitos e liberdades previstas pela Convenção Americana¹³².

Por outro lado, o ex-presidente da Corte interamericana e penalista Sergio Garcia Ramirez, quando do seu voto no caso *Barrios Altos*, afirmou que o sistema democrático implica em uma intervenção penal mínima do Estado. Porém, ele considera em seu voto que a obrigação

130 V., p. ex., D. Pastor, “La ideología penal de ciertos pronunciamientos de los órganos del sistema interamericano de derechos humanos: Garantías para el imputado, para la víctima o para el aparato represivo del Estado ?” in Grupo Latinoamericano de Estudios sobre Derecho Penal Internacional, *Sistema interamericano de protección de los derechos humanos y derecho penal internacional*, vol. 2, Berlin: Konrad Adenauer, 2011, pp. 491-516.

131 R. Aldana-Pindell, “An emerging universality of justiciable victims’rights in the criminal process to curtail impunity for state-sponsored crimes”, *Human Rights Quarterly*, v. 26, n.3, p.605-686 ; D. Pastor, “La ideología penal de ciertos pronunciamientos de los órganos del sistema interamericano de derechos humanos: Garantías para el imputado, para la víctima o para el aparato represivo del Estado ?” *Op. cit.*

132 V. por exemplo, CortelDH, *Velásquez Rodríguez c/ Honduras, sentença de mérito, supra*, § 154; CortelDH, *Castillo Petrucci e outros c/ Peru, sentença de mérito*, 30 de maio de 1999, Série C 52, § 89 e § 204.



de incriminação de certas condutas de extrema gravidade, a investigação, o julgamento e a sanção destas condutas também são necessárias ao sistema democrático. Esta obrigação constitui uma compensação natural do princípio de intervenção penal mínima¹³³. Dessa forma, apesar das críticas feitas à jurisprudência da Corte, é preciso ressaltar que, mesmo se, no caso *Bulacio c/ Argentina*¹³⁴, a Corte pareceu estender um regime derogatório, aplicado, até então, a violações graves e massivas de direitos humanos (assimiladas a crimes contra a humanidade) a uma violação que não tinha tais características, sua jurisprudência posterior parece caucionar a argumentação do ex-presidente da Corte acima mencionada. Para a Corte, apesar de toda violação a direitos humanos supor uma gravidade natural, já que implica em descumprimento pelo Estado de deveres relativos ao respeito e à garantia dos direitos e liberdades, não são todas as violações de direitos humanos que podem ser consideradas como “graves violações dos direitos humanos”, as quais têm conotação e consequências próprias¹³⁵.

REFERÊNCIAS:

BURGORGUE-LARSEN, L., UBEDA DETORRES, A. *Les grandes décisions de la Cour interaméricaine des droits de l’homme*, Bruylant, 2008.

CEDH, Abdülsamet Yaman vs Turquia, 2 nov. 2004, §55

ComIDH, relatório anual 1986-1987, OEA/Ser.L/V/II.71.

CorteIDH Almonacid Arellano vs Chile, 26 de set. de 2006, Série C 154.

CorteIDH Castillo Paéz vs Peru, decisão sobre as reparações, 27 nov. 1998 Série C 43, § 105.

CorteIDH Castillo Paéz vs Peru, sentença de mérito, 3 de nov. de 1997, Série C 34.

CorteIDH Gelman vs Uruguai, 24 de fev. de 2011, Série C 221, §236.

CorteIDH Hermanos Gomez Paquiyauri vs Peru, 8 jul. 2004

CorteIDH, Baldeón García vs Peru, 6 abril 2006, Série C nº 147, § 95.

¹³³ Cf. Voto de Sergio Garcia Ramirez no caso *Barrios Altos c/ Peru*, supra, §14.

¹³⁴ V. CorteIDH, *Bulacio c/ Argentina*, 18 set. de 2003, Série C nº 100, § 116 et 117.

¹³⁵ CorteIDH *Vera Vera e outra c. Equador*, 19 de maio de 2011, Série C 226 § 118; CorteIDH Resolução em supervisão de execução de sentença no caso *Escher e outros c/ Brasil*, 19 de jun. de 2012, §20.

CorteIDH, Barrios Altos vs Peru, 14 mar. 2001, Série C 75.

CorteIDH, Caballero Delgado y Santana vs Colombia, reparações, 29 de jan. de 1997, Série C, n° 31, § 56.

CorteIDH, Caso de la Comunidad Moiwana vs Suriname, 15 juin 2005, Série C n° 124, § 207.

CorteIDH, Goiburú y otros vs Paraguay, 22 de set. de 2006, Série C n° 153.

CorteIDH, Gomes Lund e outros (Guerrilha do Araguaia) vs Brasil, supra, §179

CorteIDH, Gómez Palomino vs Peru, 22 de nov. de 2005, Série C n° 136.

CorteIDH, Masacre Pueblo Bello vs Colombie, 31 de jan. de 2006, Série C, n° 140, §120.

CorteIDH, Trujillo Oroza c/ Bolívia, Supervisão de sentença, Res. de 27 de jan. de 2009, n° 38

DELMAS - MARTY M., Postface: D'un paradoxe à l'autre, in Y. CARTUYVELS et autres (dir.), *Les droits de l'homme bouclier ou épée du droit pénal ?*, Bruxelles, Bruylant, 2007.

CorteIDH, Juan Humberto Sánchez c/ Honduras, 7 de junho de 2003, série C 99 ;

CorteIDH, Myrna Mack Chang c/ Guatemala, 25 de nov. de 2003, Série C 101

HENNEBEL, L. TIGROUDJA, H. *Le particularisme interaméricain des droits de l'homme*, Paris: Pedone, 2009.

LAMBERT-ABDELGAWAD, E. e MARTIN-CHENUT, K. Les réparations des victimes de violations graves et massives des droits de l'homme: la Cour interaméricaine, pionnière et modèle? Paris: *Société de Législation Comparée*, Coll. de l'UMR de droit comparé, vol 20, 2010.

MARTIN-CHENUT K, Le renforcement des obligations positives de nature pénale dans la jurisprudence interaméricaine: l'exemple des graves violations des droits de l'homme commises pendant les dictatures des pays du Cône Sud», RSC, n° 3, 2012, (artigo traduzido para o português por Priscila Akemi Beltrame e por Pedro Augusto Simões da Conceição e publicado na *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n°. 103, jul.-ago. 2013).



MARTIN-CHENUT K. Amnistie, prescription, grâce: la jurisprudence interaméricaine des droits de l'homme en matière de lutte contre l'impunité, *RSC*, 2007.

MARTIN-CHENUT K. La jurisprudence interaméricaine des droits de l'homme sur l'exercice de la justice par les tribunaux militaires, *RSC*, Chronique internationale – Droits de l'homme, 2009.

PINTO, M. *L'Amérique latine et le traitement des violations massives des droits de l'homme*, Paris: Pedone, 2007.

Res. n° 3220 (XXIX) de 1974 (missing persons); Res. 33/173 de 20 de dezembro de 1978.

TULKENS, F., The paradoxical relationship between criminal law and human rights, *JICJ*, 2011.

VAN DE KERCHOVE, M. et VAN DROOGHENBROECK, S. La subsidiarité et le droit pénal: aspects nouveaux d'une question ancienne, in F. Delperee (dir.), *Le principe de subsidiarité*, Bruxelles, Paris, Bruylant, LGDJ, 2002.

VAN DROOGHENBROECK, S. "L'horizontalisation des droits de l'homme", in DUMONT, H., Ost., F. et VAN DROOGHENBROECK, S. (dir.), *La responsabilité, face cachée des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 2005.

KATHIA MARTIN-CHENUT

Pesquisadora do Centre National de la Recherche Scientifique (CNRS) – França. É Bacharel em direito pela Universidade de São Paulo, Mestre, Doutora e Habilitada a Dirigir Pesquisas (HDR) pela Universidade de Paris I, Panthéon-Sorbonne. Co-dirige a Equipe RSE (Responsabilidade Social das Empresas) da UMR DRES (Droit, Religion, Entreprise et Société), CNRS-Universidade de Estrasburgo. No âmbito desta equipe é responsável pelo eixo de pesquisas "RSE e Direitos Humanos" e co-dirige o Projeto IdEx (Iniciativa de Excelência) da Universidade de Estrasburgo sobre "Os instrumentos jurídicos mobilizados pela Responsabilidade Social das Empresas e Organizações (RSE-O) em vista de uma efetiva imputação de responsabilidade". Integra a Equipe "Internormatividades no espaço penal" do Collège de France e Coordena a Rede ID (Internacionalização do Direito) franco-brasileira. Participou do projeto europeu ATLAS (Armed Conflict, Peacekeeping, Transitional Justice : Law as Solution) desenvolvido na Universidade de Paris I e no Collège de France. Possui diversas publicações na área de direito internacional dos Direitos Humanos, direito internacional penal e direito penal comparado.

RESUMO: Após uma introdução sobre o particularismo do sistema interamericano de proteção dos direitos humanos (1), o texto analisa as contribuições deste sistema regional à afirmação de um direito à verdade e à evolução da justiça de transição, notadamente a definição dos contornos do crime de desaparecimento forçado (2), a consagração de um direito à verdade (3) e a luta contra a impunidade através do desenvolvimento de obrigações positivas de proteção penal (4). Finalmente, em suas conclusões, o texto menciona críticas tradicionalmente feitas a este movimento de penalização do direito internacional dos direitos humanos e, ao mesmo tempo, tenta obtemperá-las e trazer a lume algumas repostas encontradas na própria jurisprudência da Corte.

PALAVRAS-CHAVE: Sistema Interamericano de Direitos Humanos; Desaparecimento Forçado; Direito à Verdade; Impunidade; Obrigação Positiva do Estado; Reparação.

RÉSUMÉ: A la suite d'une introduction sur le particularisme du système interaméricain de protection des droits de l'homme (1), le texte analyse les contributions de ce système régional à l'affirmation d'un droit à la vérité et à l'évolution de la justice de transition, notamment la définition du crime de disparition forcée (2), la consécration d'un droit à la vérité (3) et la lutte contre l'impunité à travers le développement d'obligations positives e protection pénale (4). Enfin, pour conclure, le texte évoque des critiques traditionnellement faites à ce mouvement de pénalisation du droit international des droits de l'homme tout en les nuancant et en leur apportant quelques réponses tirées de la jurisprudence même de la Cour.



DEBATE ENTRE OS PARTICIPANTES DO COLÓQUIO INTERNACIONAL
DIREITO À VERDADE E À JUSTIÇA NOS PAÍSES DO CONE SUL.

FONTE: ACERVO DA COMISSÃO DE ANISTIA.



EVOLUÇÃO DO DIREITO INTERNACIONAL E O CASO BRASILEIRO

Flávia Piovesan

Professora doutora em Direito Constitucional e Direitos Humanos da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP

1. INTRODUÇÃO

Como enfrentar as graves violações de direitos humanos perpetradas no passado? Como ritualizar a passagem de um regime militar ditatorial a um regime democrático? Como interpretar a lei de anistia de 1979 à luz dos parâmetros protetivos internacionais? Como assegurar a proteção dos direitos à verdade e à justiça? Quais são os principais desafios e perspectivas da justiça de transição no contexto brasileiro?

São estas as questões centrais a inspirar este artigo, que tem como objetivo maior focar a lei de anistia brasileira, o direito à verdade e o direito à justiça no marco da justiça de transição sul-americana, considerando o especial impacto do sistema interamericano. Sob esta perspectiva, emerge o desafio de assegurar o fortalecimento do Estado de Direito, da democracia e dos direitos humanos, aliando a luta por justiça e paz na experiência brasileira.

2. PROTEÇÃO DO DIREITO À VERDADE E À JUSTIÇA: IMPACTO DO SISTEMA INTERAMERICANO NO CONTEXTO SUL-AMERICANO

Dois períodos demarcam o contexto latino-americano: o período dos regimes ditatoriais; e o período da transição política aos regimes democráticos, marcado pelo fim das ditaduras militares na década de 80, na Argentina, no Chile, no Uruguai e no Brasil.

Em 1978, quando a Convenção Americana de Direitos Humanos entrou em vigor, muitos dos Estados da América Central e do Sul eram governados por ditaduras. Dos 11 Estados-partes da Convenção à época, menos que a metade tinha governos eleitos democraticamente, ao passo que hoje quase a totalidade dos Estados latino-americanos na região tem governos eleitos democraticamente¹. Diversamente do sistema regional europeu que teve como fonte inspiradora a tríade indissociável Estado de Direito, Democracia e Direitos Humanos², o sistema regional interamericano tem em sua origem o paradoxo de nascer em um ambiente acentadamente autoritário, que não permitia qualquer associação direta e imediata entre Democracia, Estado de Direito e Direitos Humanos. Ademais, neste contexto, os direitos humanos eram tradicionalmente concebidos como uma agenda contra o Estado. Diversamente do sistema europeu, que surge como fruto do processo de integração europeia e tem servido como relevante instrumento para fortalecer este processo de integração, no caso interamericano havia tão somente um movimento ainda embrionário de integração regional.

A região latino-americana tem sido caracterizada por elevado grau de exclusão e desigualdade social ao qual se somam democracias em fase de consolidação. A região ainda convive com as reminiscências do legado dos regimes autoritários ditatoriais, com uma cultura de violência e de impunidade, com a baixa densidade de Estados de Direitos e com a precária tradição de respeito aos direitos humanos no âmbito doméstico. A América Latina tem o mais alto índice de desigualdade do mundo, no campo da distribuição de renda³. No que se refere à densidade democrática, segundo a pesquisa Latinobarômetro, no Brasil, apenas 47% da população

1 Como observa Thomas Buergenthal: "O fato de hoje quase a totalidade dos Estados latino-americanos na região, com exceção de Cuba, terem governos eleitos democraticamente tem produzido significativos avanços na situação dos direitos humanos nesses Estados. Estes Estados ratificaram a Convenção e reconheceram a competência jurisdicional da Corte". (Prefácio de Thomas Buergenthal, Jo M. Pasqualucci, *The Practice and Procedure of the Inter-American Court on Human Rights*, Cambridge, Cambridge University Press, 2003, p.XV).

2 A respeito, ver Clare Ovey e Robin White, *European Convention on Human Rights*, 3a ed., Oxford, Oxford University Press, 2002, p.1 e Flávia Piovesan, *Direitos Humanos e Justiça Internacional*, 5ª edição, São Paulo, ed. Saraiva, 2014.

3 De acordo com o ECLAC: "A distribuição de renda altamente desigual e inflexível da América Latina tem sido um dos seus traços históricos mais proeminentes. A desigualdade latino-americana não é apenas maior do que a observada em outras regiões do mundo, mas também se manteve inalterada nos anos 1990 para, em seguida, piorar ainda mais no início da década atual [década de 2000]" ["Latin America's highly inequitable and inflexible income distribution has historically been one of its most prominent traits. Latin American inequality is not only greater than that seen in other world regions, but it also remained unchanged in the 1990s, then took a turn for the worse at the start of the current decade"] (ECLAC, *Social Panorama of Latin America - 2006*, chapter I, page 84. Disponível em: <http://www.eclac.org/cgi-bin/getProd.asp?xml=/publicaciones/xml/4/27484/P27484.xml&xsl=/dds/tpl/p9f.xsl&base=/tpl-i/top-bottom.xslt> (Acessado em 30 de julho de 2007).

No mesmo sentido, afirmam Cesar P. Bouillon e Mayra Buvinic: "(...) Em termos de distribuição de renda, os países da região estão entre os mais desiguais do mundo. No final dos anos noventa, os 20 por cento mais ricos da população receberam cerca de 60 por cento da renda total, enquanto os 20 por cento mais pobres da população só receberam cerca de 3 por cento. A desigualdade de renda ainda se aprofundou um pouco mais durante a década de 1990. (...) Além da desigualdade de renda, existem enormes desigualdades na distribuição de outros bens, incluindo educação, terra e crédito. De acordo com estudos recentes, a média de anos na escola para os 20 por cento mais pobres é de apenas quatro anos, enquanto que para os 20 por cento mais ricos é de 10 anos. [...] "In terms of income, the countries in the region are among the most inequitable in the world. In the late 1990s, the wealthiest 20 percent of the population received some 60 percent of the income, while the poorest 20 percent only received about 3 percent. Income inequality deepened somewhat during the 1990s (...) Underlying income inequality, there are huge inequities in the distribution of assets, including education, land and credit. According to recent studies, the average length of schooling for the poorest 20 percent is only four years, while for the richest 20 percent is 10 years." (Cesar P. Bouillon e Mayra Buvinic, *Inequality, Exclusion and Poverty in Latin America and the Caribbean: Implications for Development*, Background document for EC/IADB "Seminar on Social Cohesion in Latin America," Brussels, June 5-6, 2003, p. 3-4, par. 2.8). Disponível em: <http://www.iadb.org/sds/doc/soc-idb-socialcohesion-e.pdf>, Julho 2007. Consultar ainda ECLAC, *Social Panorama of Latin America 2000-2001*, Santiago de Chile: Economic Commission for Latin America and the Caribbean, 2002.

reconhece ser a democracia o regime preferível de governo; ao passo que, no Peru, este universo é ainda menor, correspondendo a 45% e no México a 43%⁴.

É neste cenário que o sistema interamericano se legitima como importante e eficaz instrumento para a proteção dos direitos humanos, quando as instituições nacionais se mostram falhas ou omissas. Com a atuação da sociedade civil, a partir de articuladas e competentes estratégias de litigância, o sistema interamericano tem a força catalizadora de promover avanços no regime de direitos humanos. Permitiu a desestabilização dos regimes ditatoriais; exigiu justiça e o fim da impunidade nas transições democráticas; e agora demanda o fortalecimento das instituições democráticas com o necessário combate às violações de direitos humanos e proteção aos grupos mais vulneráveis.

Considerando a atuação da Corte Interamericana no processo de justiça de transição no contexto sul-americano, destaca-se, como caso emblemático, o caso *Barrios Altos versus Peru*⁵ – massacre que envolveu a execução de catorze pessoas por agentes policiais. Em virtude da promulgação e aplicação de leis de anistia (uma que concede anistia geral aos militares, policiais e civis, e outra que dispõe sobre a interpretação e alcance da anistia), o Peru foi condenado a reabrir investigações judiciais sobre os fatos em questão, relativos ao “massacre de Barrios Altos”, de forma a derrogar ou a tornar sem efeito as leis de anistia mencionadas. O Peru foi condenado, ainda, à reparação integral e adequada dos danos materiais e morais sofridos pelos familiares das vítimas⁶.

A Corte Interamericana realçou que, ao estabelecer excludentes de responsabilidade e impedir investigações e punições de violações de direitos humanos como tortura, execuções extrajudiciais e desaparecimentos forçados, leis de anistia são incompatíveis com a Convenção Americana de Direitos Humanos. No entender da Corte:

“A Corte (...) considera que as leis de anistia adotadas pelo Peru impediram aos familiares das vítimas e às vítimas sobreviventes fossem ouvidas por um juiz, conforme enunciado pelo artigo 8.1 da Convenção; violaram o direito à proteção judicial consagrado no artigo 25 da Convenção; impediram a investigação, a perseguição, a captura, o processo e a sanção aos responsáveis pelos atos ocorridos em Barrios Altos, em violação ao artigo 1.1 da Convenção, obstruindo o esclarecimento dos fatos relativos ao caso. Finalmente, a adoção de leis de autoanistia incompatíveis com a

4 Ver Democracy and the downturn: The latinobarometro poll, The Economist, 13 de novembro de 2008.

5 Caso Barrios Altos vs Peru. Fondo. Sentencia de 14 de marzo de 2001. Serie C No. 75. http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_75_esp.pdf

6 Barrios Altos case (Chumbipuma Aguirre and others vs. Peru). Judgment of 14 March 2001.



Convenção implicou a violação da obrigação de adequar o direito interno consagrada no artigo 2 da mesma Convenção.”

Conclui a Corte que as leis de “autoanistia” perpetuam a impunidade, propiciam uma injustiça continuada, impedem às vítimas e aos seus familiares o acesso à justiça e o direito de conhecer a verdade e de receber a reparação correspondente, o que constituiria uma manifesta afronta à Convenção Americana. As leis de anistiam configurariam, assim, um ilícito internacional, e sua revogação, uma forma de reparação não pecuniária.

Esta decisão apresentou um elevado impacto na anulação de leis de anistia e na consolidação do direito à verdade, pelo qual os familiares das vítimas e a sociedade como um todo devem ser informados das violações, realçando o dever do Estado de investigar, processar, punir e reparar violações aos direitos humanos. Foi a primeira vez, no Direito Internacional contemporâneo, que um Tribunal internacional determinou que leis de anistia eram incompatíveis com tratados de direitos humanos, carecendo de efeitos jurídicos.

No mesmo sentido, destaca-se o caso *Almonacid Arellano versus Chile*⁷, cujo objeto era a validade do decreto-lei 2191/78 – que perdoava os crimes cometidos entre 1973 e 1978 durante o regime Pinochet – à luz das obrigações decorrentes da Convenção Americana de Direitos Humanos. Para a Corte Interamericana: “A adoção e a aplicação de leis que outorgam anistia por crimes de lesa humanidade impedem o cumprimento de obrigações internacionais. O Secretário Geral das Nações Unidas, em seu informe sobre o estabelecimento de um Tribunal Especial para Serra Leoa, afirmou que, embora haja o reconhecimento de que as anistias sejam um conceito jurídico e uma sinalização de paz e de reconciliação ao final de uma guerra civil ou de um conflito armado interno, as Nações Unidas mantêm sistematicamente a posição de que a anistia não pode ser concedida com relação a crimes internacionais como o genocídio, os crimes de lesa humanidade ou graves infrações do Direito Internacional Humanitário. (...) Leis de anistia com as características descritas conduzem à não defesa das vítimas e à perpetuação da impunidade dos crimes de lesa humanidade, sendo manifestamente incompatíveis com a letra e o espírito da Convenção Americana e, indubitavelmente, afetam direitos nela consagrados. As leis de anistia constituem, por si, uma violação à Convenção e geram responsabilidade.” Acrescenta a Corte: “Consequentemente, considerando a natureza do Decreto Lei n. 2.191/78, carece ele de efeitos

7 Ver caso *Almonacid Arellano y otros Vs. Chile*. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C n. 154. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_154_esp.pdf (acesso em 27/12/08). Ver ainda as sentenças proferidas nos seguintes casos: a) caso *Velásquez Rodríguez vs. Honduras*. Fondo. Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C No. 4 - disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_04_esp.pdf; b) caso *Bámaca Velásquez Vs. Guatemala*. Fondo. Sentencia de 25 de noviembre de 2000. Serie C No. 70. http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_70_esp.pdf; c) caso *La Cantuta Vs. Peru*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de noviembre de 2006. Serie C No. 162. http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_162_esp.pdf; d) caso de la Comunidad *Moiwana Vs. Suriname*. Excepciones Preliminares, Fondo, reparaciones y Costas. Sentencia de 15 de junio de 2005. http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_124_esp1.pdf; e) caso *Castillo Páez Vs. Peru*. Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de noviembre de 1998. http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_43_esp.pdf

jurídicos e não pode seguir representando um obstáculo para a investigação dos fatos, nem para a identificação e punição dos responsáveis (...):”

Por fim, por unanimidade, concluiu a Corte pela invalidade do mencionado decreto lei de “autoanistia”, por implicar denegação de justiça às vítimas, bem como por afrontar os deveres do Estado de investigar, processar, punir e reparar graves violações de direitos humanos que constituem crimes de lesa humanidade.

Em direção similar, adicione-se o caso La Cantuta *versus* Peru⁸, referente à execução sumária de um professor e nove estudantes da Universidade de La Cantuta, em 1992, perpetrada por um “esquadrão da morte” denominado “Grupo Colina”, também responsável pelo assassinato de catorze vítimas no caso Barrios Altos, em 1991. Neste caso, sustentou a Corte Interamericana que “o aparato estatal foi indevidamente utilizado para cometer crimes de Estado, constituindo inadmissível violação ao *jus cogens*, para, depois, encobrir tais crimes e manter seus agentes impunes. (...) O *jus cogens* resiste aos crimes de Estado, impondo-lhe sanções.”

À luz dos parâmetros protetivos mínimos estabelecidos pelo sistema interamericano, destacam-se quatro direitos:

- a) o direito a não ser submetido à tortura nem a desaparecimento forçado;
- b) direito à justiça (o direito à proteção judicial);
- c) o direito à verdade; e
- d) o direito à prestação jurisdicional efetiva, na hipótese de violação a direitos (direito a remédios efetivos).

A racionalidade adotada pela Corte Interamericana é clara: as leis de anistia violam parâmetros protetivos internacionais; constituem um ilícito internacional; e não obstam o dever do Estado de investigar, julgar e reparar as graves violações cometidas, assegurando às vítimas os direitos à justiça e à verdade.

Frise-se que os instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos estabelecem um núcleo inderrogável de direitos, a serem respeitados seja em tempos de guerra, instabilidade, comoção pública ou calamidade pública, como atestam o artigo 4º do Pacto Internacional de



As anistias são geralmente incompatíveis com o dever dos Estados de investigar tais atos; para garantir a não ocorrência de tais atos dentro de sua jurisdição; e para assegurar que não ocorram no futuro.

ser submetido à tortura é um direito absoluto, que não permite qualquer exceção, suspensão ou derrogação.

Direitos Civis e Políticos, o artigo 27 da Convenção Americana de Direitos Humanos e o artigo 15 da Convenção Européia de Direitos Humanos⁹. Este núcleo inderrogável consagra o direito a não ser submetido à tortura. A Convenção contra a Tortura, de igual modo, no artigo 2º, consagra a cláusula da inderrogabilidade da proibição da tortura, ou seja, nada pode justificar a prática da tortura (seja ameaça ou estado de guerra, instabilidade política interna ou qualquer outra emergência pública).

Todos estes tratados convergem ao endossar a absoluta proibição da tortura. Isto é, o direito a não

No que se refere ao direito a não ser submetido a desaparecimento forçado, em 23 de dezembro de 2010, entrou em vigor a Convenção Internacional para a Proteção de todas as pessoas contra o Desaparecimento Forçado, contando, até junho de 2012, com 33 Estados-partes, incluindo o Estado Brasileiro que a ratificou em 29 de novembro de 2010. A Convenção estabelece o direito a não ser submetido a desaparecimento forçado, bem como o direito da vítima à justiça e à reparação. Esclarece que 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. Adiciona, também, o direito da vítima de conhecer a verdade sobre as circunstâncias do desaparecimento forçado e o destino das pessoas desaparecidas, enunciando o direito à liberdade de buscar, receber e difundir tais informações. Prescreve a Convenção que, por sua extrema gravidade, a prática generalizada ou sistemática de desaparecimento forçado constitui crime contra a humanidade. Impõe, ainda, aos Estados-partes o dever de prevenir e punir a prática de desaparecimento forçado, instituindo um Comitê próprio (“Comitê contra Desaparecimentos Forçados”, nos termos do art. 26 da Convenção) com a competência de apreciar relatórios periódicos submetidos pelos Estados-partes, petições individuais e comunicações inter-estatais (arts. 29, 31 e 32 da Convenção, respectivamente). É previsto, ademais, o poder do Comitê de realizar investigações *in loco*, em conformidade com o art. 33 da Convenção.

No sistema global de proteção, cabe ainda menção à Recomendação Geral n. 20, de abril de 1992, adotada pelo Comitê de Direitos Humanos, a respeito do artigo 7º do Pacto de Direitos Civis e

⁹ Ver também a Recomendação Geral n.29 do Comitê de Direitos Humanos, que esclareceu acerca dos direitos inderrogáveis e identificou os elementos que não podem ser sujeitos à suspensão.

Políticos, concernente à proibição da tortura e outros tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes, que ressalta: *“As anistias são geralmente incompatíveis com o dever dos Estados de investigar tais atos; para garantir a não ocorrência de tais atos dentro de sua jurisdição; e para assegurar que não ocorram no futuro. Os Estados não podem privar os indivíduos de seu direito a um recurso eficaz, inclusive a possibilidade de compensação e plena reabilitação.”*¹⁰

No mesmo sentido, destaca-se a Recomendação Geral n. 31, adotada pelo Comitê de Direitos Humanos, em 2004, ao afirmar:

*“O artigo 2, parágrafo 3, requer que os Estados partes proporcionem a reparação aos indivíduos cujos direitos do Pacto forem violados. Sem reparação aos indivíduos cujo direito foi violado, a obrigação de fornecer um recurso eficaz, que é central à eficácia do artigo 2, parágrafo 3, não é preenchida. (...) O Comitê ressalta que, quando apropriada, a reparação deve abranger a restituição, a reabilitação e as medidas de satisfação, tais como pedidos de desculpas em público, monumentos públicos, garantia de não-repetição e mudanças em leis e em práticas relevantes, assim como conduzir à justiça os agentes de violações dos direitos humanos. (...) Os Estados-partes devem assegurar que os responsáveis por violações de direitos determinados no Pacto, quando as investigações assim revelarem, sejam conduzidos aos tribunais. Como fracasso na investigação, o fracasso em trazer os agentes violadores à justiça poderia causar uma ruptura do Pacto. (...) Dessa forma, onde os agentes públicos ou estatais cometeram violações dos direitos do Pacto, os Estados-partes envolvidos não podem aliviar os agressores da responsabilidade pessoal, como ocorreram com determinadas anistias e as imunidades e indenizações legais prévias. Além disso, nenhuma posição oficial justifica que pessoas que poderiam ser acusadas pela responsabilidade por tais violações permaneçam imunes de sua responsabilidade legal. Outros impedimentos à determinação da responsabilidade legal também devem ser removidos, como a defesa por devido cumprimento do dever legal ou aos períodos absurdamente curtos da limitação estatutária nos casos onde tais limitações são aplicáveis. Os Estados-partes devem também ajudar a conduzir à justiça os suspeitos de cometimento de atos de violação ao Pacto, os quais são puníveis sob a legislação doméstica ou internacional.”*¹¹

¹⁰ Recomendação Geral n. 20, do Comitê de Direitos Humanos da ONU, sobre o artigo 7 do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, disponível em: [http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/\(Symbol\)/6924291970754969c12563ed004c8ae5?Opendocument](http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/(Symbol)/6924291970754969c12563ed004c8ae5?Opendocument)

¹¹ Recomendação Geral n. 31, do Comitê de Direitos Humanos da ONU, sobre a natureza da obrigação geral imposta aos Estados partes do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, disponível em: [http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/\(Symbol\)/CCPR.C.21.Rev.1.Add.13.En?Opendocument](http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/(Symbol)/CCPR.C.21.Rev.1.Add.13.En?Opendocument).

3. PROTEÇÃO DO DIREITO À VERDADE E À JUSTIÇA: IMPACTO DO SISTEMA INTERAMERICANO NO CASO BRASILEIRO

Acenando a um isolamento no contexto da justiça de transição sul-americano – marcado pelas sucessivas anulações de leis de anistia – em 29 de abril de 2010, o Supremo Tribunal Federal, ao julgar a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n.153, manteve a interpretação de que a lei de anistia de 1979 (Lei n. 6683/79) teria assegurado anistia ampla, geral e irrestrita, alcançando tanto as vítimas como os algozes. O argumento central é que lei de anistia teria sido expressão de um acordo político, de uma conciliação nacional, envolvendo “diversos atores sociais, anseios de diversas classes e instituições políticas”. Acrescentou o Supremo Tribunal Federal que não caberia ao Poder Judiciário “reescrever leis de anistia”, não devendo o Supremo “avançar sobre a competência constitucional do Poder Legislativo”, tendo em vista que “a revisão da lei de anistia, se mudanças do tempo e da sociedade a impuserem, haverá de ser feita pelo Poder Legislativo e não pelo Poder Judiciário”. Observou, contudo, a necessidade de assegurar “a possibilidade de acesso aos documentos históricos, como forma de exercício fundamental à verdade, para que, atento às lições do passado, possa o Brasil prosseguir na construção madura do futuro democrático”. Concluiu afirmando que “é necessário não esquecermos, para que nunca mais as coisas voltem a ser como foram no passado.”

Com esta decisão, o Supremo Tribunal Federal denegou às vítimas o direito à justiça – ainda que tenha antecipado seu endosso ao direito à verdade. Não apenas denegou o direito à justiça, como também reescreveu a história brasileira mediante uma lente específica, ao atribuir legitimidade político-social à lei de anistia em nome de um acordo político e de uma reconciliação nacional.

Contudo, como realça Paulo Sérgio Pinheiro, prevaleceu uma contrafação histórica, eis que a “a lei de anistia não foi produto de acordo, pacto, negociação alguma, pois o projeto não correspondia àquele pelo qual a sociedade civil, o movimento de anistia, a OAB e a heróica oposição parlamentar haviam lutado. Houve o Dia Nacional de Repúdio ao projeto de Anistia do governo e manifestações e atos públicos contrários à lei – que, ao final, foi aprovada por 206 votos da Arena (partido da ditadura) contra 201 votos do MDB (oposição)”¹².

12 Paulo Sérgio Pinheiro, *O STF de costas para a humanidade*, Folha de São Paulo, 30 de abril de 2010.

Em 24 de novembro de 2010, no caso *Gomes Lund e outros versus Brasil*, a Corte Interamericana de Direitos Humanos condenou o Brasil em virtude do desaparecimento de integrantes da guerrilha do Araguaia durante as operações militares ocorridas na década de 70. O caso foi submetido à Corte pela Comissão Interamericana, ao reconhecer que o caso “representava uma oportunidade importante para consolidar a jurisprudência interamericana sobre leis de anistia em relação aos desaparecimentos forçados e às execuções extrajudiciais, com a consequente obrigação dos Estados de assegurar o conhecimento da verdade, bem como de investigar, processar e punir graves violações de direitos humanos”.

Em sua histórica sentença, a Corte realçou que as disposições da lei de anistia de 1979 são manifestamente incompatíveis com a Convenção Americana, carecem de efeitos jurídicos e não podem seguir representando um obstáculo para a investigação de graves violações de direitos humanos, nem para a identificação e punição dos responsáveis. Enfatizou a Corte que leis de anistia relativas a graves violações de direitos humanos são incompatíveis com o Direito Internacional e as obrigações jurídicas internacionais contraídas pelos Estados. Respaldou sua argumentação em vasta e sólida jurisprudência produzida por órgãos das Nações Unidas e do sistema interamericano, destacando também decisões judiciais emblemáticas invalidando leis de anistia na Argentina, no Chile, no Peru, no Uruguai e na Colômbia. A conclusão é uma só: as leis de anistia violam o dever internacional do Estado de investigar e punir graves violações a direitos humanos.

A respeito da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal, entendeu a Corte que “afeta o dever internacional do Estado de investigar e punir graves violações a direitos humanos”, afrontando, ainda, o dever de harmonizar a ordem interna à luz dos parâmetros da Convenção Americana. Adicionou a Corte Interamericana: “Quando um Estado ratifica um tratado internacional como a Convenção Americana, seus juízes, como parte do aparato do Estado, também estão submetidos a ela, o que lhes obriga a zelar para que os efeitos dos dispositivos da Convenção não se vejam mitigados pela aplicação de leis contrárias ao seu objeto, e que desde o início carecem de efeitos jurídicos. (...) o poder Judiciário deve exercer uma espécie de “controle da convencionalidade das leis” entre as normas jurídicas internas que aplicam nos casos concretos e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Nesta tarefa, o Poder Judiciário deve ter em conta não somente o tratado, mas também a interpretação que do mesmo tem feito a Corte Interamericana, intérprete última da Convenção Americana”¹³. Concluiu a Corte que “não foi exercido o controle de convencionalidade pelas autoridades jurisdicionais do Estado brasileiro”, tendo em vista que o Supremo Tribunal Federal confirmou a validade da interpretação da lei de anistia sem considerar as obrigações internacionais do Brasil decorrentes do Direito Internacional, particularmente aquelas estabelecidas nos artigos 1, 2, 8 e 25 da Convenção Americana de Direitos Humanos.

¹³ Este entendimento já havia sido firmado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos no caso *Almonacid Arellano e outros vs. Chile*, sentença de 26 setembro de 2006.

No que se refere ao direito à verdade, até então, estava em vigor a Lei n.11.111/05, ao prever que o acesso aos documentos públicos classificados “no mais alto grau de sigilo” poderia ser restringido por tempo indeterminado, ou até permanecer em eterno segredo, em defesa da soberania nacional. Esta lei violava os princípios constitucionais da publicidade e da transparência democrática, negando às vítimas o direito à memória e às gerações futuras a responsabilidade de prevenir a repetição de tais práticas¹⁴. Para a Comissão Interamericana de Direitos Humanos é fundamental respeitar e garantir o direito à verdade para o fim da impunidade e para a proteção dos direitos humanos. Acentua a Comissão: *“Toda sociedade tem o direito irrenunciável de conhecer a verdade do ocorrido, assim como as razões e as circunstâncias em que aberrantes delitos chegaram a ser cometidos, a fim de evitar que estes atos voltem a ocorrer no futuro”*. É assim, dever do Estado assegurar o direito à verdade, em sua dupla dimensão – individual e coletiva – em prol do direito da vítima e de seus familiares (o que compreende o direito ao luto) e em prol do direito da sociedade à construção da memória e identidade coletivas.

Para o Alto Comissariado de Direitos Humanos das Nações Unidas: “O direito à verdade abrange o direito de ter um conhecimento pleno e completo dos fatos ocorridos, das pessoas que deles participaram, das circunstâncias específicas, e, em particular, das violações perpetradas e sua motivação. O direito à verdade é um direito individual que assiste tanto às vítimas, como aos seus familiares, apresentando ainda uma dimensão coletiva e social. No último sentido, o direito à verdade está estritamente relacionado ao Estado de Direito e aos princípios de transparência, responsabilidade e boa gestão dos assuntos públicos em uma sociedade democrática. Constitui, com a justiça, a memória e a reparação, um dos pilares da luta contra a impunidade das violações graves aos direitos humanos e das infrações ao Direito Internacional Humanitário.”¹⁵

Atente-se que, em 21 de dezembro de 2009, foi lançado o 3º Programa Nacional de Direitos Humanos, que, dentre suas metas, ineditamente estabeleceu a criação de uma Comissão Nacional de Verdade, com o objetivo de resgatar as informações relativas ao período da repressão militar. Tal proposta foi causa de elevada tensão política entre o Ministério da Defesa (que acusa a proposta de revanchista) e a Secretaria Especial de Direitos Humanos e o Ministério da Justiça (que defendem a proposta em nome do direito à memória e à verdade), culminando, inclusive, com a exoneração do general chefe do departamento do Exército, por ter se referido à “comissão da calúnia”.

À luz da experiência brasileira, até final de 2011, conclui-se que: a) não havia incorporação da jurisprudência da Corte Interamericana e dos parâmetros protetivos internacionais pelo Supremo

¹⁴ A respeito, ver parecer que, na qualidade de perita, elaborei sobre a inconstitucionalidade da Lei n.11.111/05, no caso Gomes Lund e outros *versus* Brasil (abril de 2010).

¹⁵ Alto Comissariado de Direitos Humanos das Nações Unidas, *El Derecho a la verdad*, Conselho de Direitos Humanos, quinto período de sessões, A/HRC/5/7, 7 de junho de 2007.



COLÓQUIO INTERNACIONAL DIREITO À VERDADE E À JUSTIÇA NOS PAÍSES DO CONE SUL, PARTE II: EXPERIÊNCIAS NACIONAIS DE TRANSIÇÃO EM FACE DAS EXIGÊNCIAS DO DIREITO INTERNACIONAL – EXPERIÊNCIAS EXTRAJUDICIAIS, 02 DE DEZEMBRO DE 2011.

FONTE: ACERVO DA COMISSÃO DE ANISTIA.

Tribunal Federal¹⁶; b) havia uma tensão intra-governamental a respeito da política de Estado em prol da memória, verdade e justiça; e c) havia a afronta aos direitos à verdade e à justiça.

Finalmente, em 18 de novembro de 2011, foram adotadas duas leis de profunda relevância para a justiça transicional brasileira: a) a Lei n.12.527, que regula o acesso à informação; e b) a Lei n. 12.528, que cria a Comissão Nacional da Verdade. É evidente o elevado impacto da decisão da Corte Interamericana de Direitos Humanos (no caso *Gomes Lund versus Brasil*) para o advento destes dois avanços democráticos.

A Lei n.12.527, que regula o acesso à informação, limita o prazo de sigilo de documentos classificados como “ultra-secretos”. Inova ao estabelecer que tais documentos sejam mantidos em segredo até 25 anos, renováveis por, no máximo, mais 25 anos. A proposta sofreu forte resistência de parlamentares que defendem o sigilo eterno destes documentos.

¹⁶ Escassa ainda é a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal que implementa a jurisprudência da Corte Interamericana, destacando-se até março de 2010 apenas e tão somente dois casos: a) um relativo ao direito do estrangeiro detido de ser informado sobre a assistência consultiva como parte do devido processo legal criminal, com base na Opinião Consultiva da Corte Interamericana n.16 de 1999 (ver decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal em 2006, na Extradução n.954/2006); e b) outro caso relativo ao fim da exigência de diploma para a profissão de jornalista, com fundamento no direito à informação e na liberdade de expressão, à luz da Opinião Consultiva da Corte Interamericana n.5 de 1985 (ver decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal em 2009, no RE 511961). Levantamento realizado acerca das decisões do Supremo Tribunal Federal baseadas em precedentes judiciais de órgãos internacionais e estrangeiros constata que 80 casos aludem à jurisprudência da Suprema Corte dos EUA, ao passo que 58 casos aludem à jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha – enquanto que, reitera-se, apenas 2 casos amparam-se na jurisprudência da Corte Interamericana. Nesse sentido, Virgílio Afonso da Silva, *Integração e Diálogo Constitucional na América do Sul*, In: Armin Von Bogdandy, Flávia Piovesan e Mariela Morales Antoniazzi (coord.), *Direitos Humanos, Democracia e Integração Jurídica na América do Sul*, Rio de Janeiro, ed. Lúmen Júris, 2010, p.529. Apenas são localizados julgados que remetem à incidência de dispositivos da Convenção Americana – nesta direção, foram localizados 79 acórdãos versando sobre: prisão do depositário infiel; duplo grau de jurisdição; uso de algemas; individualização da pena; presunção de inocência; direito de recorrer em liberdade; razoável duração do processo; dentre outros temas especialmente afetos ao garantismo penal.



Com efeito, a questão central atinha-se aos documentos considerados “ultra-secretos” e ao poder da autoridade pública de decidir o que é “ultra-secreto”, impondo tal classificação, com a prerrogativa de prorrogar e estender o sigilo de informações eternamente. O ato de classificar permite à autoridade pública atribuir o grau de sigilo a documento, culminando, na prática, com a delegação ao Executivo do poder de definir o núcleo essencial do direito constitucional à informação. O risco é que tal sistemática fomentasse a discricionariedade e o arbítrio do Estado no ímpeto abusivo de classificar como “ultra-secretos” documentos públicos, privando-os do acesso à sociedade, sobretudo quando se referem a graves violações a direitos humanos.

À luz dos parâmetros constitucionais e internacionais, ao direito à informação corresponde o dever do Estado de prestá-la de forma ampla e efetiva, sob pena de responsabilidade. No regime democrático a regra é assegurar a disponibilidade das informações com base no princípio da máxima divulgação das informações; a exceção é o sigilo e o segredo. As limitações ao direito de acesso à informação devem se mostrar necessárias em uma sociedade democrática para satisfazer um interesse público imperativo.

No atual contexto brasileiro, o interesse público imperativo não é o sigilo eterno de documentos públicos, mas, ao contrário, o amplo e livre acesso aos arquivos. O direito ao acesso à informação é condição para o exercício de demais direitos humanos, como o direito à verdade e o direito à justiça, sobretudo em casos de graves violações de direitos humanos perpetradas em regimes autoritários do passado.

Não há como conciliar o direito à verdade com o sigilo eterno. A luta pelo dever de lembrar merece prevalecer em detrimento daqueles que insistem em esquecer. Não há como conciliar os princípios constitucionais da publicidade e da transparência com o sigilo eterno. Para Norberto Bobbio, a opacidade do poder é a negação da democracia, que é idealmente o governo do poder visível, ou o governo cujos atos se desenvolvem em público, sob o controle democrático da opinião pública.

O sigilo eterno afrontava o direito à informação, o direito à verdade, bem como os princípios da publicidade e da transparência essenciais à consolidação do Estado Democrático de Direito.

Na mesma data de 18 de novembro de 2011, foi adotada a Lei n. 12.528, que cria a Comissão Nacional da Verdade, com a finalidade de elucidar as graves violações de direitos humanos ocorridas entre 1946 a 1988. Caberá à Comissão promover o esclarecimento circunstanciado de casos de torturas, mortes, desaparecimentos forçados, ocultação de cadáveres e sua autoria, identificando e tornando públicos as estruturas, os locais e as instituições envolvidas.

A proposta contou com o apoio do Ministério da Defesa, tendo o aval dos comandantes das três Forças. Em julho de 2011, o Ministério da Justiça há havia garantido a um grupo de 12 familiares de mortos e desaparecidos políticos o acesso irrestrito a todos os documentos do Arquivo Nacional. A esta conjuntura nacional adicione-se a histórica condenação do Brasil pela Corte Interamericana no caso Gomes Lund. Reitere-se: para a Corte, as disposições da lei de anistia de 1979 são incompatíveis com a Convenção Americana, carecem de efeitos jurídicos e não podem seguir representando um obstáculo para a investigação de graves violações de direitos humanos, nem para a identificação e punição dos responsáveis.

Em 16 de maio de 2012, foram empossados os sete integrantes da Comissão Nacional da Verdade, em cerimônia que contou com a presença de todos os ex-Presidentes da República vivos.

Neste contexto, a instituição da Comissão da Verdade simboliza um extraordinário avanço na experiência brasileira, ao consagrar o direito à memória e à verdade, permitindo a reconstrução histórica de graves casos de violações de direitos humanos.

4. DESAFIOS E PERSPECTIVAS DA JUSTIÇA DE TRANSIÇÃO NO CONTEXTO BRASILEIRO

A justiça de transição lança o delicado desafio de como romper com o passado autoritário e viabilizar o ritual de passagem à ordem democrática.

Nas lições de Kathryn Sikkink e Carrie Booth Walling¹⁷, a justiça de transição compreende: o direito à verdade; o direito à justiça; o direito à reparação; e reformas institucionais¹⁸.

Como evidenciado por este artigo, a jurisprudência do sistema interamericano e do sistema global de proteção reconhece que leis de anistia violam obrigações jurídicas internacionais no campo dos direitos humanos, adotando como perspectiva a proteção aos direitos das vítimas (*"victim centric approach"*).

17 Ver o artigo *"The Effect of Trials on Human Rights in Latin America"* de Kathryn Sikkink e Carrie Booth Walling.

18 As reformas institucionais devem ser sobretudo endereçadas ao aparato de segurança e Forças Armadas, sendo inaceitável que perpetradores de atrocidades no passado permaneçam com o monopólio das armas no país.



Estudos demonstram que justiça de transição tem sido capaz de fortalecer o Estado de Direito, a democracia e o regime de direitos humanos, não representando qualquer ameaça ou instabilidade democrática, tendo, ainda, um valor pedagógico para as futuras gerações. Como atentam Kathryn Sikkink e Carrie Booth Walling: “O julgamento de violações de direitos humanos pode também contribuir para reforçar o Estado de Direito, como ocorreu na Argentina. (...) os cidadãos comuns passam a perceber o sistema legal como mais viável e legítimo se a lei é capaz de alcançar os mais poderosos antigos líderes do país, responsabilizando-os pelas violações de direitos humanos do passado. O mais relevante componente do Estado de Direito é a ideia de que ninguém está acima da lei. Deste modo, é difícil construir um Estado de Direito ignorando graves violações a direitos civis e políticos e fracassando ao responsabilizar agentes governamentais do passado e do presente. (...) Os mecanismos de justiça de transição não são apenas produtos de idealistas que não compreendem a realidade política, mas instrumentos capazes de transformar a dinâmica de poder dos atores sociais”.¹⁹

Constata-se na experiência de transição brasileira um processo aberto e incompleto, na medida em que – até maio de 2012 – tão somente havia sido contemplado o direito à reparação, com o pagamento de indenização aos familiares dos desaparecidos políticos, mediante a criação da Comissão Especial sobre Mortos e Desaparecidos pela Lei n. 9.140 de 1995 e da Comissão de Anistia pela Lei n.10.559 de 2002. Em 2010, concluía Anthony Pereira que, diversamente dos demais países da região, “a justiça de transição no

Um dos desafios centrais da justiça de transição no Brasil é assegurar o direito à verdade em sua dupla dimensão individual e coletiva – o que, em muito, está condicionado ao êxito do trabalho da Comissão Nacional da Verdade.

Brasil foi mínima. Nenhuma Comissão de Verdade até o momento foi instalada, nenhum dirigente do regime militar foi levado a julgamento e não houve reformas significativas nas Forças Armadas ou no poder Judiciário”²⁰.

Este quadro começa a se transformar no final de 2011, em decorrência do impacto da sentença da Corte Interamericana no caso Gomes Lund *versus* Brasil. Ao endossar a relevante jurisprudência internacional sobre a matéria, esta inédita decisão da Corte Interamericana irradia extraordinário impacto na experiência brasileira. Traduz a força catalizadora de avançar na garantia dos direitos à

19 Kathryn Sikkink e Carrie Booth Walling, “*The Effect of Trials on Human Rights in Latin America*”. A reduzida densidade do Estado de Direito no Brasil é evidenciada pela pesquisa Latinobarômetro (2009), quando 44% dos brasileiros concordam que, em face de uma situação difícil, seria justificável ao Governo não respeitar as leis, o Parlamento e as instituições – na Argentina este universo é de 18%.

20 Anthony Pereira, *Political (In)justice: Authoritarianism and the Rule of Law in Brazil, Chile, and Argentina, 2010*, p.172.

verdade e à justiça. De um lado, contribuirá para o fortalecimento da Comissão Nacional de Verdade, com a finalidade de resgatar as informações relativas ao período da repressão militar, em defesa do direito à memória coletiva. Por outro lado, contribuirá para o direito à justiça, combatendo a impunidade de graves violações de direitos humanos, que alimenta um continuísmo autoritário na arena democrática.

Com efeito, em resposta à condenação sofrida pela Corte Interamericana, são aprovados pelo Estado brasileiro dois marcos normativos essenciais à luta pela justiça de transição: a Lei n. 12.527, que regula o acesso à informação; e a Lei n. 12.528, que cria a Comissão Nacional da Verdade (ambas adotadas em 18 de novembro de 2011). Como já mencionado, em 16 de maio de 2012, foram empossados os integrantes da Comissão Nacional da Verdade, dando início às atividades da Comissão.

Um dos desafios centrais da justiça de transição no Brasil é assegurar o direito à verdade em sua dupla dimensão individual e coletiva – o que, em muito, está condicionado ao êxito do trabalho da Comissão Nacional da Verdade. Outro desafio será como lidar com a verdade e em que medida a efetivação deste direito demandará a luta pelo direito à justiça e por reformas institucionais.

Sob a ótica republicana e democrática, considerando ainda as obrigações internacionais do Estado brasileiro em matéria de direitos humanos, implementar os mecanismos da justiça de transição é condição para romper com uma injustiça permanente e continuada, que compromete e debilita a construção democrática. Endossa-se a obrigação jurídica internacional do Estado brasileiro decorrente dos tratados de direitos humanos ratificados pelo Brasil – com destaque à Convenção Americana de Direitos Humanos (ratificada em 1992), à Convenção contra a Tortura (ratificada em 1989) e à Convenção Internacional para a Proteção de todas as pessoas contra o Desaparecimento Forçado (ratificada em 2010) – de investigar e punir graves violações a direitos humanos.

Não pode a lei de anistia prevalecer em detrimento do “*jus cogens*” internacional concernente à absoluta proibição da tortura e do desaparecimento forçado e ao conseqüente dever do Estado de responsabilizar criminalmente os perpetradores destas violações de gravidade extrema. Ressalte-se que o crime de desaparecimento constitui crime permanente, até que sejam localizados os restos mortais dos desaparecidos. Por ser crime permanente, cuja consumação encontra-se em curso, o desaparecimento não estaria acobertado pela lei de anistia²¹.

21 Recentes decisões do STF autorizaram a extradição de militares argentinos acusados de crime de sequestro durante a ditadura naquele país, entendendo que “*nos delitos de sequestro, quando os corpos não foram encontrados, (...) está-se diante de um delito de caráter permanente*” (STF, Extradição n.1.150). A lei de anistia explicitamente estabelece que “*excetua-se dos benefícios da anistia os que foram condenados pela prática de crimes de terrorismo, assalto, sequestro e atentado pessoal*”.



Inaceitável moral e juridicamente é a indiferença à prática sistemática de tortura e de desaparecimento forçado que maculam o passado brasileiro. Fundamental é assegurar os direitos à verdade e à justiça, sob pena de se fomentar uma violência institucional a agravar a violência do arbítrio responsável pelo desaparecimento de mais de 475 pessoas e pela tortura generalizada durante o regime militar brasileiro. Honrar esta responsabilidade é condição essencial para fortalecer o Estado de Direito, a democracia e o regime de direitos humanos no Brasil, sendo os direitos, sobretudo, expressão de lutas incessantes e obstinadas, em que cada ponto de chegada converte-se sempre em um novo ponto de partida.

REFERÊNCIAS

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro, Campus, 1992.

_____. *Democracy and dictatorship: the nature and limits of state power*. Trad. Peter Kennealy. Minneapolis, University of Minnesota Press, 1989.

BOGDANDY, Armin von; ANTONIAZZI, Mariela Morales; PIOVESAN, Flávia (coordenadores). *Direitos humanos, democracia e integração jurídica na América do Sul*. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2010.

_____. *Direitos Humanos, Democracia e Integração Jurídica: avançando no diálogo constitucional e regional*. Rio de Janeiro, Lumen Júris, 2011.

_____. *Democracia e Integração Jurídica: emergência de um novo Direito Público*, Rio de Janeiro, Elsevier, 2013.

BUERGENTHAL, Thomas; SHELTON, Dinah. *Protecting human rights in the Americas — cases and materials*. 4. ed. Strasbourg, International Institute of Human Rights, 1995.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *A proteção internacional dos direitos humanos: fundamentos jurídicos e instrumentos básicos*. São Paulo, Saraiva, 1991.

HARRIS, David; LIVINGSTONE, Stephen. *The Inter-American system of human rights*. Oxford, Clarendon Press, 1998.

HARRIS, David; O'BOYLE, Michael; WARBRICK, Chris. *Law of the European Convention on Human Rights*. London-Dublin-Edinburgh, Butterwoths, 1995.

JANIS, Mark; KAY, Richard; BRADLEY, Anthony, *European human rights law — text and materials*. 2. ed. Oxford, Oxford University Press, 2000.

MENDEZ, Juan E.; O'DONNELL, Guillermo; PINHEIRO, Paulo Sérgio. *The (un)rule of law and the underprivileged in Latin America*. Notre Dame, University of Notre Dame Press, 1999.

OVEY, Clare; WHITE, Robin. *European Convention on Human Rights*. 3. ed. Oxford, Oxford University Press, 2002.

PASQUALUCCI, Jo M. *The practice and procedure of the Inter-American Court on Human Rights*. Cambridge, Cambridge University Press, 2003.

PEREIRA, Anthony. *Political (In)justice: Authoritarianism and the Rule of Law in Brazil, Chile, and Argentina, 2010*

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 14. ed. São Paulo, Saraiva, 2013.

_____. *Direitos Humanos e Justiça Internacional*. 5. ed. São Paulo, Saraiva, 2014.

_____. *Temas de direitos humanos*. 7. ed. São Paulo, Saraiva, 2014.

SIKKINK, Kathryn. Human rights, principled issue-networks, and sovereignty in Latin America. In: *International organizations*. Massachusetts, IO Foundation and the Massachusetts Institute of Technology, 1993.

_____. *The Effect of Trials on Human Rights in Latin America*.

FLÁVIA PIOVESAN

Professora doutora em Direito Constitucional e Direitos Humanos da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, Professora de Direitos Humanos dos Programas de Pós Graduação da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, da Pontifícia Universidade Católica do Paraná e da Universidade Pablo de Olavide (Sevilha, Espanha); visiting fellow do Human Rights Program da Harvard Law School (1995 e 2000), visiting fellow do Centre for Brazilian Studies da University of Oxford (2005), visiting fellow do Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law (Heidelberg – 2007 e 2008), sendo desde 2009 Humboldt Foundation Georg Forster Research Fellow no Max Planck Institute;



procuradora do Estado de São Paulo, membro do CLADEM (Comitê Latino-Americano e do Caribe para a Defesa dos Direitos da Mulher), membro do Conselho Nacional de Defesa dos Direitos da Pessoa Humana, e da SUR – Human Rights University Network.

RESUMO: Objetiva este artigo focar a lei de anistia brasileira, o direito à verdade e o direito à justiça no marco da justiça de transição sul-americana, considerando o especial impacto do sistema interamericano. Sob esta perspectiva, emerge o desafio de assegurar o fortalecimento do Estado de Direito, da democracia e dos direitos humanos, aliando a luta por justiça e paz na experiência brasileira.

ABSTRACT: This article focus on the Brazilian amnesty law, the right to truth and justice within the framework of South American justice of transition, especially considering the impact of the inter-American legal system. From this perspective, the challenge lies on the strengthening of the rule of law, democracy and human rights, combining the struggle for justice and peace in the Brazilian experience.

PALAVRAS-CHAVE: Graves Violações de Direitos Humanos; Justiça de Transição; Direito à Verdade; Direito à Justiça; Lei de Anistia; Sistema Interamericano de Proteção de Direitos humanos.

KEY-WORDS: Gross Human Rights Violations; Transitional Justice; Right to Truth; Right to Justice; Amnesty Law; Inter-american System of Human Rights Protection.



NEM ESQUECIMENTO, NEM PERDÃO

EXPERIÊNCIAS MEMORIAIS DIANTE DO DESAPARECIMENTO DE PESSOAS NA ARGENTINA

Ludmila da Silva Catela

Doutora em Antropologia Cultural e Mestre em Sociologia pela Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ). Professora e pesquisadora da Universidade Nacional de Córdoba - Argentina. Pesquisadora do CONICET no Museu de Antropologia

INTRODUÇÃO

Durante a última ditadura militar argentina (1976-1983), as forças de segurança sequestraram, torturaram, assassinaram e fizeram desaparecer cidadãos de diversas origens sociais, idades e lugares de residência. Homens e mulheres foram transformados em “inimigos”, em quase não humanos, e assassinados ou desaparecidos em nome da nação, dos valores cristãos e do anticomunismo. Mulheres grávidas foram mantidas vivas em cativeiro até que seus filhos nascessem para depois apoderar-se deles e posteriormente assassiná-las. Milhares de cidadãos se exilaram interna e externamente. A Justiça, os ministérios e as prisões passaram a ser instituições que, majoritariamente, acompanharam estas atuações clandestinas do Estado. Em cada província, povoado ou localidade, a repressão se fez presente em suas diversas formas e sentidos.

Os anos setenta são lembrados como os de maior violência política e a última ditadura militar como a mais sangrenta da história. Pensar, imaginar ou supor que toda esta experiência poderia ficar impune, aponta para o poder que as forças repressivas acreditavam ter: forças armadas, polícia, guarda civil e civis cúmplices. Estes crimes não foram esquecidos e estão ligados à ação constante de homens e mulheres que se mobilizaram e mobilizam diante do sequestro,



detenções massivas e o desaparecimento de seus entes queridos, e também a um conhecimento tragicamente acumulado.

Desde o início do século, a nação Argentina enfrentou diversos massacres a trabalhadores, indígenas e camponeses. Diante destas mortes, o silêncio foi quebrado várias vezes em nome da verdade e da justiça. A reação veio da mão de advogados, políticos ou pensadores livres que denunciaram e foram construindo uma noção de alteridade, em que se estabeleceu uma “baixa tolerância” diante da morte do outro. Ainda que as experiências anteriores não pudessem impedir a tragédia da última ditadura, elas permitiram uma reação rápida e a impossibilidade de que o ocorrido se transformasse em impunidade. A memória, a justiça e o direito à verdade constituem três blocos “duros” e uma base de compromisso social e político diante do desaparecimento.

OS ANOS SETENTA: DITADURA, DESAPARECIMENTO E REIVINDICAÇÃO DE FAMILIARES

No dia 24 de março de 1976, após vários anos de repressão e enfrentamentos entre as forças armadas, os grupos nacionalistas de direita, principalmente a “*Tripla A*” (Aliança Anticomunista Argentina) e os grupos guerrilheiros, somado à dissolução dos sindicatos e organizações de base, devido ao golpe de estado, que apoiado por grande parte da população e as elites econômicas e políticas, foi denominado pelos militares: *Processo de Reorganização Nacional*. A partir deste dia, e, de forma sistemática, aconteceram rapidamente em todo o território nacional, detenções e sequestros, violentaram lares e decretaram diversas medidas que cerceavam as liberdades de circulação e manifestação pública. Com uma ordem “militarmente” planejada, o país foi dividido em seções de repressão, foram criados grupos de trabalho encarregados de sequestrar e realizar inteligência, e foram usadas as instalações militares e policiais para criar centros clandestinos de detenção. A este plano foi somado, talvez, uma das ações mais cruéis, a apropriação de bebês e crianças sequestradas com seus pais ou nascidos em cativeiro. Milhares de cidadãos e cidadãs se exilaram ou se esconderam no interior do país.

A repressão foi afetando, pouco a pouco, a todas as classes sociais. Foi notada com maior força na classe trabalhadora e nos estudantes, quase a metade do total de desaparecimentos pertencia a estes dois grupos. Por outro lado, 70% dos sequestrados eram homens jovens, que no momento do sequestro tinham entre 20 e 40 anos. Mais da metade dos sequestros ocorreram pela noite e as pessoas eram retiradas de seus próprios lares. Um dado que expressa a força da organização militar para a repressão e o uso do desaparecimento como método central, é que, entre 1975 e 1977, foram registrados quase 90% dos sequestros e desaparecimentos. No caso das mulheres jovens sequestradas, 10% delas estavam grávidas no momento do sequestro, pelo qual se supõe que entre 400 e 500 crianças nasceram em cativeiro e muitos deles foram

As “Loucas da *Plaza de Mayo*”, denominação que circulava na sociedade argentina, decidiram buscar um elemento que as identificassem e passaram a usar o lenço branco sobre suas cabeças.

roubados por militares, policiais ou amigos destes.

Como resposta a esta repressão intensa e generalizada, um ano depois do golpe militar, mães, pais, irmãos e esposas de sequestrados, advogados e alguns religiosos, começaram a se reunir e solidarizar-se diante da dor e da inexplicável situação de que seus entes queridos “não existiam”, não “estavam nem vivos, nem mortos”.¹ Em termos gerais, é possível dizer que além de todas as diferenças

de cada caso particular, é possível identificar uma matriz de ações que se repetiram diante da situação limite e inédita do desaparecimento articulado em dois momentos. Um momento de *desintegração e desagregação* dos ambientes cotidianos a partir do sequestro, assassinato ou morte de um familiar, e outro de *reação, de criação* de referências culturais essenciais e estratégias políticas eficazes, tempo que chamo de *reconstrução do mundo*.²

Esta matriz na Argentina se expressa de forma marcante na ação coletiva de marchas e protestos, constituindo um campo particular de *fazer política*, iniciado durante os anos da ditadura, que ainda hoje é eficazmente utilizado. Esta forma de fazer política acarreta a invasão do espaço público com marcas de memória, preenchendo os lugares com fotos e santuários, demarcando na cidade os lugares do horror, construindo, com isto, denúncias públicas e demandas para conhecer a verdade dos acontecimentos.

Neste espaço, e momento de reação e criação de referências comuns, prevaleceram os laços primordiais como eixo da união e solidariedade.³ Nasceram, assim, as organizações de direitos humanos que, em sua denominação, marcam o laço de sangue como principal eixo de união

1 A partir de 1975, durante a ditadura, algumas organizações foram ativadas ou nasceram para lutar contra a violência política e os sequestros. Se realizarmos um corte histórico, temos por um lado instituições que foram criadas previamente à ditadura como a *Liga Argentina pelos Direitos do Homem*, nascida em dezembro de 1937, como um espaço de defesa às perseguições ao Partido Comunista; o *Serviço de Paz e Justiça*, fundado em 1974, por Pérez Esquivel, que era o coordenador geral em toda a América Latina e a *Assembleia Permanente pelos Direitos Humanos* (APDH), constituída em dezembro de 1975, por um amplo espectro de partidos políticos e personalidades de diversos setores, no contexto da violência instaurada pela Tripla A (Aliança Anticomunista Argentina). Em 1976, foi criado o *Movimento Ecumênico pelos Direitos Humanos* (MEDH) (1976), única organização formada por integrantes do campo religioso argentino. Igualmente o CELS, Centro de Estudos Legais e Sociais. A função destas organizações, após o golpe, esteve geralmente limitada às ações jurídicas. Como se observa, todas estas instituições têm nomes que representam valores gerais e universais. Em nenhuma delas há alguma referência grupal ou geracional. O denominador comum está pautado pela categoria *direitos humanos*. A partir de seus nomes e emblemas, podemos perceber que, potencialmente, estão destinadas a “todos”, sem distinção de épocas, situações ou condições.

2 Analisei esta matriz de ações em relação à experiência dos familiares de desaparecidos políticos de La Plata, mas à medida que avançou o trabalho de campo em outras regiões do país, esta forma aparece ressignificada em cada lugar. Ver Catela (2002).

3 É interessante observar que, ainda que existissem organizações de direitos humanos anteriores, os familiares dos desaparecidos usaram os recursos apreendidos por estes espaços, mas não as instituições em si mesmas.

e legitimidade. Mães da *Plaza de Mayo*, Avós da *Plaza de Mayo*, Familiares de desaparecidos e, posteriormente, FILHOS y IRMÃOS.⁴ O sangue era o elemento de coesão,⁵ distanciava suas ações do que tradicionalmente se considerava “a política” e provocava as FFAA, cristãs e defensoras da família, no centro de seus discursos.

Junto à organização destes espaços de ação, estas mulheres e homens, diante da impossibilidade de que a Justiça fosse feita, foram criando poderosos símbolos e rituais, assim como marcas materiais da memória, como modos de denúncia e visibilidade. A partir do ano 1977, começaram a realizar uma vigília semanal ao redor da *Plaza de Mayo*, em Buenos Aires, diante da casa de Governo. A cada quinta-feira, às 15h, homens e mulheres se encontravam para protestar pacificamente e pedir informações sobre seus parentes desaparecidos. Esse movimento foi acompanhado no exterior, por meio do trabalho incessante de exilados e de alguns jornalistas estrangeiros que registravam o que acontecia nesta praça e escutavam as reclamações de mães e familiares. As “Loucas da *Plaza de Mayo*”, denominação que circulava na sociedade argentina, decidiram buscar um elemento que as identificassem e passaram a usar o lenço branco sobre suas cabeças.⁶

Outras estratégias de denúncia apontavam práticas ligadas à justiça e aos órgãos do Estado que deviam dar uma resposta ao que acontecia. Assim, cartas e pedidos de audiências sucediam umas às outras. Durante toda a ditadura, os *habeas corpus* foram a manifestação mais concreta de solicitações ao sistema judicial sobre o destino dos sequestrados. Por outro lado, no exterior, os exilados promoviam as denúncias fora da fronteira da nação, o que teve, sem dúvidas, impacto em nível de Direito Internacional. A copa do mundo de futebol de 1978 e, finalmente, Malvinas,

4 *Familiares de Desaparecidos e Detidos por Razões Políticas* (1976). Em abril de 1977, criaram sua sede (até este momento utilizavam como espaço de reunião a sede da APDH) e, dali, partiram as primeiras mulheres que decidiram ir à Plaza de Mayo e, logo depois, criaram a organização *Mães da Plaza de Mayo* (abril de 1977) e *Avós da Plaza de Mayo* (outubro de 1977). Em 1979, foi criado o *Centro de Estudos Legais e Sociais* (CELS), um apêndice da APDH, que atuou prioritariamente como apoio legal e de documentação de denúncias. Em 1986, as Mães da Plaza de Mayo se dividiram em dois grupos: um passou a se chamar *Mães da Plaza de Mayo – Linha Fundadora*. Em 1984, foi criada a *Associação de ex-detidos/desaparecidos*. Em 1995, nasceu *F.I.L.H.O.S.* que reúne filhos de desaparecidos, assassinados, ex-presos políticos e de exilados. Em 2002, surgiu *IRMÃOS*, que reúne irmãos de desaparecidos e de crianças roubadas. A história das organizações de direitos humanos que atuaram durante a ditadura militar pode ser lida em Leis (1989). Para uma análise profunda sobre a história e as práticas deste “movimento” de direitos humanos, ver Jelin (1994).

5 Nos caminhos para marcar identidades, aqueles símbolos que significam “substância comum” passam a ser vistos como símbolos altamente eficazes. Os laços de sangue e as metáforas de parentesco são manipulados pelos diferentes grupos como poderosos meios emotivos, como meios de associação ou como marcadores dos limites inclusivos ou excludentes no processo de construção de identidade e a resolução de conflitos dentro das fronteiras nacionais. A ideia de substância comum é trabalhada a partir dos conceitos de Geertz (1995), quando define os laços primordiais como “as igualdades de sangue, fala, costumes, que se experimentam como vínculos inefáveis, vigorosos e obrigatórios por si mesmos [...] A força geral destes laços primordiais e os tipos importantes destes laços variam segundo as pessoas, segundo as sociedades e segundo as épocas. Mas, virtualmente, para toda pessoa de toda sociedade e em quase todas as épocas, alguns apegos e adesões parecem dever-se mais a um sentido de afinidade natural – alguns diriam espiritual – do que à interação social” (pág. 222). Por sua parte, em *The social production of indifference*, onde Herzfeld (1993) afirma que “o simbolismo do sangue é uma vasilha semântica vazia, capaz de ser preenchida com uma variedade de mensagens ideológicas” (pág. 27). Em todos os momentos de atualização do conflito pelos desaparecidos, estas figuras servem aos diferentes grupos como portadores de mensagens que, utilizados como um código, são “fáceis para interpretar” e eficazes na construção das lealdades.

6 Segundo a história das Mães da Plaza de Mayo, a primeira vez que utilizaram o lenço em suas cabeças foi em uma procissão ao santuário de Luján em 1977. Como estratégia para reconhecerem-se entre si, escolheram utilizar uma fralda amarrada em suas cabeças. Este “lenço branco”, feito com um material associado ao nascimento, à pureza, ao começo da vida, e se opunha ao lenço preto tradicionalmente associado com momento de luto, assim como se opunha à impureza daqueles que haviam cometido assassinatos e feito desaparecer os corpos.

em 1982, foram outros dois momentos de “internacionalização” do problema dos desaparecidos na Argentina.

Podemos perguntar, qual era o nível de conhecimento da sociedade argentina sobre o que acontecia politicamente? Pergunta complexa, devido à própria noção de sociedade. Desde 1976, com a presença dos familiares na rua, circulou informação no espaço público. Em agosto de 1976, a *Agência de Notícias Clandestinas*, criada por Rodolfo Walsh, informou sobre os desaparecimentos. Igualmente, em 1976, uma comitiva da *Anistia Internacional* visitou o país e, em seu relatório, denunciou a repressão do Estado. Em 1977, a *Comissão Argentina de Direitos Humanos* (CADHU), integrada por exilados argentinos, publicou um relatório que descrevia a estrutura do Terrorismo de estado. Em 1979, a *Comissão Interamericana de Direitos Humanos* da Organização dos Estados Americanos chegou ao país e recebeu denúncias em Buenos Aires, Córdoba, Tucumán, La Plata, Trelew e Resistência. Em seu relatório de 1980, descreve as 5.580 denúncias recebidas, o que, de alguma forma, gerou circulação e internacionalização do acontecido na Argentina. Ainda em 1979, um grupo de sobreviventes da Escola Superior da Armada (ESMA) confirmou as detenções clandestinas, a existência de Centros Clandestinos de Desaparição (doravante: CCD) e o desaparecimento de pessoas na *Assembleia Nacional Francesa* em outubro de 1979.

No período final da ditadura militar, foram iniciadas algumas investigações em muitos tribunais, principalmente a partir do *habeas corpus* apresentado por advogados e familiares das vítimas, sobre o destino dos detidos/desaparecidos, mas foram interrompidas com a promulgação do Decreto 22.924. Esta norma ditada pelo governo em 23 de março de 1983, interrompia qualquer tipo de investigação e, além disso, “anistiava” os militares. A mesma é conhecida como *autoanistia*.

Sabemos que desde o fim das ditaduras militares, em todos os países do Cone Sul, nas décadas de oitenta e noventa, uma das questões centrais foi estabelecer medidas que permitissem *reconstruir as sociedades, pacificá-las internamente* com o menor custo de enfrentamento entre civis e militares. Esta forma de encarar o passado se fundamentava tanto na necessidade da consolidação democrática, como no estabelecimento de um novo diálogo entre estatutos. Assim, no interior do campo político e judicial, uma série de agentes entrou em diversas batalhas para estabelecer as regras deste diálogo. Nos diversos países, foram apresentadas alternativas jurídicas com a intenção de solucionar o problema das violações aos direitos humanos.⁷

7 No Brasil e Uruguai, as transições se caracterizaram por pactos civis-militares em que, com diversas variantes, os militares “impuseram” parte da agenda da democracia que se aproximava. Em ambos os países, houve leis de anistia para militares e também para as organizações guerrilheiras. No Brasil, a Lei de Anistia nº 6683 foi promulgada em 1979, durante a ditadura. Já no Uruguai, durante o governo democrático, em 8 de março de 1985, foi promulgada a Lei de Anistia, nº 15.737. A mesma não incluía todos os militares, isto provocou um longo debate político que acabou em 1986, quando o presidente Sanguinetti propôs adotar a Lei nº 15848 de Validade de Pretensão Punitiva do Estado. Dois dias depois, um grupo de familiares de desaparecidos políticos apresentou, amparando-se na Constituição, as petições para um plebiscito nacional para decidir se era desejada, ou não, esta nova anistia que perdoava todos os militares. Finalmente, ganhou o *Sim*, por 56% dos votos contra 46% do *Não* ao perdão. No Chile, o decreto-lei de anistia nº 2191 foi ditado em abril de 1978, em



A gênese deste processo na Argentina é particularmente longa e com muitas idas e vindas. No processo, entraram em jogo disputas de conceitos tais como “verdade e justiça”, empunhadas e tratadas como lema central das organizações de direitos humanos, aos que se opuseram por parte do Estado, os de “reconciliação e pacificação nacional”. A demanda do primeiro binômio era lida por parte da sociedade como forma de “revanche” e “ressentimento” e a lógica do conflito gerou, desde o Estado, um apelo à toda a sociedade para a “reconciliação”.

1. POLÍTICAS DA MEMÓRIA. OS ANOS OITENTA. DA BUSCA DA VERDADE À IMPUNIDADE

Em 1983, após uma fracassada guerra nas Malvinas (1982), com a qual os militares pretendiam permanecer no poder, foram convocadas eleições. A União Cívica radical ganhou, tendo Raúl Alfonsín como presidente. Durante os primeiros anos de democracia houve uma forte institucionalização por parte do Estado para conseguir condenar os culpados e buscar a verdade do ocorrido durante a ditadura militar. O Estado constituiu, em 1983, a Comissão Nacional sobre o Desaparecimento de Pessoas (Decreto 187-1983), que se encarregou de investigar o teor da repressão. Em 20 de setembro de 1984, a Comissão Nacional sobre a Desaparição de Pessoas (CONADEP) tornou público seu relatório de 50.000 páginas e 8.960 denúncias de desaparecimento, uma lista de 1.300 pessoas vistas em centros clandestinos de detenção, e 350 CCD relevados e documentados.⁸ Este relatório se transformaria no livro *Nunca Mais*.⁹ Como segunda medida, através do decreto N° 3.090, o governo criou a Subsecretaria de Direitos Humanos, cujo objetivo era dar continuidade às tarefas empreendidas pela Comissão.

O relatório *Nunca Mais* “inaugurou uma nova leitura dos desaparecimentos, propôs um relato integrado sobre suas facetas públicas e clandestinas, instituiu um conhecimento inovador sobre sua magnitude e estabeleceu oficialmente a responsabilidade das Forças Armadas em seu exercício” (Crenzel, 2010: 105).

plena ditadura e só incluiu militares e forças policiais. Em nenhum dos três países, houve julgamento das instituições militares durante os governos democráticos. Na Bolívia e no Paraguai, nunca houve anistia aos militares, mas igualmente nunca foram julgados integrantes das Forças Armadas, seguindo o tema dos julgamentos potencialmente latentes. Para uma análise comparativa sobre as anistias nos países do Cone Sul, ver Catela (2000).

8 Este trabalho de coleta de dados por parte da Conadep, apenas pode ser realizado em tão pouco tempo pelo trabalho acumulado pelos órgãos de direitos humanos. Por exemplo, a Assembleia Permanente pelos Direitos Humanos havia acumulado ao longo da ditadura, umas 6500 denúncias, que enviou para a Conadep.

9 Este livro constitui o documento escrito de referência em relação aos métodos, formas, maneiras em que o Estado reprimiu e fez desaparecer pessoas durante os anos 1976/1983. É interessante notar que este livro atualmente se encontra em todas as bibliotecas das escolas e é fundamental no relato sobre o que aconteceu na Argentina.

Paralelamente, o governo passou a cuidar dos autores envolvidos nos fatos de violência. O decreto 157 determinava a “abertura do processo penal por associação ilícita, atentados contra a ordem pública e a paz interna, aos líderes guerrilheiros Mario Firmenich, Fernando Vaca Narvaja, Enrique Gorriarán Merlo e Roberto Perdía”. Já o decreto 158 estabelecia os julgamentos aos integrantes das três primeiras Juntas Militares, deixando fora do julgamento a quarta Junta que atuou entre 1982-1983.¹⁰ Os decretos colocavam guerrilheiros e militares no mesmo nível de responsabilidade criminal. O esquema de pensamento e ação, que originava este “nivelamento”, integrava um sistema discursivo oficial que passou a ser criticado como “teoria dos dois demônios”.¹¹ Em 22 de abril de 1985, começaram os julgamentos orais e públicos das Juntas Militares. Em 9 de dezembro de 1985, a Câmara Federal ditou prisão perpétua para Jorge Rafael Videla e Emilio Massera, 4 anos de prisão para Orlando Agosti, 17 anos de prisão para Roberto Viola e 8 anos para Lambruschini.

A compensação moral de presenciar as cúpulas militares presas e o resto dos militares com processos judiciais durou pouco. Em 5 de dezembro de 1986, Alfonsín lia em canal nacional:

*“Sem um só fuzil. Apenas com a força moral de nossos princípios e a legitimidade popular que nos deram os argentinos, **colocamos em marcha a ação da justiça**. Todos estiveram a serviço deste grande esforço pessoal. As Forças Armadas somaram e estão somando sua própria quota de sacrifício [...] **Mas ainda nos falta concluir o que poderíamos chamar de reunião dos argentinos**. Um país que encara toda esta etapa de renovação e de transformação precisa das Forças Armadas plenamente integradas a esta marcha, ao Estado.”¹²*

Nascia, assim, a *Lei do Ponto Final* (1986), que foi seguida pela *Lei de Obediência Devida* (1987), ambas conhecidas como as *leis de perdão*.

Durante toda a década de oitenta e boa parte dos anos noventa, as memórias dos familiares e vítimas da repressão oscilaram entre ter a palavra e o silêncio. Primeiro, encontraram um marco de “escuta” nos julgamentos e em parte da sociedade, que dizia começar a compreender

10 Os militares julgados foram: tenente general Jorge Videla; brigadeiro general Orlando Agosti; almirante Emilio Massera; tenente general Roberto Viola; brigadeiro general Omar Graffigna; almirante Armando Lambruschini; tenente general Leopoldo Galtieri; brigadeiro general Basilio Lami Dozo e almirante Jorge Anaya.

11 Na visão dos órgãos de Direitos Humanos, sua formulação mais cristalina está publicada nas três primeiras linhas do *Nunca Mais*: “Durante a década de ‘70 a Argentina foi convulsionada por um terror que era proveniente *tanto da extrema direita como da extrema esquerda*, fenômeno que ocorreu em muitos outros países” (*Nunca Mais* 1986: 1). Esta teoria, institucionalizada e incorporada em certos domínios do sentido comum, reaparece cada vez que os anos da ditadura ou o tema da violência ocupam a opinião pública. Ainda que este esquema discursivo tenha sido combatido com relativo êxito, em parte se impõe para entender a constante necessidade das Mães de “negar” ou silenciar a luta armada de seus filhos ou a militância em si, fatores que tem como fundo a estes “demônios”. A Exposição pela Identidade, ou a exclusão da identificação da militância dos desaparecidos nos atos das Faculdades, são bons exemplos da produção e gênese relacional deste silêncio.

12 Discurso reproduzido em *Leis* (1989: 178-82).

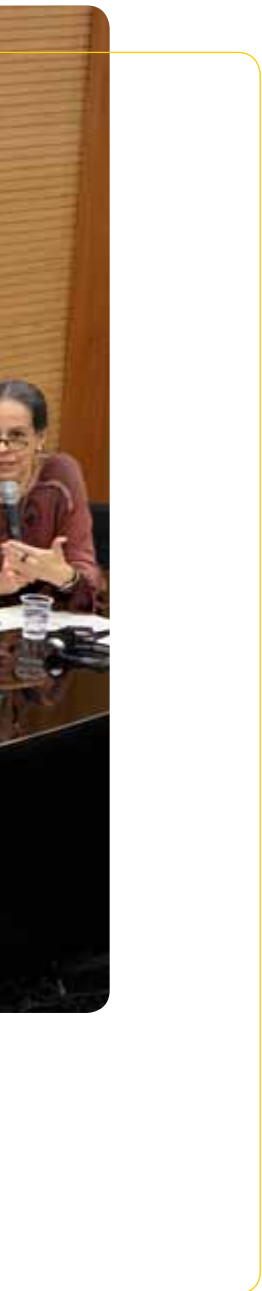


COLÓQUIO INTERNACIONAL DIREITO À VERDADE E À JUSTIÇA NOS PAÍSES DO CONE SUL, PARTE I: EVOLUÇÃO DO DIREITO INTERNACIONAL E REGIMES AUTORITÁRIOS LATINO-AMERICANOS – ANÁLISES COMPARATIVA E TRANSDISCIPLINAR DOS DIFERENTES REGIMES AUTORITÁRIOS E DAS TRANSIÇÕES NACIONAIS.

FONTE: ACERVO DA COMISSÃO DE ANISTIA.

o ocorrido, e se perguntava como havia sido possível. Nesta etapa, prevaleceu o testemunho judicial como um elemento central na reconstrução dos fatos. Foram publicados livros com breves histórias dos desaparecidos, seus rostos e as datas de sequestro apareceram. A praça, as vigílias, as fotografias dos desaparecidos continuavam mostrando a presença dos ausentes.

A partir das “leis de perdão”, os familiares e vítimas optaram pelo silêncio e fortaleceram seus relatos na construção de memórias subterrâneas, como estratégia de rejeição à ideia de reconciliação imposta pelo governo nacional e exigindo verdade e justiça. Uma nova estratégia foi criada para recordar e denunciar os desaparecimentos. De repente, em um diário de circulação nacional, começaram a sair “recordações” dos desaparecidos. Estes suportes de memória criaram um espaço efêmero, mas muito eficaz para a denúncia no momento de maior desolação.



Por outro lado, novas estratégias de denúncia se desenvolveram, principalmente internacionais, apelando para órgãos como a Comissão Interamericana de Direitos Humanos para iniciar julgamentos de militares que não podiam ser condenados dentro das fronteiras nacionais.¹³

OS ANOS NOVENTA. O ESTADO INDULTA COM UMA MÃO E REPARA COM A OUTRA

Como sucessor de Alfonsín, o presidente Menem inaugurou seu governo afirmando que sem “reconciliação nacional” não era possível governar e selou suas palavras com os Indultos¹⁴ presidenciais (1989-1990); estes decretos livraram de culpa, encerraram as causas, e suspenderam as condenações que cumpriam os militares das três primeiras Juntas e as cúpulas guerrilheiras.

O texto do Indulto, afirmava:

“É imprescindível adotar as medidas que gerem condições propícias para que a partir delas, e com a contribuição insubstituível da grandeza espiritual dos homens e mulheres desta nação, possa chegar à reconciliação nacional definitiva de todos os argentinos, única solução possível para as feridas que ainda faltam para cicatrizar e para construir uma autêntica pátria de irmãos”¹⁵.

Como pode ser visto, depois do julgamento “exemplar”, seguiu um perdão “geral”. As palavras mágicas da reconciliação e pacificação reapareciam como aquelas que englobavam e comprometiam a todos, em nome do “bem comum”, e necessárias para completar o projeto de uma nação sempre inacabada. Socialmente, os indultos não passaram despercebidos. Nas duas oportunidades, as mobilizações foram massivas em todo o país. Nas enquetes divulgadas pela *Página/12* e *Clarín*, era apontado que 63% da população desaprovava os indultos aos ex-comandantes, 17% os aprovava e 19% não sabia ou não respondeu. (*Clarín, Página/12*, 30 de dezembro de 1990).

13 Durante este período, as ciências sociais foram tímidas na reflexão do impacto da repressão e a tragédia do desaparecimento, exílio, apropriação de crianças e tortura. As ciências políticas se preocuparam em desenvolver modelos para entender as transições democráticas e a sociologia observou rapidamente a gestação de movimentos sociais ligados aos direitos humanos. A antropologia somou uma significativa contribuição, com a criação da Equipe Argentina de Antropologia Legista, que desenvolveu e desenvolve um trabalho central na identificação de túmulos clandestinos e a devolução de identidades a restos ósseos de desaparecidos, seu trabalho a nível nacional e internacional permitiu também outorgar provas contundentes à justiça. Por outro lado, a psicologia dando respostas concretas às vítimas e refletindo sobre os efeitos psicossociais da ditadura. A literatura e o cinema foram os que com maior visibilidade esboçaram ensaios de relatos sobre a tragédia.

14 Menem indultou em duas ocasiões. A primeira foi em dezembro de 1989, poucos dias após assumir o poder, e favoreceu majoritariamente a militares e civis processados pela participação nas rebeliões *carapintadas*. O segundo Indulto chegou em 1990 e compreendeu a todos os integrantes das juntas militares, processados e condenados nos julgamentos de 1985.

15 Texto de decreto de Indulto. Boletim Oficial, dezembro de 1990, pág. 305-9.

1995 E 1996. UM NOVO CICLO NAS LUTAS PELAS MEMÓRIAS

1995 foi um ano chave em relação à construção das memórias. Pela primeira vez, um ex-marinheiro contou publicamente como eliminavam os sequestrados, ainda vivos, atirando-lhes de avião no Rio da Prata, e isto pôs em evidência que o perdão não se dita em papéis.¹⁶ Suas declarações motivaram diversas reações, atuaram como um divisor de águas, e, a questão dos desaparecidos voltou a ganhar uma inesperada centralização na opinião pública. Depois do Indulto, houve um intervalo a respeito deste tema; cinco anos depois, retornou como um drama não resolvido. Seria extenso demais abordar esta transformação do tema de forma completa. O que cabe destacar é que esta confissão funcionou como um antes e um depois. Estas declarações se transformaram no ponto inicial de um novo momento do estado de opinião sobre o tema dos “desaparecidos”. A publicação de um livro com sua entrevista e as derivações para os meios massivos de comunicação se transformaram nos grandes centralizadores da reedição deste problema nacional, impondo linhas, construindo personagens e transformando em novidade algo que todos acreditávamos saber.¹⁷

Um ano depois, em 1996, nasceu a organização H.I.J.O.S, *Hijos por la Identidad, la Justicia contra el Olvido y el Silencio* (Filhos pela Identidade, pela Justiça contra o Esquecimento e o Silêncio), que foi algo assim como um furacão na construção e visibilidade das memórias da repressão. Uma nova geração aparecia em cena, renovando práticas e principalmente perguntas em relação a seus pais desaparecidos. Esta geração entrou no problema dos desaparecidos pela porta da identidade. Se as Mães inventaram as vigílias e os símbolos dos lenços, eles inovaram com o *escracho*. Denomina-se *escracho* o ato de colocar em evidência e marcar os lugares onde vivem repressores e torturadores, através de diversos atos públicos, geralmente no bairro e na frente de seus domicílios. Muitas vezes, os militares e policiais são custodiados pelas forças de segurança. Às vezes, os vizinhos participam do *escracho*, mas geralmente olham de suas casas ou não compartilham a ideia. A cada *escracho*, um sistema de atos é executado: marchas, pinturas e colagem de cartazes, lemas e canções, etc. Como já vimos,

¹⁶ É importante resaltar que, segundo Adolfo Scilingo, sua confissão se originou a partir de uma série de frustrações, numa tentativa de expressar sua *honra* traída, a partir da aceitação do Indulto por parte de seus superiores e pela atitude *silenciosa* pela qual optaram depois de sair da prisão. Sua peregrinação começou com uma série de cartas motivadas pelo Indulto; logo depois, houveram *problemas* em sua promoção a capitão da fragata e, finalmente, como modo de se solidarizar com Rolón e Pernía, dois companheiros de carreira. Segundo Scilingo, sua maior preocupação era que se alguns militares conseguiram ascender, por que outros não iriam poder fazê-lo, se de uma forma ou de outra todos participaram da “guerra contra o inimigo”? Convencido de que o que haviam feito se encontrava dentro dos objetivos buscados de forma organizada para vencer a “subversão”, começou seu caminho de “esclarecimento”. Primeiro, com as autoridades militares, como corresponde a quem obedece às hierarquias e os ensinamentos de uma educação militar. Se compreende assim, que a necessidade de falar não esteve sempre baseada ou centralizada nos “traumas” de um passado de mortes, mas também que outros temas atuais, como a ascensão e a “honra” militar, foram acentuados por Scilingo como os valores mais gerais onde certos personagens (Rolón, Astiz, Pernías, Videla) e certos eventos (Indulto, chegada de seus companheiros vestidos de civil e sem companhia dos altos mandos à Câmara de senadores) serviram como disparadores de uma declaração, que pouco a pouco, foi centralizando-se no pessoal e começou a ser traumática sobre o passado. Scilingo escolheu, assim, o caminho de “defesa de seus companheiros, Rolón e Pernías” para “poder falar” de seus assassinatos, dos desaparecidos e de seus sonhos perturbadores. A gênese desta história pode ser lida em Verbitsky (1995).

¹⁷ Para uma análise das declarações de Scilingo e os meios de comunicação, ver Feld (2001).

estes torturadores e repressores se encontravam em liberdade por terem sido isentos de julgamento e condenação. Por este motivo, a consigna inventada por H.I.J.O.S diz: “Se não há justiça há *escracho*”.

Em março de 1996, foi comemorado o vigésimo aniversário do golpe militar, e o clima de debate público sobre os efeitos da ditadura se intensificou mais uma vez. Atos, homenagens, monumentos, se multiplicaram por todos os lugares. Assim, a memória deixa de ser um elemento ligado ao testemunho e passa a manifestar-se em diversas performances e marcas materiais. Datas (como o dia 24 de março) e lugares (praças, CCD, monumentos e placas nas universidades) são os territórios e calendários escolhidos para marcar um passado que não passa.

Como corolário a estes dois anos de intenso trabalho e lutas de memórias, a Justiça se viu novamente convulsionada, devendo dar respostas em três áreas diferentes: julgando e prendendo os apropriadores de crianças durante a ditadura;¹⁸ criando políticas de reparação às vítimas; e dando resposta às demandas internacionais de julgamento de torturadores argentinos.

As políticas de reparação incluíram leis que englobaram o fim do serviço militar obrigatório para os filhos de desaparecidos, a indenização a presos políticos e aos familiares das vítimas, a criação de um banco de dados genético para reconhecimento de crianças apropriadas e a aceitação da existência de uma nova figura que é a “ausência por desaparecimento forçado”. Cada uma destas ações promovidas pelo Estado foi desenvolvida por meio da participação ativa dos órgãos de direitos humanos e a incansável luta dos familiares de desaparecidos. Apenas para citar um exemplo, a lei de “ausência por desaparecimento forçado” foi uma luta individual e coletiva de cada familiar de desaparecido que se negava a usar saídas judiciais já existentes no momento de realizar julgamentos de sucessão, ou qualquer trâmite que necessitasse da constatação de que seu familiar estava morto. Os familiares diziam: “não estão mortos, não se ausentaram por motivos desconhecidos, estão desaparecidos e o Estado deve reconhecer isso”. O debate se concentrou nos cuidados que eram necessários para que nenhum juiz declarasse o falecimento do desaparecido, já que

18 De todos os temas relacionados à ditadura e a repressão, o das crianças apropriadas é o que convoca um consenso expressivo da sociedade em relação à demanda de punição aos culpados. As declarações de Scilingo e os atos pelos vinte anos do golpe militar prepararam um terreno fértil para sensibilizar juízes e fiscais. Em 1997, um grupo de cinco avós (María Isabel de Mariani, Cecilia Fernández de Viñas, Elsa Pavón de Grinspon, Rosa de Roisinblit e Ysabella Valenzi) iniciou, por intermédio de seus advogados, uma causa por subtração de seus netos, que contemplava três situações diferentes: crianças desaparecidas de seus lares, crianças nascidas durante o cativeiro com suas mães em centros clandestinos, e crianças desaparecidas durante o cativeiro de seus pais e, posteriormente, encontradas assassinadas. Esta causa se apresentou diante do juiz Bagnasco, que, depois de dois anos, ditou processo e prisão para Eduardo Massera, Reynaldo Bignone, Cristino Nicolaidis, Rubén Franco, Jorge “tigre” Acosta, Antonio Vaňek, Héctor Febres pelos delitos de subtração de menores e supressão de identidades relacionados a grávidas que deram à luz na Escola de Mecânica da Armada entre os anos 1976 e 1979. Um ano depois, Jorge Rafael Videla, condenado a cadeia perpétua em 1985, indultado em 1990, foi posto em prisão novamente em 9 de julho de 1998, na causa na qual se investiga o desaparecimento de cinco menores nascidos em cativeiro. A partir desta detenção, cresceu nas Forças Armadas a preocupação por novas sentenças em causas similares. Estavam pendentes, pelo menos, 300 denúncias de crianças roubadas, sendo que 90% foram nascimentos em cativeiro. Até o final dos anos 90, as Avós recuperaram e começaram o árduo trabalho de devolver identidade a 71 netos, dos quais 40 estavam em mãos dos sequestradores, que participaram na repressão ou eram próximos das Forças Armadas (Avós, 1999). Atualmente o número de jovens restituídos ascende a 81, muitas das restituições foram possíveis porque os próprios jovens se aproximaram das Avós para saber sobre sua identidade diante da suspeita de terem sido apropriados.



Os centros clandestinos de detenção de muitos lugares do país foram assinalados com placas em suas fachadas que denunciavam e marcavam o lugar como um espaço de tortura e morte.

muitos assim o realizavam no momento de suas ações. Nestes casos, os advogados apelavam e, amparados na Lei n. 24.321, “a figura de ausente por desaparecimento forçado”, promulgada em 8 de junho de 1994, conseguiam mudar as decisões judiciais.¹⁹ Todo este debate, que acabou na promulgação de uma lei, reflete uma série de microações cotidianas que os familiares colocavam e colocam em prática, cada vez que precisam se definir, diante dos organismos públicos, e reafirmar suas identidades.

Por outro lado, se inicia na Argentina uma modalidade de julgamentos inéditos, os chamados, *Julgamentos pela Verdade*, que pretendem poder estabelecer o circuito e destino que cada sequestrado transitou até seu desaparecimento. O objetivo central destes julgamentos não é a condenação dos agentes envolvidos na repressão, mas sim, poder estabelecer o destino de cada desaparecido. Assim, os juízes convocavam militares, sobreviventes dos CCD, e outras testemunhas, para que pudessem esclarecer o sucedido com cada desaparecido, a partir de causas individuais promovidas por seus familiares e advogados. Assim como a CONADEP foi essencial para o julgamento das juntas, os Julgamentos da Verdade assentaram as bases e as provas jurídicas para o recomeço das causas contra delitos contra a humanidade no ano 2003.

Pode-se dizer, então, que desde o retorno da democracia até o final dos anos noventa, houve um *ciclo de estabelecimento da verdade e nascimento das memórias* (com a CONADEP e os Julgamentos das juntas); um *ciclo de impunidade e silêncio estratégico* (com as leis de perdão) e um terceiro período que começa com ações judiciais, políticas da memória e ocupação do espaço público por parte de uma nova geração de familiares de desaparecidos, que denominarei como *ciclo das reparações e fertilidade da memória*.

Em relação às formas das memórias, cada um destes ciclos corresponde a trabalhos e momentos de memórias diversos. Durante o ciclo de estabelecimento da verdade, correspondente ao

19 A lei define, no art. 2, a ausência por desaparecimento forçado nos seguintes termos: “Entende-se como desaparecimento forçado de pessoas quando alguém é privado de sua liberdade pessoal e o fato fosse seguido pelo desaparecimento da vítima, ou se esta tivesse sido alojada em lugares clandestinos de detenção ou privada, de qualquer forma, do direito à jurisdição [...]. No art. 8, se afirma que “em caso de reaparição com vida do ausente”, este poderá reclamar a entrega de bens que existissem e no estado em que se encontrassem os adquiridos com o valor dos que faltarem [...]. A reaparição não causará, por si só, a nulidade do novo matrimônio, nem de nenhum outro ato jurídico que se houvesse celebrado conforme o direito. Já no artigo 10, a lei esclarece que todo trâmite que tivesse sido realizado com a figura de “ausência com presunção de falecimento”, pode ser “reconvertido em ausência por desaparecimento forçado. Assim que verificado o desaparecimento forçado, o juiz ordenará, sem mais trâmite, o ofício de modificação da sentença”. Estas passagens remarcam e cristalizam alguns dos pontos de conflitos, assim como as marcas da identidade que esta categoria de desaparecido imprime.

ciclo de nascimento das memórias, os familiares de desaparecidos e as vítimas da repressão testemunharam, escreveram livros autobiográficos, organizaram marchas e estabeleceram hierarquias em relação aos que poderiam falar em nome dos desaparecidos e a quem não. Os laços de sangue legitimavam e davam poder para tomar a palavra; os “quebrados” pela tortura e muitos dos sobreviventes “acusados” de ter vendido a seus companheiros deviam guardar silêncio. Sem dúvidas, o testemunho foi a principal ferramenta de visibilidade e construção das memórias.

No ciclo de impunidade, as memórias passaram a ser elaboradas mais subterraneamente,²⁰ houve menos marchas, atos e testemunhos públicos. Por isso, podemos falar de um *ciclo de silêncio estratégico*. Por último, o ciclo de reparações, correspondente ao *ciclo de fertilidade da memória*, caracterizado pela invenção de novas formas de lembrança e denúncia, como marcas expressivas territoriais.

Os centros clandestinos de detenção de muitos lugares do país foram assinalados com placas em suas fachadas que denunciavam e marcavam o lugar como um espaço de tortura e morte. Igualmente, foram planejados diversos parques da memória e monumentos aos desaparecidos. Mas, principalmente, com um intenso trabalho de devolução e restituição das identidades individuais dos desaparecidos, foram desenvolvidas diversas exposições, nasceram os suportes da memória no Diário, Página 12, as Mães começaram a levar a foto de seus filhos desaparecidos sobre seu próprio corpo. As faculdades de todo o país reconheceram seus desaparecidos em intensas homenagens, colocando nomes em suas aulas e placas com listas de desaparecidos. Enfim, se multiplicaram as formas, os modos de recordação, seus suportes e manifestações.

2. MUDANÇA DE SÉCULO: CRISE POLÍTICA, ESTATIZAÇÃO DAS MEMÓRIAS E CRIAÇÃO DE INSTITUIÇÕES

A mudança de século caracterizou-se, na Argentina, por seus anos de crise política e econômica. Diversos conflitos sociopolíticos terminaram com a saída do presidente De La Rúa e, em menos

²⁰ Como disse Pollak (2005), as memórias subterrâneas prosseguem seu trabalho de subversão no silêncio, e, de forma quase imperceptível, vêm à tona em momentos de crise através de sobressaltos bruscos e exacerbados. Podemos dizer que o silêncio estratégico, longe de “conduzir ao esquecimento, é a resistência que uma sociedade civil impotente opõe ao excesso de discursos oficiais. Ao mesmo tempo, esta sociedade transmite cuidadosamente as recordações dissidentes nas redes familiares e de amizade, esperando a hora da verdade, e da redistribuição das cartas políticas e ideológicas”, para subir novamente à superfície.

de um mês, a Argentina foi governada por cinco presidentes diferentes. As datas de 19 e 20 de dezembro de 2001 marcaram um rompimento na história do país.

Em relação à construção das memórias da repressão, gerou-se um fenômeno interessante. As mesmas foram atualizadas, em relação às mortes que aconteceram na *Plaza de Mayo* durante estes dois dias, onde uma centena de jovens foi assassinada por forças policiais, enquanto se manifestavam contra a política do presidente. As Madres da *Plaza de Mayo* também sofreram forte repressão, filmada por diversos canais de televisão, comparável somente às que ocorreram durante a ditadura.

Neste sentido, o ano de 2001 também funcionou como um ponto de virada em relação a como os novos grupos afetados pela repressão, em plena democracia, se apropriaram dos símbolos e estratégias criados durante os anos setenta, estabelecendo laços e continuidades com a repressão do passado e com as organizações de direitos humanos que denunciaram e construíram memórias. Assim, outras mães usaram lenços, outros grupos convocaram as mães para se defender e novas marcas, que assinalavam mortes de jovens manifestantes, foram somadas aos lenços estampados no chão da *Plaza de Mayo*.

Em relação ao governo nacional e provincial, durante estes anos, começaram a nascer diálogos e propostas conjuntas entre o Estado e órgãos de direitos humanos para criar instituições de memória e monumentos públicos que lembrem os desaparecidos. Assim, foi criado, em Rosario, o *Museu da Memória*²¹ e em La Plata, a *Comissão Provincial pela Memória*.²² Pouco a pouco as memórias subterrâneas foram se modificando e acessando espaços de poder para se transformarem em memórias dominantes.

Com a chegada de um novo presidente ao governo nacional, no ano de 2003, existe uma nova mudança em relação às políticas de memória por parte do Estado. Um dos elementos mais significativos deste período é a figura do presidente Néstor Kirchner. Sem dúvida, ele imprimiu um novo tom às políticas públicas de direitos humanos. Kirchner, quando falava da memória da ditadura se posicionava como um agente comprometido com o passado. Usava a noção de **geração** como um lugar de memória, utilizando sua experiência e sua identidade com grupos políticos peronistas, como elemento de solidariedade e compromisso com o assunto.

21 Este espaço alberga diversas atividades, desde exposições a investigação. Começou suas atividades no ano de 2001 e foi criado pela legislatura de Rosario em 1998. Nestes momentos há um intenso debate, já que o Museu quer ocupar o espaço de um bar que nos anos setenta funcionava como Comando do II Corpo do Exército. O edifício pertence a particulares que pedem um grande valor para sua venda. O debate se centra em que parte dos legisladores e da sociedade de Rosario considera que é um absurdo pagar este valor diante de outras necessidades da cidade. Assim, as memórias entraram em conflito, entre os que consideraram ser necessário recuperar este espaço para "fazer memória" e aqueles que consideraram que "é necessário olhar para o futuro".

22 Na cidade de La Plata, a Câmara de Deputados da Província de Buenos Aires, criou no ano 2000 a Comissão Provincial da Memória, um órgão público, com funcionamento autônomo e autárquico. A Comissão está integrada por representantes dos órgãos de Direitos Humanos, o sindicalismo, a justiça, a legislatura, a universidade e diversas religiões. Entre suas múltiplas atividades, desenvolve investigação e difusão a partir de quatro áreas: a Revista Puentes, o Arquivo da D.I.P.B.A, o projeto Memórias nas Escolas e o Museu de Arte e Memória e um Mestrado em História e Memória.

Durante estes anos, foram realizados diversos gestos e atividades por parte do governo nacional. As Mães e Avós da *Plaza de Mayo* entraram em diversas ocasiões na Casa Rosada, e foram reconhecidas com prêmios e homenagens. Mas o mais significativo, em termos políticos, foi que, durante esta gestão, a justiça revogou as leis de perdão,²³ o que significa que todos aqueles envolvidos com repressão, assassinatos, tortura e desaparecimento seriam ou poderiam ser julgados e encarcerados.

Foi a partir do início deste século que se intensificou, ou melhor, foi criada uma *política estatal da memória* que, originada pelo Estado nacional e governos provinciais, acompanhados pelo movimento de direitos humanos, colocam o selo e passam a “institucionalizar a memória”. Se o *retorno* da democracia se caracterizou pela busca dos rastros do horror e o pedido de julgamento e castigo, os *20 anos* inauguraram a produção das “pequenas memórias e suas marcas”, e uma política oficial com evidente intenção de eliminar estas memórias. A partir do ano de 2003, com clara vontade do presidente Kirchner de confrontar e julgar os crimes cometidos pelo terrorismo de Estado, após *30 anos* do golpe, no ano de 2006, foram celebradas “memórias monumentais” e a criação das instituições de memória como arquivos, centros culturais, memoriais, lugares de memória. Assim, as memórias que, durante muito tempo, foram subterrâneas, passaram a ser “oficiais” ou, se não gostarmos desta palavra, reconhecidas e tratadas como eixos de políticas públicas.

Podem ser determinadas, pelo menos, cinco ações que caracterizam esta nova política da memória oriunda do governo nacional e de alguns da escala provincial:

- (1) A criação de um novo feriado nacional, tornando o dia 24 de março como o “Dia da Verdade, Memória e Justiça”.
- (2) A institucionalização de tal data obriga que escolas de nível fundamental e médio utilizem diversos materiais pedagógicos: publicações, manuais, vídeos, etc.
- (3) A inauguração oficial da reconversão de ex-CCD em lugares de memória. Dando início à série pela ESMA, convertida em Espaço para a Memória e a Promoção dos Direitos Humanos, de forma federal, e, agora, reafirmada por uma Lei Nacional.
- (4) A criação do Arquivo Nacional da Memória. A instituição foi usada como modelo em arquivos provinciais da memória, e secretarias de direitos humanos onde não existiam.

²³ Em 14 de junho de 2005, a Suprema Corte de Justiça da Nação declarou a invalidez e a inconstitucionalidade das leis de ponto final, obediência devida e leis de indultos.



(5) A escrita de um novo prólogo para o livro “Nunca Mais”.

(6) Tudo isso, acompanhado e legitimado por orçamentos, que formam parte dos planejamentos anuais de governos provinciais e do governo nacional.

Nesta política de *estatização da memória* existe uma clara e *fundamental* ambição, no melhor estilo de invenção de uma nova tradição. Desta forma, os interlocutores para a sinalização e a confecção de como devem ser as instituições de memórias recentemente criadas, não foram só os órgãos de direitos humanos, mas também as comissões provinciais de memória (estes últimos estavam incluídos, obviamente, e muitas vezes foram seus promotores) e os funcionários públicos. Estes últimos, muitas vezes “companheiros” ou familiares dos desaparecidos. Assim, a memória dos familiares, companheiros de desaparecidos e todos aqueles que compartilhavam esta memória coletiva, passaram a compartilhar com o Estado uma *memória dominante* e a plasmar outro caráter nas políticas públicas geando novos sentidos e práticas mais inclusivas e valorizadas socialmente.

Desta forma, nos últimos 35 anos, os processos de construção de memória e identidade em torno dos desaparecidos oscilaram entre uma memória corporal, construída especialmente pelas mulheres, para uma memória ritual que expressava a repulsa às políticas públicas de impunidade emanadas pelo Estado, para finalmente ancorar-se em uma estatização da memória plasmada em grandes monumentos e instituições de memória como museus e arquivos. Assim é fundado um ciclo da *estatização da memória*.

ENCERRAMENTO

O direito à verdade e à justiça na Argentina não foi conseguido, *per se*, mas, como demonstrado neste relato, foi sendo construído em micro-ações, em grandes denúncias, em visitas externas, mas, sobretudo, na internacionalização da noção do desaparecimento como um crime. Os julgamentos que hoje presenciamos não poderiam ser realizados sem o trabalho incansável de centenas de homens e mulheres: desde as mães aos advogados, desde os sobreviventes dos CCD, aos exilados, desde a foto de crianças roubadas recuperadas pelo grupo *Clamor* à lei pela identidade. Desde as ações simbólicas, como o lenço das Mães da *Plaza de Mayo* até a declaração de inconstitucionalidade das leis de perdão.

Para finalizar, gostaria de fazer uma pergunta sobre a possibilidade ou não da reconciliação. É possível ser considerada como uma possibilidade? Ou simplesmente é uma pergunta retórica e um desejo dos que não querem assumir o drama e a tragédia do terrorismo de Estado em

países como Argentina, Brasil, Chile, Uruguai, Paraguai? Para muitos grupos e principalmente para aqueles que sofreram a violência do Estado terrorista ou a perda de seus familiares, a noção de reconciliação é considerada como uma forma de esquecimento; de silenciar o conflito ou simplesmente como uma forma de impunidade. As comissões da verdade, como a CONADEP, para o caso argentino, foram e continuam sendo uma base mínima, a partir da qual cada país pode iniciar o caminho para conhecer a verdade dos acontecimentos, mas sua evolução, seus relatórios e tudo o que possa derivar de suas ações não significam, necessariamente, uma reconciliação ou uma possibilidade de perdão. Até o momento, podemos observar, nos processos que foram desenvolvidos no Cone Sul, que constituem o início dos processos que podem derivar em julgamento e punição, mas, assim como o perdão, que é individual, a reconciliação não pode ser decretada, apesar de diversas tentativas e metodologias que pretenderam impor. Talvez devessem ser ouvidas e analisadas profundamente as consignas que sustentam, ao longo de todos estes anos, os órgãos de direitos humanos na Argentina: “Nem esquecimento, nem perdão”, “Memória, Verdade e Justiça”.

REFERÊNCIAS

DA SILVA CATELA Ludmila. “Em nome da pacificação nacional: anistias, pontos finais e indultos no Cone Sul”. D’Áraujo Maria y Celso Castro (org.) *Democracia e forças armadas no cone sul*. Rio de Janeiro: Editora FGV. (2000)

DA SILVA CATELA Ludmila. *No habrá flores en la tumba del pasado. La experiencia de reconstrucción del mundo de los familiares de desaparecidos*. La Plata: Editora Al Margen. (2002)

CRENZEL, Emilio. “La historia política del Nunca Más. La memoria de las desapariciones en la Argentina.” (2010).

ELIAS, Norbert. *Os alemães*. Rio de Janeiro: Editores Jorge Zahar. (1997)

FELD, Claudia. “La construcción del “arrepentimiento”: os ex repressores na televisão. In: *Cadernos de Antropologia e Imagem*, N°13, Rio de Janeiro. (2001)

GEERTZ, Clifford. *La interpretación de las culturas*. México: Gedisa. (1995).

HERZFELD, Michel. *The social production of indifference*. Chicago e Londres: The University of Chicago Press. (1993)



JELIN Elizabeth “Los derechos humanos y la memoria de la violencia política y la represión: la construcción de un nuevo campo en las ciencias sociales.” *Estudios Sociales*, 27, ano 14, segundo semestre. (2004)

JELIN, Elizabeth. “The politics of memory. The human rights movement and the construction of democracy in Argentina.” *Latin American Perspectives*, v. 21. (1994).

LEIS, Héctor. *El movimiento de los derechos humanos*. Buenos Aires: Centro Editor da América Latina. (1989)

POLLAK Michael *Memoria, olvido y silencio*. La Plata: Editora Al Margen. (2005)

VERBITSKY, Horacio. *El Vuelo*. Buenos Aires: Planeta. (1995)

RELATÓRIOS:

ABUELAS DE PLAZA DE MAYO. *Niños desaparecidos. Jóvenes localizados. En la Argentina desde 1976 a 1999*. Buenos Aires: Temas Grupo Editorial. (1999)

Nunca Más. Informe de la Comisión Nacional sobre la Desaparición de Personas. Buenos Aires: EUDEBA. (1986).

LUDMILA DA SILVA CATELA

Doutora em Antropologia Cultural e Mestre em Sociologia pela Universidade Federal do Rio de Janeiro. Professora e pesquisadora da Universidade Nacional de Córdoba. Pesquisadora do CONICET no Museu de Antropologia - UNC. É autora do livro *No habrá flores en la tumba del pasado. La experiencia de reconstrucción del mundo de familiares de desaparecidos*. (La Plata: Edições Al Margen (2001-2002-2009) (Publicado também em português por HUCITEC - Prêmio Melhor Tese de Doutorado em Ciências Sociais - ANPOCS). Escreveu com Elizabeth Jelín: *Los archivos de la represión: Documentos, memoria y verdad*. (Madri e Buenos Aires: Século XXI, 2002) e com Elizabeth Jelín e Mariana Giordano, *Fotografía, memoria e identidad*. (Trilce Editorial, 2010). Organizou o livro com textos de Michael Pollak, *Memoria, olvido, silencio. La producción social de identidades frente a situaciones límite*. (Edições Al Margen. La Plata, 2006). Publicou diversos artigos em revistas e capítulos de livros sobre temas de violências, situações extremas e memórias. Atualmente, é Diretora do Arquivo Provincial da Memória de Córdoba-Argentina. Pesquisadora Independente em CONICET.

RESUMO: No período final da ditadura militar argentina (1976-1983), em muitos tribunais foram iniciadas incipientes investigações sobre o destino dos detidos/desaparecidos, mas foram interrompidas com a promulgação do decreto 22.924. Esta norma ditada pelo governo no dia 23 de março de 1983 interrompia qualquer tipo de investigação e, além disso, dava anistia aos militares. A norma ficou conhecida como *autoanistia*. Desde o final das ditaduras militares, em todos os países do Cone Sul, nas décadas de oitenta e noventa, uma das questões centrais foi estabelecer medidas que permitissem *reconstruir as sociedades, pacificá-las internamente* com o menor custo de enfrentamento entre civis e militares. Esta forma de encarar o passado se fundamentava tanto na necessidade da chamada consolidação democrática, quanto no estabelecimento de um novo diálogo entre os estados. Assim, dentro do campo político e jurídico, vários agentes entraram em diversas batalhas para estabelecer as regras deste diálogo. Nos diversos países, foram apresentadas alternativas jurídicas com a intenção de resolver o problema das violações dos direitos humanos. Neste texto, percorrerei o gênesis deste processo na Argentina, que é particularmente longo e sinuoso. No processo, entraram em jogo disputas de conceitos como “verdade e justiça”, empunhadas e tratadas como lema central das organizações de direitos humanos, aos que se opuseram por parte do Estado, os de “reconciliação e pacificação nacional”. E, finalmente, desembocam em políticas públicas por parte do Estado.

PALAVRAS-CHAVE: Memória; Direitos Humanos; Justiça Transicional; Argentina.



67ª CARAVANA DA ANISTIA, EM HOMENAGEM AO DIA INTERNACIONAL DA MULHER, BRÁSILIA, EM 8 DE MARÇO DE 2013.

FONTE: ACERVO DA COMISSÃO DE ANISTIA.



PROCESSO DE JUSTIÇA POR CRIMES CONTRA A HUMANIDADE NA ARGENTINA

Daiana Fusca

Advogada do Centro de Estudos Legais e Sociais, CELS-Argentina

I. INTRODUÇÃO

Quanto à minha exposição, em primeiro lugar farei uma breve resenha histórica do processo de memória, verdade e justiça na Argentina, repassando os principais acontecimentos.

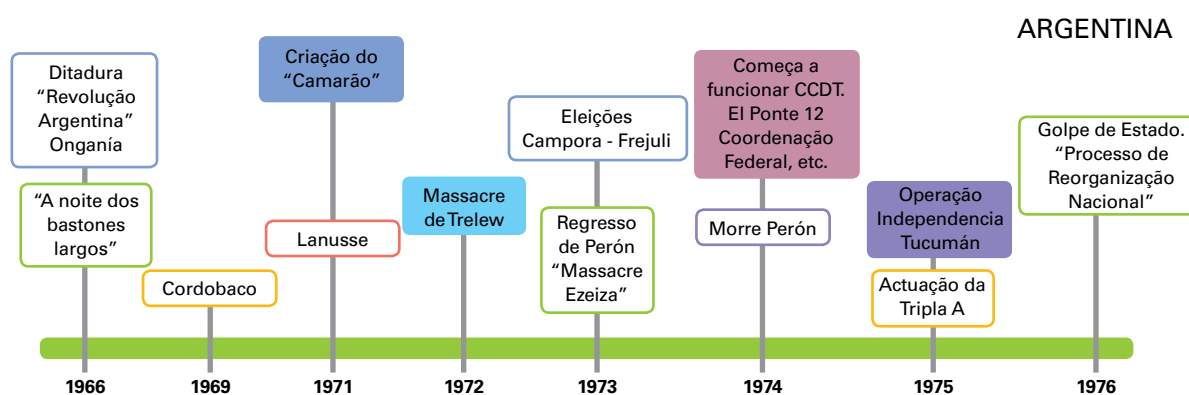
Em seguida, vou abordar o julgamento penal dos crimes contra a humanidade na Argentina, com base nos registros estatísticos do processo de justiça, que são parte do trabalho de monitoramento que o CELS-Argentina realiza, desde o ano de 2007, com produção de dados próprios.

Por último, e a título de fechamento, vou refletir sobre os desafios do processo.

II. RESENHA HISTÓRICA DO PROCESSO DE VERDADE, MEMÓRIA E JUSTIÇA NA ARGENTINA

1970-1983 – Na Argentina, durante os anos 1970, com o amparo do poder político, cometeram-se violações massivas aos direitos humanos contra a população civil, incluindo desaparecimentos forçados, detenções arbitrárias, execuções, exílios forçados, tortura, violação e abuso sexuais, roubo de bens, ataque à liberdade civil, política e sindical; censura, perseguições de todo tipo;

e o sequestro de crianças, muitas delas nascidas durante o cativeiro das mães¹. A repressão alcançou seu pico máximo em **24 de março de 1976, com o golpe militar** que colocou no governo os comandantes e os chefes das três forças armadas.



A última ditadura militar durou sete anos (até 1983), e sucederam-se quatro (4) juntas militares. Calcula-se que trinta mil pessoas foram sequestradas, enviadas a centenas de centros clandestinos de detenção, interrogadas sob tortura, violentadas e assassinadas. Em 1983, quando a restauração da democracia era iminente, o governo militar sancionou uma lei de autoanistia e procurou destruir todas as provas da repressão².

Em **1979** a CIDH realiza uma visita *in locu* na Argentina.

1983 Eleições – Raúl Alfonsín é eleito democraticamente como presidente da nação.

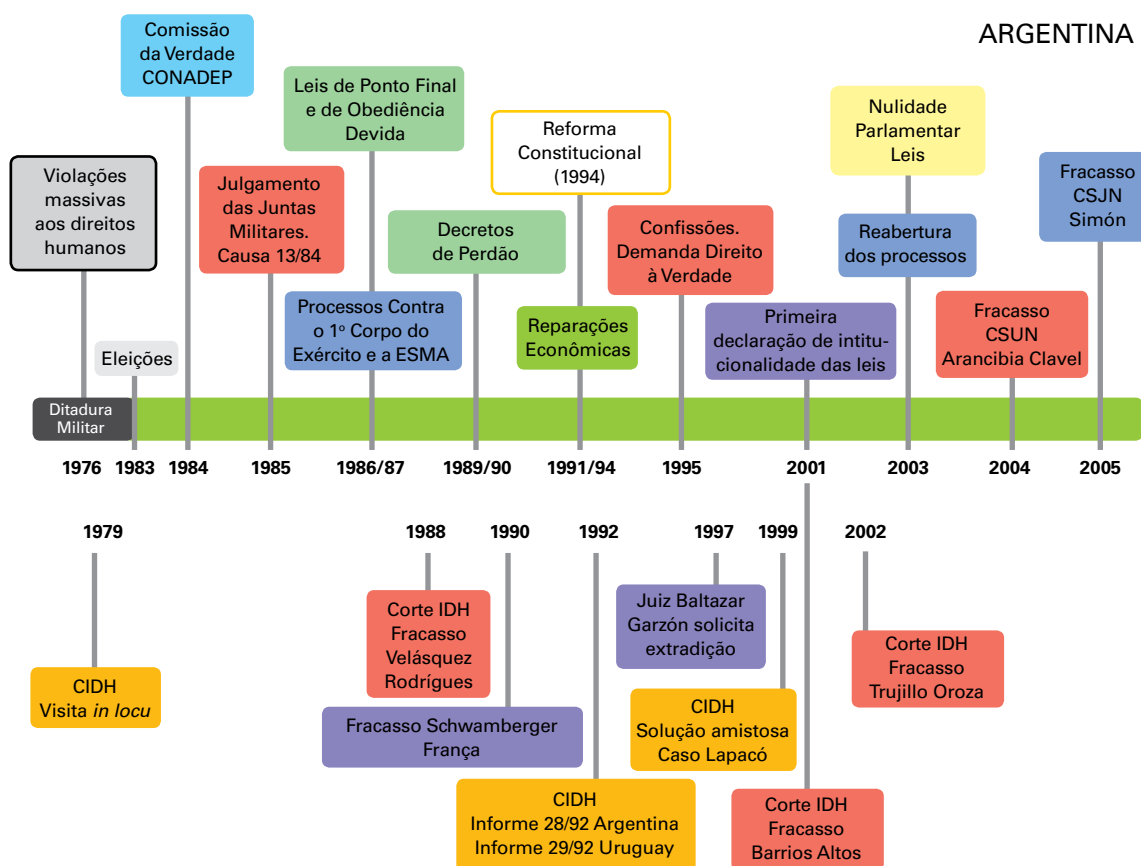
1984 – Criação da **Comisión Nacional sobre la Desaparición de Personas** (Comissão Nacional de Pessoas Desaparecidas), conhecida como CONADEP. Analisou milhares de casos e cada um foi documentado e registrado. Compilaram-se mais de 50 mil páginas, que incluíam 7.380 arquivos com testemunhos de familiares, de pessoas libertadas de centros clandestinos de detenção e de membros das forças armadas e de segurança que haviam feito parte da repressão. O órgão publicou um relatório denominado NUNCA MAIS, contendo um resumo de suas atividades, no qual figura a lista de vítimas de centros clandestinos de detenção identificados. A comissão, em suas conclusões, fez uma série de recomendações para dar início a ações legais contra os responsáveis, apresentou provas aos tribunais (os dossiês CONADEP colheram também prova documental, cópia de *habeas corpus*, de denúncias policiais, ante a administração, autoridades eclesiásticas, organismos internacionais, entre outros) e ofereceu uma lista parcial

¹ Centro de Estudos Legais e Sociais (CELS). *Fazer justiça: novos debates sobre o julgamento de crimes contra a humanidade na Argentina*; Buenos Aires: Século Vinte e um Editores, 2011; p.21.

² Cels; *Ibidem*, p.22

dos desaparecidos e dos membros das forças armadas e de segurança mencionados por vítimas e demais testemunhas. Estes arquivos continuam sendo peças-chave dos processos em curso como prova documental.

– A estratégia da justiça implementada, no princípio, exigia que as próprias forças armadas julgassem suas partes através do Conselho Supremo. Perante à inação, passou o assunto à Câmara de Apelação Criminal Federal da Capital Federal.



1985 Julgamento das Juntas – Os nove membros das juntas militares que governaram o país foram processados pela denominada Causa 13. O processo se baseou no código penal sem fazer uso de direito internacional; foram condenados Jorge Videla, Emilio Massera, Roberto Viola e Armando Lambruschini pelos delitos de homicídio, atos cruéis, pilhagem e roubo.

Assim, também neste ano, se produziu a abertura de mais de setecentos processos por violações dos direitos humanos.

1986-1987 – Leis do ponto final e obediência devida. A primeira estabelece um prazo de prescrição da ação penal de 60 dias desde a promulgação da lei; a segunda estabelece uma presunção irrevogável de que os subalternos (quem não tinha posto de ditar ordens) atuaram sob a obediência devida, funcionando como justificativa.

1988 – Corte IDH Decisão Velázquez Rodríguez, Desaparições forçadas de pessoas.

1989 – Decretos de Indulto. Presidência de Carlos Menem.

Os únicos casos judiciais foram aqueles não contemplados pelas leis de anistia: apropriação de meninos e roubo de bens dos detidos ou desaparecidos.

1991-1994 – Reparações econômicas

1992 – CIDH Relatório 28/92 Argentina (as leis de pf e od violam os direitos consagrados da convenção). Relatório 29/92 Uruguai.

– **Decisão CSJN Ekmedkjian contra Sofovich** – Os direitos consagrados da CADH são operativos, art. 27 convenção de Viena sobre os direitos dos tratados.

1994 Reforma constitucional – Art. 75 Inciso 22 CN outorga hierarquia constitucional a diversos tratados internacionais de direitos humanos.

1995 – Confissões de Scilingo sobre os vôos da morte.

Demanda do direito à verdade apresentada por CELS – Os tribunais federais argentinos autorizaram os chamados julgamentos pela verdade, por solicitação dos familiares, ou seja, procedimentos judiciais destinados a obter e produzir informações sobre os destinos das vítimas, perante os tribunais penais, embora sem a possibilidade de impor sanções.

1999 – CIDH solução amistosa caso Alejandra Lapacó – Reconhece-se o direito à verdade e o declara imprescritível.

2000 – O CELS apresentou uma denúncia ao juiz, em primeira instância, que declara inconstitucional as leis de impunidade no marco da investigação do caso Poblete/Hlaczik.

2001 – Em março, se produziu a **primeira declaração de inconstitucionalidade das leis do ponto final de obediência devida** na causa conhecida como *Simón*.

– Corte IDH Decisão Barrios Altos – Anistia.

2003 O Congresso declarou **nulidade destas leis**, em função de um projeto apresentado pelo recém-assumido presidente Néstor Kirchner.

O CELS sempre sustentou que esta declaração não possuía efeitos jurídicos, mas sim um grande impacto simbólico. Este pronunciamento incidiu para que, posteriormente, a CSJN declarasse a anulação e a inconstitucionalidade destas leis na causa *Simón*.

– Neste ano, produziu-se a reabertura das grandes causas ESMA e Primeiro Corpo do Exército da cidade de Buenos Aires.

2004 – CSJN Decisão Arancibia Clavel. Imprescritibilidade dos crimes de lesa humanidade.

2005 – CSJN Decisão na causa **Simón pelos casos de José Liborio Poblete, Gertrudis Hlaczik e a pequena Victoria, filha do casal**.

No ano de 2005, a Suprema Corte resolve que a sanção das leis que consagram a impunidade era contrária ao direito internacional dos direitos humanos, de acordo com o estado da questão fundamental de precedentes da Corte IDH no caso Bairros Altos. Nesse sentido, se baseou na impossibilidade de anistiar os crimes contra de lesa humanidade e na obrigação do Estado em investigar e sancionar toda a violação de direitos reconhecidos pela Convenção Americana sobre Direitos Humanos, de acordo com o Relatório No. 28/92 da Constituição Interamericana de Direitos Humanos.

– Fundamentos jurídicos relevantes:

Art. 75 Inciso 22 CN dispõe sobre a hierarquia constitucional da CADH e PIDCP.

Art. 27 da convenção de Viena sobre os direitos dos tratados. Não é possível alegar direito interno para não reconhecer obrigações assumidas nos tratados internacionais.

Jurisprudência da Corte IDH e das diretivas da CIDH, que se entendem como pautas de interpretação dos deveres e obrigações derivados da CADH.

Relatório 28/92 CIDH: as leis de impunidade e dos indultos são violações aos direitos garantidos pela convenção.



Esta decisão provocou uma reabertura, reativando as causas judiciais em que se persegue responsabilidade dos autores e partícipes dos crimes de lesa humanidade e abriu uma nova etapa em processo de verdade e justiça na Argentina.

Influência da jurisdição universal no processo argentino

A utilização da jurisdição universal também resultou numa forma de manter o tema na agenda pública. A partir de 1996, se iniciaram diversos julgamentos no exterior pelos crimes cometidos na Argentina. O Juizado de Instrução 5 da Audiência Nacional de Madrid, a cargo do Juiz Baltasar Garzón, pediu a extradição de uma centena de militares argentinos e conseguiu a condenação do marinheiro Adolfo Scilingo. Iniciaram-se julgamentos na França, onde Astiz foi condenado, à revelia, pelo desaparecimento das freiras daquele país, Leonnie Duquet e Alice Dommon. Também foram abertos processos na Suécia, Alemanha e Itália, onde, em dezembro de 2000, o tribunal de Roma condenou sete militares argentinos, dentre os quais Guillermo Suárez Mason.

A detenção de Augusto Pinochet em Londres, em novembro de 1998, um pedido de extradição da justiça espanhola, também teve uma importante influência no processo argentino. Um dia depois, Emilio Massera foi detido em Buenos Aires, acusado de apropriação de bebês e saque de bens durante a ditadura militar na Argentina. E, uma semana depois, Jorge Rafael Videla foi detido. Por último, cabe mencionar a perícia ordenada pela justiça italiana para que Emilio Massera fosse investigado.

Em paralelo ao desenvolvimento da justiça penal no plano internacional e a ação da sociedade civil nacional, e, como havia mencionado, o trabalho do Sistema Interamericano dos Direitos Humanos também foi fundamental para que a Suprema Corte Argentina confirmasse as resoluções das instâncias anteriores e derrubasse os sustentos legais da impunidade.

III. JUSTIÇA PENAL

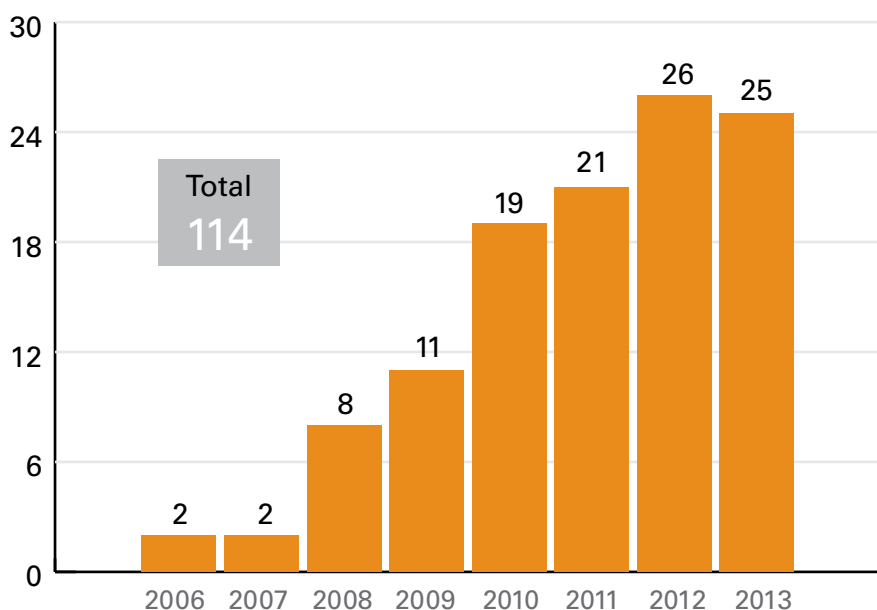
O caso argentino apresenta uma experiência de justiça consolidada com ação penal dos responsáveis pelas graves violações aos direitos humanos ocorridas durante o terrorismo de Estado.

A seguir, farei referência a alguns aspectos relevantes sobre o julgamento penal destes crimes na Argentina.

JUSTIÇA DOS TRIBUNAIS LOCAIS. QUEM CONDENA?

Em princípio, destacarei que o julgamento desses crimes acontece em tribunais orais federais (TOF) que não pertencem a uma justiça especial, mas têm competência sobre delitos comuns federais em todo o país.

Gráfico 1 – Julgamentos finalizados por ano³.



Em dezembro de 2013, foram 114 sentenças proferidas por crimes de lesa humanidade na Argentina.

O gráfico demonstra que, apesar de um começo bastante frágil, com duas sentenças por ano, em 2006 e em 2007, existe uma reativação, a partir de 2008, que alcança seu pico máximo com 26 sentenças no ano 2012.

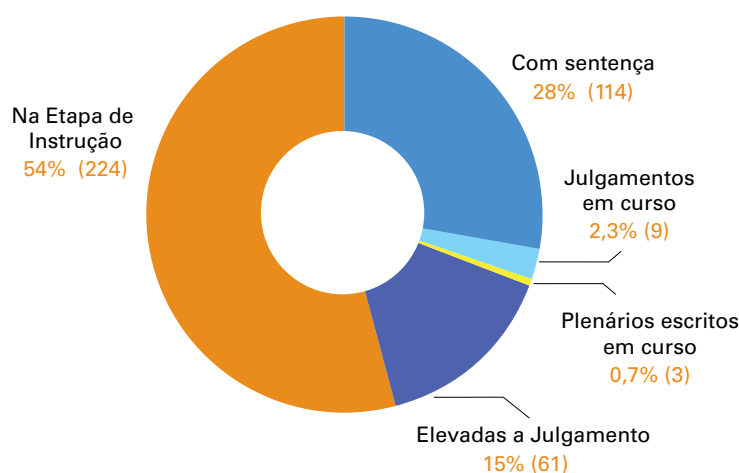
Avaliamos que esta reativação responde à implementação de estratégias em todo o país para remover os obstáculos processuais e políticos que, em diferentes jurisdições, estavam travando o julgamento. Grande responsabilidade disto é o acionar da Unidade Fiscal de Coordenação da Procuradoria Geral da Nação, atualmente chamado Procuradoria de crimes contra a Humanidade,

³ A fonte dos gráficos são os registros do Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS), de acordo com dados de imprensa e resoluções judiciais.

uma entidade criada a partir de um trabalho de incidência realizado pelos CELS, em 2007, que, desde o ano de 2008, empreendeu um trabalho minucioso de implantação de estratégias jurídicas que visam à organização dos julgamentos em todo o país.

Esta reativação e a proliferação de julgamentos em toda a Argentina habilitaram uma análise detalhada das 114 sentenças que será exposto nos gráficos seguintes:

Gráfico 2 – Total de causas ativas⁴.



(B) Quem são os acusados?

⁴ Referências. O gráfico compreende as diferentes etapas processuais pelas quais transitam uma causa penal, segundo o procedimento Argentino: 1- Etapa de instrução: primeira etapa que transita a causa. Um juiz é o encarregado de conduzir a investigação, e procedimento escrito. 2- Elevação a juízo: ocorre, uma vez finalizada a investigação escrita da causa; o juiz encarregado fecha a investigação e remete os resultados ao tribunal oral correspondente. 3 - Juízo: também conhecida como debate, é a etapa final, na qual se celebram audiências orais conduzidas por um tribunal oral. Aqui, se decide a condenação ou absolvição dos acusados envolvidos. No processo de justiça por crimes de lesa humanidade, também existem causas que tramitam sob o velho processo penal que existia no país que é escrito. As etapas pelas quais transita uma causa, neste processo, são: Sumário - equivalente à etapa de introdução; 2- Plenário - equivalente ao julgamento ou debate, mas não existem audiências orais.

Gráfico 3 – Acusados segundo a força a que pertencem

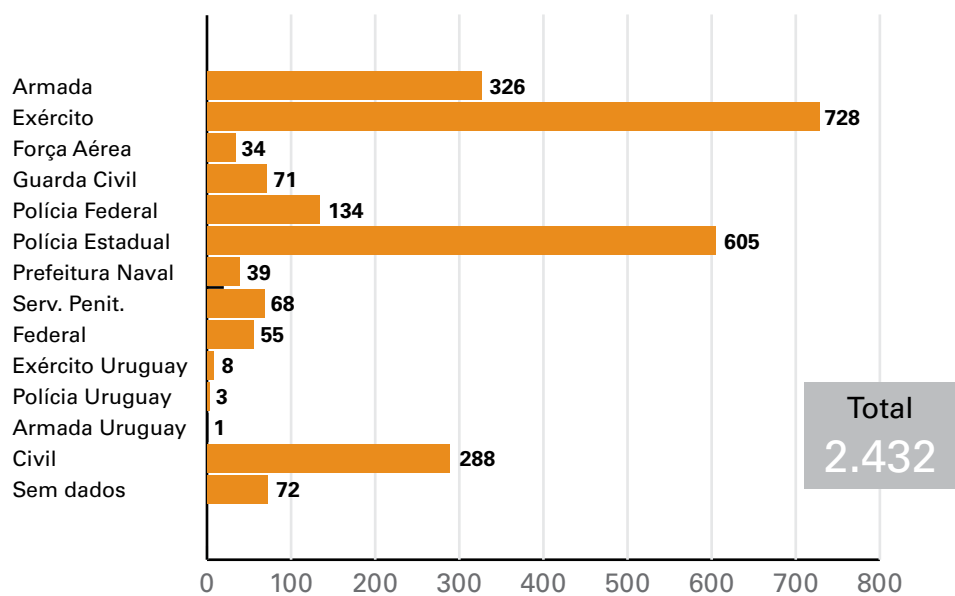


Gráfico 4 – Evolução dos sentenciados

a) Foram sentenciados, até dezembro de 2013, cerca de 541 acusados: 494 condenados; 47 absolvidos.

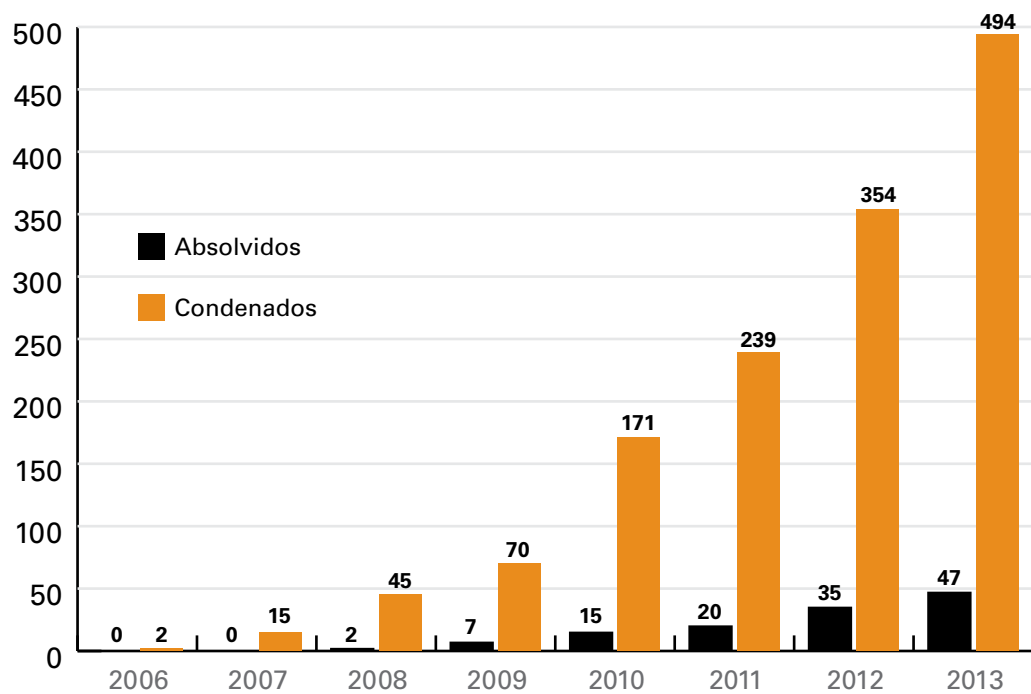


Gráfico 5 – Condenados por delitos de lesa humanidade, segundo o montante da pena imposta

Até dezembro de 2013, 41% dos condenados receberam prisão perpétua; 28% das penas de prisão ficaram entre 16 e 25 anos; 28,5% foram condenados à prisão entre 4 e 15 anos; e 2% condenados a penas de até 3 anos.

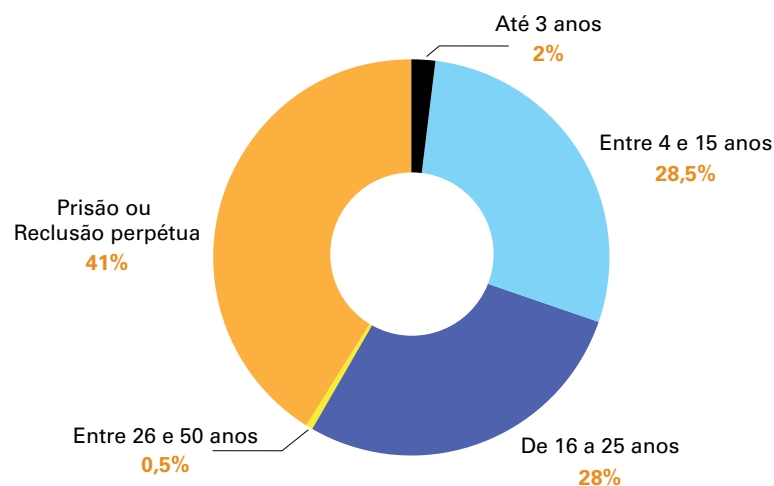
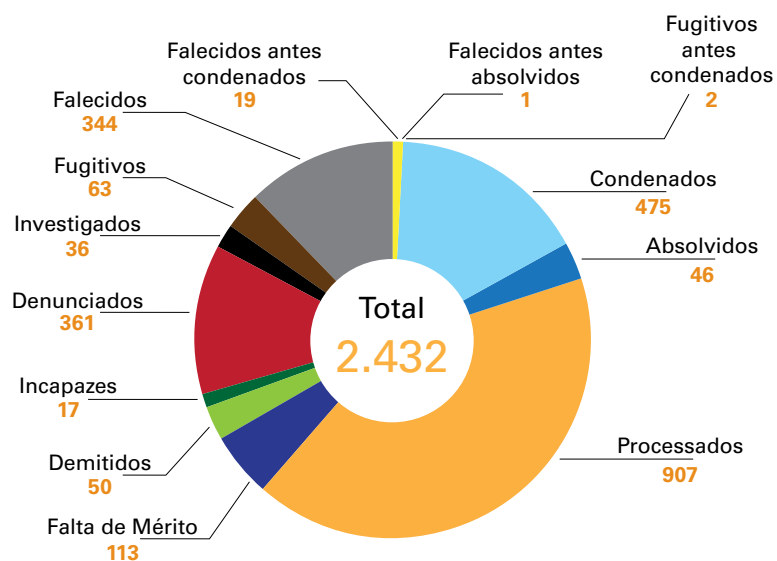


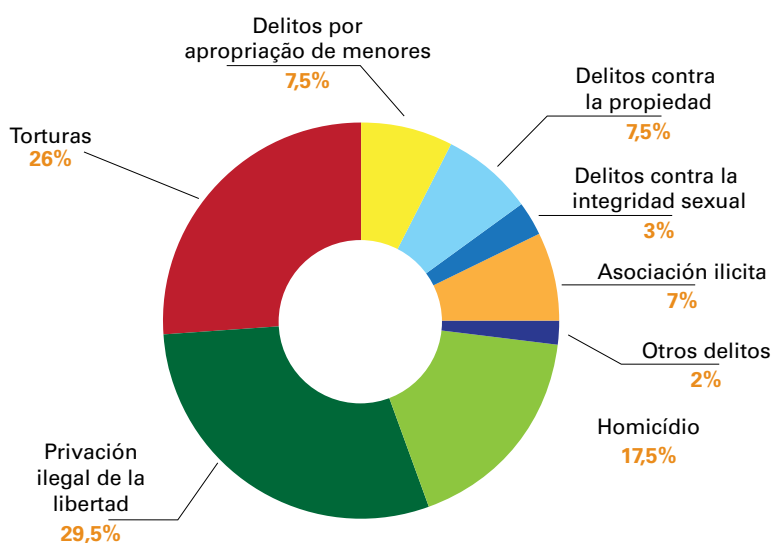
Gráfico 6 – Situação processual nas causas de delitos contra a humanidade. Dezembro de 2013



(C) Por quais delitos são condenados?

São acusados e condenados, por aqueles delitos previstos no código penal vigente, no momento dos feitos, respeitando o princípio penal de ultra-atividade da lei penal mais benigna.

Gráfico 7 – Condenados segundo o delito



Na maioria dos casos, os acusados foram culpados pelos delitos de privação ilegítima da liberdade e imposição de tormentos (ou seja, sequestro e tortura), tal como estão tipificados no Código Penal Argentino.

Em relação às torturas, entende-se que as mesmas foram configuradas, tanto pelo fato de que as vítimas foram **interrogadas mediante torturas** para extrair informações que permitiriam perpetrar outros sequestros, como também por terem sido submetidas à **condições inumanas de detenção e tratamentos degradantes** durante o cativeiro: a somatória das condições e o efeito acumulativo gera um quadro de sofrimento extremo nas vítimas: cárcere; supressão de identidade; acorrentamento; condições de cativeiro insalubres; privação de comunicação; castigos permanentes; ameaça de tortura e assassinato e temor iminente de castigos; escassa e alimentação deficiente, falta de higiene e a progressiva deterioração do estado sanitário; exposição à nudez; abusos sexuais; etc.

Assim, procurava-se submeter os detidos-desaparecidos, quebrando-lhes sua vontade e espírito, a fim de facilitar o tratamento dos mesmos até o momento em que se decidia pela sua libertação "ou traslado" (eufemismo utilizado para fazer referência aos assassinatos chamados "vuelos de la muerte").

– Em menor medida se encontram outros delitos, como os delitos contra a propriedade (roubo, violação de domicílio) e os delitos por apropriação de meninos e meninas (subtração e ocultamento de um menor, e falsificação de documento público para ocultar sua identidade).

Em sentido horário: Crimes contra a propriedade; crimes contra a integridade sexual; associação ilícita; outros crimes; homicídio; privação ilegal de liberdade; torturas; crimes por apropriação de menores.

– A investigação dos delitos contra a integridade sexual constitui uma faceta nova do processo de justiça argentino. Uma das iniciativas de trabalho dos CELS tem a ver com o estímulo à judicialização destes delitos, através da formação de operadores jurídicos, não somente em relação à abordagem jurídica dos delitos, mas também no trato com as vítimas e testemunhas destes crimes.

Entre os avanços, devemos mencionar que se verifica um menor descrédito em relação à palavra da vítima e aumento do entendimento da importância de instrumentalizar mais e melhores estratégias para que as vítimas transitem pela instância judicial com maior rapidez e cuidado no tocante à sua integridade física pessoal⁵. As mulheres – que são quem denunciam o delito – passaram de uma condição em que eram profundamente estigmatizadas pelos funcionários judiciais e por seus companheiros de cativeiro para uma condição em que começaram a ser escutadas.

Não obstante, ainda resta muito trabalho para implantar, em todas as jurisdições do país, formas de pensar e discutir sobre como julgar estes delitos, ligando-os ao plano sistemático de extermínio e descartar as hipóteses de excessos individuais. O tema da instância “privada” segue sendo um problema, embora em algumas jurisdições tenha-se avançado (Chaco). Ainda existem magistrados aos quais os tribunais orais ordenaram que investigassem denúncias de violência sexual levantadas em determinado juízo, mas que ainda não deram cumprimento ao mandato.

Atualmente, se encontram em curso investigações penais por delito de violação sexual, considerado como delito autônomo nas jurisdições de Buenos Aires (ESMA), Mendoza, Tucumán, Santiago Del Estero e Chaco. Recentemente, em 2011, ditou-se a primeira condenação a um responsável de violação sexual, em prejuízo de pessoas detidas desaparecidas em centros clandestinos (causa “**Molina**” em Mar Del Plata, província de Buenos Aires). E em 2012, a segunda condenação, causa “**Arsenal Miguel de Azcuénaga**” em Tucumán. Recentemente houve condenações por violação sexual em jurisdições de Santa Fé e Santiago Del Estero.

5 A Câmara Nacional de Cassação Penal, em colegiado, ou seja, todos os juízes que integram as diferentes varas, ditou um acordo com diferentes regras para julgar causas complexas como é o caso de julgamento de crimes contra a humanidade perpetrados durante a última ditadura militar, que será útil em outras causas complexas, por exemplo, pelo número de vítimas e acusados. Entre estas regras, prevê-se, especificamente, pautas para evitar a revitimização. Acórdão 1/12 CFCP.

O novo processo de justiça está em curso há mais de dez anos⁶ e supõe-se que estamos na etapa final do mesmo. Com ele, enfrenta-se o desafio de avançar em investigações que implicam uma mudança de consciência dos operadores judiciais, mas que, em virtude da demora na tramitação, corre-se o risco de que fiquem impunes.

– Por outro lado, nas sentenças, se declara que os delitos configuram crimes de lesa Humanidade e, portanto, resultam imprescritíveis, em conformidade com a normativa e jurisprudência internacional, e com a jurisprudência da Corte Suprema de Justiça da Nação (CSJN), que, no substancial, se apoia na jurisprudência internacional: um delito é um crime contra a humanidade, além de integrar a lista de delitos que podem configurar esta classe de crimes, pertence a um contexto geral, no qual o delito em questão forma parte de um ataque generalizado ou sistemático à população civil, e se provém de um estado ou de uma organização suficientemente organizada e com domínio sobre uma parte do território (cfr. Corte Suprema de Justiça da Nação, Caso “Derecho, René Jesús” Decisão 330:3074; relativo à jurisprudência internacional relevante, encontra-se citada em referida Decisão onde foi remetida).

– É importante destacar que os acusados foram, em sua maioria, condenados por mais de dois delitos em cada causa. Na causa ESMA II, cuja sentença foi dada em outubro de 2011, os acusados foram considerados culpados de sete delitos no total.

(D) Como se provam os feitos e a participação dos responsáveis?

O testemunho é o elemento central na conformação da prova judicial, especialmente para as causas por delitos contra a humanidade, processos em que, em geral, se trata de uma única prova disponível, face à destruição e ocultamento de material documental.

O testemunho é o que pode prover os elementos que podem provar o delito. Seja por que viu a vítima, porque esteve no momento da comissão ou porque soube, de maneira direta ou indireta, da existência de um delito. Neste processo de justiça, o testemunho muitas vezes é também a vítima dos crimes.

A construção dos testemunhos na experiência anterior de busca pela verdade e justiça nos anos 80, cujo objetivo geral foi provar a ocorrência da repressão ilegal e os desaparecimentos, determinou que a vivência individual ficasse em um claro segundo plano, frente à dimensão

⁶ Pensemos nos fatos ocorridos na ESMA, por exemplo. Em 2003, a investigação se reabriu, e em 2009 aconteceu o primeiro julgamento significativo. Em 2011, o juiz entende que tem que impulsionar a investigação dos delitos de violação sexual, a partir dos trabalhos do CELS na matéria, e, logo, no debate oral. Em 2012, inicia-se o debate oral no marco da causa coletiva “ESMA Unificada” e um caso de estupro será julgado, cuja tipificação foi alterada pela câmara de apelação, para a qual havia sido solicitada sua adequação e tipificação, conforme a denúncia dos CELS de 2007.



ampla do plano sistemático de desaparecimento e extermínio⁷. Durante o julgamento das Juntas, segundo o relato das testemunhas citadas, o promotor lhes advertiu que não fizessem menção à sua militância política. Isto, provavelmente, estava relacionado, por um lado, com o momento histórico; e, por outro, com a estratégia de acusação em juízo, e, provavelmente, com a utilização da defesa da teoria dos demônios.

O certo é que no processo de justiça atual, os testemunhos podem dar conta das vivências pessoais, razão pela qual se começou a falar dos crimes contra a integridade sexual, por exemplo; e, ainda, convivem duas posturas em relação ao relato da militância: alguns pensam que é melhor não dizer nada, enquanto outros querem reivindicá-la.

Os testemunhos fornecidos em outras causas, em julgamentos, podem ser incorporados como prova documental, apenas se as condições que estabelecem o código penal forem cumpridas. Inclusive, no julgamento dos crimes cometidos na ESMA, se reproduziram vídeos de vítimas que declararam na causa 13.

A prova documental mais comum que se utiliza é constituída pelos arquivos do CONADEP, denúncias, *habeas corpus*, normativa das forças armadas que permite provas em plano sistemático e a organização hierárquica com sua escala; outros.

(E) Por que tipos de intervenções nos delitos são condenados?

– Concorrência de pessoas no delito

No Art. 45, o Código Penal Argentino define a autoria como aquele que “tomou parte na execução do fato”

No dogma, se desenvolveram distintas teorias com a finalidade de interpretar e explicitar o conteúdo de dito preceito legal. Entre a mesma, se destaca a “teoria do domínio do fato”. Conforme indicam Zaffaroni, Alagia y Slokar (Manual de Direito Penal, Parte Geral, Ed. Ediar, BS. AS. 2005, pág. 605 e SS.), de acordo com a mesma, “autor é quem domina o feito, retém em suas mãos o curso causal, pode decidir sobre o sim e o como;” o mais brevemente dito “quem pode decidir a configuração central do acontecimento”

Neste sentido, o domínio do fato se apresenta, de forma concreta, sob três variantes: a) Domínio da ação, em que o autor realiza de própria mão. b) Domínio funcional do fato, cuja ideia central é a

7 CELS, *ibidem*; PP.169.

coautoria quando se apresenta na forma de uma divisão da tarefa na etapa executiva. c) Domínio da vontade, onde a ideia decisiva é a autoria mediata e quando se vale do outro, que atua sem tipicidade ou justificadamente.

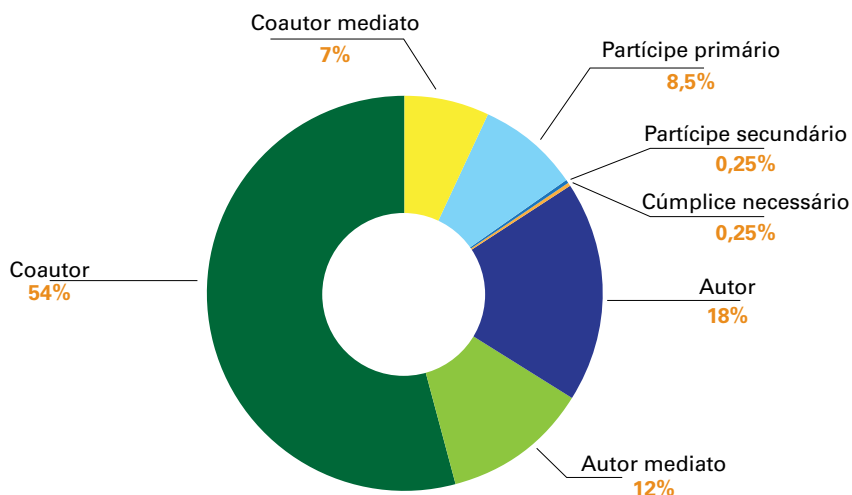
Com relação a esta última variante, se deve destacar que Claus Roxin desenvolveu uma nova forma de **autoria mediata, conhecida como autoria mediata em virtude do domínio da vontade através do domínio de um aparato organizado de poder**, na qual o autor domina o fato, sem realizar, por si mesmo, a ação típica – em sentido estrito – nem tem que estar presente no momento de sua execução e sem necessidade, sequer, de exercer coação ou engano sobre o autor direto. Esta teoria foi amplamente recebida pela doutrina e jurisprudência nacional, desde que foram reativadas as causas sobre violações aos direitos humanos, cometidas durante a última ditadura militar.

Gráfico 8 – autoria e participação

Mais de 70% dos acusados foram condenados em seu papel de autores e coautores diretos/ materiais dos fatos.

Isto, em parte, tem a ver com a dinâmica da detenção em centros clandestinos, em que os grupos repressivos mantinham aos prisioneiros por um longo período de tempo e dos quais existem sobreviventes, testemunhas diretas dos fatos e que puderam, após um árduo trabalho, identificar os responsáveis dos sequestros e das sessões de tortura.

Embora a autoria imediata seja aplicada em pouco menos de 20% dos casos, em geral, ela é aceita pela jurisprudência, não havendo maiores problemas a respeito, salvo em relação aos comandos médios das forças, onde temos uma de “cal” e uma de areia na jurisprudência da Capital Federal (absolvição Chefes de Área e condenação ao chefe da área em Vesúvio).





IV. OS DESAFIOS DO PROCESSO

O processo de justiça na Argentina está consolidado e há um compromisso assumido pelos três poderes do Estado para continuar com o julgamento penal dos responsáveis. Os avanços no julgamento se evidenciam, não só pela quantidade de debates finalizados e em curso, pelo aumento do número de sentenciados e outros indicadores apresentados, mas também, em termos qualitativos posto que se avançou sobre os civis que participaram da repressão em diversas causas e jurisdições (por ex. Causa julgada em Mar Del Plata por feitos ocorridos em Tandil, na qual foram condenados três militares pelo assassinato de um advogado trabalhista, Carlos Moreno e dos civis por delitos de crimes contra a humanidade; e se ordenou investigar os diretores da empresa “Loma negra”); condenaram-se os responsáveis do delito de violação sexual em prejuízo de detidas desaparecidas em centros clandestinos e foram abertas várias investigações pelos delitos contra a integridade sexual.

Os novos desafios que o processo apresenta hoje podem considerar debates instalados, mas, que ainda requerem muito esforço para serem resolvidos. É o caso do julgamento da responsabilidade dos civis, em particular dos membros do Poder Judiciário e da acusação dos delitos contra a integridade sexual cometidos durante o terrorismo de Estado. É no marco deste debates – dos novos e dos não tão novos – que se evidencia a falta de coordenação e de acordos entre os atores e os cursos de ação⁸. No início de 2014, começou, na Província de Mendoza, a denominada *causa dos juízes*, na qual estão sendo julgados vários acusados, entre eles Otilio Romano, Luis Miret, Guillermo Petra Recabaren e Rolando Carrizo Elst que atuaram como juízes durante as ditaduras.

No tocante aos obstáculos que o processo de justiça enfrenta, cabe assinalar que a falta de desenho institucional e de uma estratégia para a acusação penal geraram diversos problemas. Entre eles: o atraso no começo dos debates orais, com a conseqüente demora nas condenações dos processados; o atraso na revisão das sentenças pela Câmara Nacional de Cassação Penal e a Suprema Corte de Justiça da Nação, resultando em baixa porcentagem de condenações confirmadas; e a falta de coordenação entre os diversos atores. As demoras também repercutem nos prazos de prisão preventiva dos acusados. Estes problemas se relacionam tanto com a existência de obstáculos processuais que impedem a resolução de solicitações em tempo razoáveis, como de questões institucionais como as nomeações de juízes, fiscais e pessoal do poder judicial; e de espaços físicos para a celebração das audiências de debate oral. A celeridade dos julgamentos cobra especial importância pela possibilidade certa da morte das vítimas e dos acusados.

8 Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS), *Derechos humanos en Argentina: informe 2012 - 1a ed.* – Buenos Aires : Siglo Veintiuno Editores, 2012; p. 30y ss.

Gráfico 9 – confirmação de sentenças

Somente 10% das sentenças se encontram confirmadas pela Suprema Corte. São, no total, sete entre as 72 referidas.

Sentenças por delitos de crime contra a humanidade, segundo estado de confirmação. Junho de 2012

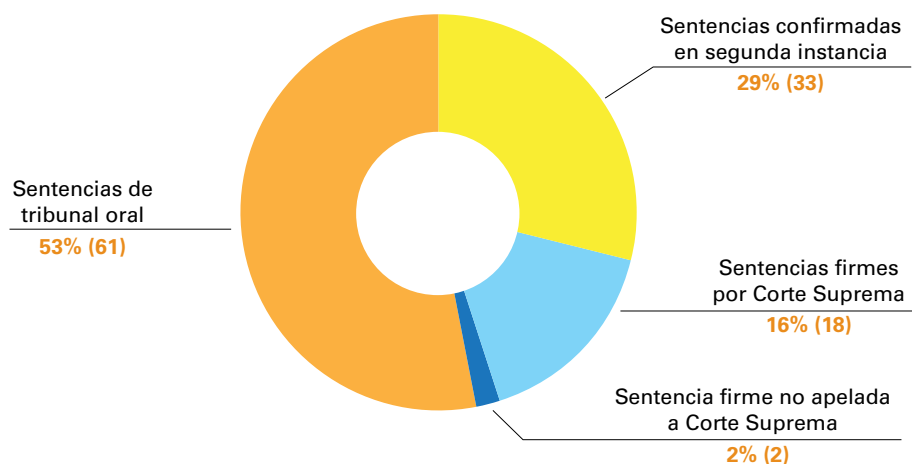
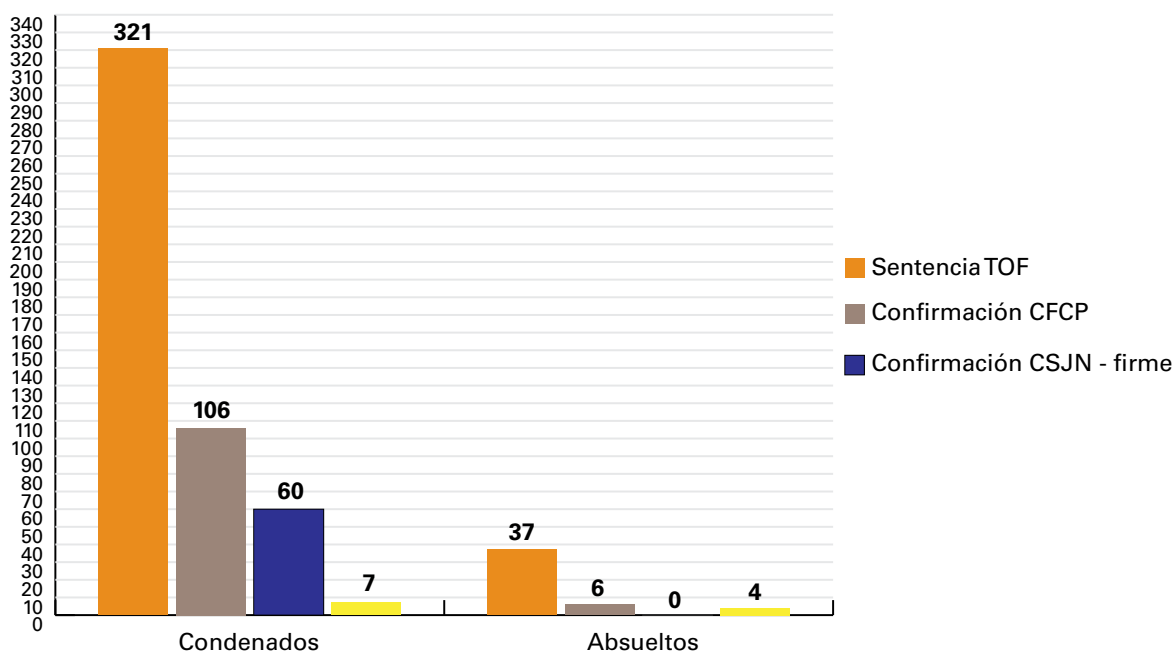


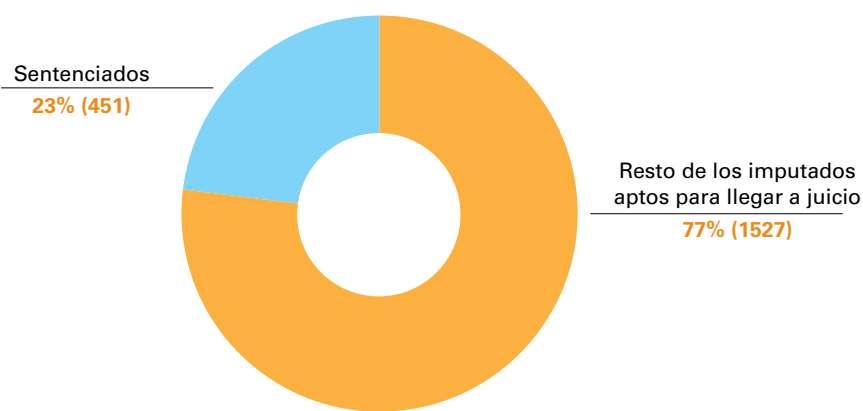
Gráfico 10 – Sentenciados em causas por delitos de crime contra a humanidade, segundo estado de confirmação da condenação de junho de 2012





321 acusados condenados têm sentença de tribunal oral pendente de confirmação por outras instâncias; 106 condenados têm confirmação da Câmara Federal de Cassação Penal; somente sete tem a condenação firme pela confirmação da Corte Suprema de Justiça da Nação.

Gráfico 11 – Comparação entre sentenciados e acusados aptos para chegar a juízo



77% dos acusados estão aptos para chegar a juízo. Somente 23% foram sentenciados.

Certo é que existem múltiplos esforços do Estado e da sociedade civil para resolver os obstáculos, mas também é evidente que estes julgamentos colocaram o Poder Judicial em cheque e evidenciaram as falências da administração da justiça.

Por parte do CELS, acreditamos que o processo de justiça deve ser, juntamente com a forma de reparação às vítimas e aos familiares, um veículo para o fortalecimento das instituições democráticas e a construção de um Estado de Direito.

Nosso objetivo, e, também, o maior desafio, é poder construir a partir das experiências do passado, um Estado democrático, pluralista e respeitoso dos direitos humanos no presente e no futuro.

REFERÊNCIAS

Centro de Estudos Legais e Sociais (CELS). Fazer justiça: novos debates sobre o julgamento de crimes contra a humanidade na Argentina. Buenos Aires: Século Vinte e um Editores, 2011.

Zaffaroni, Alagia e Slokar (Manual de Direito Penal, Parte Geral, Ed. Ediar, Bs. As. 2005

DIANA FUSCA

Coordenadora da Equipe de Memória, Verdade e Justiça, Área de Litígio, do Centro de Estudos Legais e Sociais (CELS). Advogada (Universidade de Buenos Aires); Mestranda em Direitos Humanos e Políticas Públicas (Universidade Nacional de Lanús). Diplomada em “Direitos Humanos e Mulheres” (Universidade Nacional do Chile). Atuou como advogada em representação aos interesses coletivos da própria organização e de outras, como Madres da Plaza de Mayo – Linha Fundadora e H.I.J.O.S.; assim também como patrocinadora de vítimas ou de seus familiares. Ademais, coordenou o trabalho da equipe no cargo de litígio de causas por delitos de crime contra a humanidade. Entre outras, atuou como advogada litigante no debate oral nas causas conhecidas como Centro Clandestino “Atlético-Banco-Olimpo” (causas 1668 e 1824), “ESMA” (causa 1270 e a conhecida como “ESMA Unificada ou Megacausa), e “Massacre de Trelew”.

RESUMO: O texto contém uma breve resenha histórica do processo de memória, verdade e justiça na Argentina, repassando os principais acontecimentos. Em seguida, aborda o julgamento penal dos crimes contra a humanidade na Argentina com base nos registros estatísticos do processo de justiça, que são parte do trabalho de monitoramento que o CELS realiza desde 2007, com produção de dados próprios. Por último, faz referência aos desafios do processo.

PALAVRAS-CHAVE: Resenha histórica; julgamento penal; registros estatísticos; desafios.



SEMINÁRIO INTERNACIONAL JUSTIÇA DE TRANSIÇÃO NOS 25 ANOS DA CONSTITUIÇÃO, VII REUNIÃO DO IDEJUST, FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE FEDERAL DE MINAS GERAIS, BELO HORIZONTE, MAIO DE 2013.

FONTE: ACERVO DA COMISSÃO DE ANISTIA.



MARCAS DA MEMÓRIA: A ATUAÇÃO DA COMISSÃO DE ANISTIA NO CAMPO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS DE TRANSIÇÃO NO BRASIL

Roberta Camineiro Baggio

Doutora em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC), professora adjunta da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS) e Conselheira da Comissão de Anistia.

1. O DIREITO À MEMÓRIA COMO CONDIÇÃO DE POSSIBILIDADE DA CONSTRUÇÃO DE SENTIDOS HISTÓRICOS NO CONTEXTO DA TRANSIÇÃO POLÍTICA BRASILEIRA

A dimensão do direito à memória e à verdade, nos debates sobre o tema da justiça de transição, ocupa sempre um lugar de centralidade não só por sua pressuposição necessária à execução de outras dimensões como, por exemplo, a reparação e a instauração de processos de responsabilização, mas também pelas disputas ideológicas inerentes às transições políticas. O caso brasileiro, em especial, que passa por uma transição lenta, é pródigo na demonstração de diversas disputas que vão do campo teórico às entranhas governamentais¹.

¹ Dois artigos tratam mais detalhadamente sobre as disputas do campo da memória, são eles: ABRÃO, Paulo; TORELLY, Marcelo. Justiça de Transição no Brasil: a dimensão da reparação. In: SANTOS, Boaventura de Sousa; ABRÃO, Paulo; SANTOS, Cecília MacDowell; TORELLY, Marcelo D. *Repressão e Memória Política no Contexto Ibero-Brasileiro*: estudos sobre Brasil, Guatemala, Moçambique, Peru e Portugal. Brasília: Ministério da Justiça, Comissão de Anistia; Portugal: Universidade de Coimbra, Centro de Estudos Sociais, 2010 e BAGGIO, Roberta Camineiro. Anistia e Reconhecimento: o processo de (des) integração social da transição política brasileira. In: PAYNE, Leigh; ABRÃO, Paulo; TORELLY, Marcelo D. *A anistia na Era da Responsabilização*: o Brasil em Perspectiva Internacional e Comparada. Brasília: Ministério da Justiça, Comissão de Anistia; Oxford: Oxford University, Latin American Centre, 2011.

A ideia de memória comporta uma série de subjetividades que a colocam em uma posição complexa de constante abertura e transformação. A memória envolve afetividades, emoções, seletividades e também interpretações. Constitui-se como memória social quando compartilhada intersubjetivamente e nem sempre está livre de divergências e versões variadas, tal qual destaca Elisabeth Jelin:

“As inscrições subjetivas da experiência não são nunca reflexos especulativos dos acontecimentos públicos, de modo que não se pode esperar encontrar uma ‘integração’ ou ‘ajuste’ entre memórias individuais e memórias públicas. Existem contradições, tensões, silêncios, conflitos, lacunas, disjunções, assim como lugares de encontro e até mesmo de ‘integração’. A realidade social é complexa, contraditória, repleta de tensões e conflitos. A memória não é uma exceção [...] Os processos de construção de memórias são abertos e ‘nunca acabados’”².

Não sem razão, o tratamento conjunto do binômio memória e verdade tem sido uma constante nos debates sobre as transições políticas. Ocorre que, em sociedades pós-conflitos que buscam a justiça transicional, a memória, considerada em toda a sua complexidade, é uma condição para o estabelecimento da verdade sobre os fatos ocorridos no passado. Não se trata de estabelecer uma verdade a qualquer preço e a qualquer custo, mas da necessidade de que existam, no espaço público, formas múltiplas e diversas de se expressar, manifestar e acessar as variadas memórias que marcam as dores e os traumas de um período de exceção. Essa acessibilidade é determinante para o aprofundamento das práticas democráticas em uma sociedade, pois possibilita o compartilhamento público e intersubjetivo e até mesmo o confronto entre as experiências dos que vivenciaram o período de exceção e as expectativas dos que não passaram pelos traumas, mas não podem fugir deles por também pertencerem à mesma comunidade política.

A memória, nessas condições de busca por justiça de transição, constitui-se como um dever: “é a justiça que, ao extrair das lembranças traumatizantes seu valor exemplar, transforma a memória em projeto; e é esse mesmo projeto de justiça que dá ao dever de memória a forma do futuro e do imperativo”³. O direito à memória e à verdade de que trata a justiça transicional é, sobretudo, a expressão última de um dever de memória que condiciona a busca pela verdade.

Duas questões principais sustentam o dever de memória. A primeira é que ele autoriza todos aqueles que vivenciaram o passado de violações a falar e a expressar seus traumas para além

2 Las inscripciones subjetivas de la experiencia no son nunca reflejos especulares de los acontecimientos públicos, por lo que no podemos esperar encontrar una “integración” o “ajuste” entre memorias individuales y memorias públicas. Hay contradicciones, tensiones, silencios, conflictos, huecos, disyunciones, así como lugares de encuentro y aun “integración”. La realidad social es compleja, contradictoria, llena de tensiones y conflictos. La memoria no es una excepción. [...] Los procesos de construcción de memorias son siempre abiertos y “nunca acabados”. JELIN, Elisabeth. *¿Quiénes? ¿Cuándo? ¿Para Qué? Actores y escenarios de las memorias*. Buenos Aires: Del Nuevo Extremo, 2009.

3 RICOEUR, Paul. *A memória, a história, o esquecimento*. Campinas: Unicamp, 2007.

de espaços privados, compartilhando suas dores e honras e, segundo, possibilita que, mesmo aqueles que não experienciaram as violações ocorridas no passado, possam também formar suas identidades cidadãs por meio da inclusão dessas memórias em suas historicidades e em seus horizontes de sentidos⁴. Vive-se, assim, a memória e não a sua experiência geradora. Especificamente para as novas gerações Elisabeth Jelin afirma que,

“Para este grupo, a memória é uma representação do passado construída como conhecimento cultural compartilhado por gerações sucessivas e por diversos/as ‘outros/as’. Na verdade, é nesse compartilhar onde a dimensão intersubjetiva e social da experiência e a memória se torna chave”⁵.

As novas gerações atribuem sentidos variados às memórias reveladas e acessíveis e, ainda que a integração entre esses sentidos não seja uma consequência necessária desse processo, há uma ação de compartilhamento de vivências e experiências geradoras, em potencial, de ações políticas transformadoras. Afinal, como defende Hannah Arendt, se radica de forma ontológica a faculdade de agir no fato do nascimento: “é o nascimento de novos seres humanos e o novo começo, a ação de que são capazes em virtude de terem nascido”⁶. Esse novo começo está sempre aberto ao compartilhamento das experiências do passado acessadas por meio da revelação das memórias.

É o direito à memória e à verdade, portanto, que guarda as possibilidades mais concretas de efetivação de identificações intergeracionais e, com elas, todas as potencialidades de transformação política e social; ainda que saibamos que o acesso à memória gera reações e posições variadas de acordo com os sentidos subjetivamente atribuídos e construídos e que, nem sempre, será integrativo em termos de (re)ações sociais.

A importância do debate geracional concentra-se no fato de que o acesso das novas gerações ao conhecimento dos fatos do passado pode constituir-se como peça imprescindível de empoderamento do processo transicional. As reivindicações por justiça adquirem um lugar de maior importância nos debates públicos quando as novas gerações também passam a defender tais demandas, agregando forças revigorantes e legitimadoras dos atos de resistência do passado. Tal legitimação decorre do fato de que as novas gerações, por meio do acesso aos mecanismos de memória, atribuem sentidos à sua própria realidade, alcançando a esfera do reconhecimento

4 GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. Petrópolis: Vozes, 2002.

5 Para este grupo, la memoria es una representación del pasado construída como conocimiento cultural compartido por generaciones sucesivas y por diversos/as “otros/as”. En verdad, es en este compartir donde la dimensión intersubjetiva y social de la experiencia y la memoria se torna clave. JELIN, Elisabeth. op. cit.

6 ARENDT, Hannah. *A condição humana*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001

das violações aos direitos humanos como atrocidades e da importância dos atos de resistência para a constituição e viabilidade de sua própria existência⁷, afinal, “somos devedores de parte do que somos aos que nos precederam”⁸.

No Brasil, recentes manifestações da juventude contra agentes torturadores do Estado à época da ditadura demonstram, na prática, essa perspectiva. O chamado Levante Popular da Juventude, “uma organização de jovens militantes voltada para a luta de massas em busca da transformação da sociedade”⁹, tem organizado diversas ações políticas, chamadas de “esculachos”, em que os jovens, somados a outras parcelas da população que se identificam com a temática, se dirigem ou às casas dos torturadores ou aos prédios que serviram de base para a tortura dos perseguidos políticos e denunciam os fatos ocorridos, tornando públicos os nomes daqueles que participaram dos crimes de lesa humanidade. O movimento do Levante Popular da Juventude já mobilizou, em um mesmo dia, onze Estados brasileiros em ações políticas contra torturadores¹⁰. A mídia tem noticiado de forma tímida os eventos, contudo, durante a Rio + 20, o movimento ganhou notoriedade mundial, quando o “esculacho” ocorreu em frente à casa do ex-torturador da ditadura militar Dulene Aleixo Garcez dos Reis, em plena Cúpula dos Povos¹¹.

Não é só a demonstração da assunção do dever de memória que impressiona nessas ações, mas principalmente o fato de que os integrantes do Levante Popular da Juventude não se dedicam apenas a essa causa sobre direitos humanos, mas muitas outras como homofobia, exploração dos trabalhadores, educação e acesso à cultura¹². Ou seja, a pauta da justiça de transição contribui para dar sentido e materialidade à realidade da qual fazem parte hoje. Esse é o tipo de legitimação que mais agrega valor aos atos de resistência daqueles que decidiram lutar contra um regime de exceção porque vai além da percepção de que os perseguidos políticos foram apenas vítimas do Estado opressor, colocando-os em uma condição de identificação, já que esses jovens também estão escolhendo a mesma via da ação política

7 A abordagem da justiça de transição pela ótica da teoria do reconhecimento foi desenvolvida anteriormente em dois artigos: BAGGIO, Roberta Camineiro. Justiça de Transição como Reconhecimento: limites e possibilidades do processo brasileiro. In: SANTOS, Boaventura de Sousa; ABRÃO, Paulo; MACDOWELL, Cecília; TORELLY, Marcelo (org.) *Repressão e Memória Política no Contexto Ibero-Americano: estudos sobre Brasil, Guatemala, Moçambique, Peru e Portugal*. Brasília/ Coimbra: Ministério da Justiça/ Centro de Estudos Sociais da Universidade de Coimbra, 2010. pp. 260-283 e BAGGIO, Roberta Camineiro. Anistia e Reconhecimento: o processo de (des) integração social da transição política brasileira. In: PAYNE, Leigh A.; ABRÃO, Paulo; TORELY, Marcelo. *A anistia na era da responsabilização: o Brasil em perspectiva internacional e comparada*. Brasília: Ministério da Justiça, Comissão de Anistia; Oxford: Oxford University, Latin American Centre, 2011. pp. 250-277.

8 RICOEUR, Paul. *A memória, a história, o esquecimento*. Campinas: Unicamp, 2007.

9 Disponível em: <http://levante.org.br/wp/quem-somos/>, acesso em 03.07.2012.

10 Disponível em: <http://levante.org.br/wp/balanco-levante-mobiliza-11-estados-contra-torturadores/>, acesso em 03.07.2012.

11 Disponível em: <http://levante.org.br/wp/aqui-mora-um-torturador-esculachamos-ex-torturador-dulene-aleixo-garcez-dos-reis/>, acesso em 03.07.2012.

12 Disponível em: <http://levante.org.br/wp/carta-compromisso/>, acesso em 03.07.2012.

para tentar transformar a realidade do presente. A maior das formas de reconhecimento acerca da legitimidade dos atos de resistência contra a ditadura no Brasil é a expressão da juventude nas ruas, protestando em ação política contra a impunidade dos perpetradores das violações aos direitos humanos. Essa juventude que, sem depender do Estado, estabelece sua luta no campo das disputas valorativas sobre o sentido do passado e suas repercussões no presente.

Ao vivenciar as oportunidades de acesso à memória, as novas gerações assumem a luta por justiça contra as violações do passado e se colocam ao lado dos que optaram por resistir a um Estado opressor, praticando o ideal de alteridade em colocar-se ao lado do outro. Paul Ricoeur identifica esse processo como a assunção de uma dívida que é necessariamente herdada e que precisa ser inventariada entre todos. Isso só se viabiliza a partir de uma justiça “voltada para o outrem”:

[...] a justiça constitui o componente de alteridade de todas as virtudes que ela arranca do curto-circuito entre si mesmo e si mesmo. O dever de memória é o dever de fazer justiça, pela lembrança, a um outro que não o si¹³.

Não se trata apenas de olhar para o passado, mas para o futuro também. O cenário mais desalentador para uma sociedade que busca um processo de aprofundamento democrático, posterior a um período de exceção, é não permitir modos de acessibilidade às memórias, impedindo que as gerações que não passaram pelas violações aos direitos humanos atribuam algum sentido a esse passado. Em uma situação como essa, não há sequer conflitividade, há apenas um vazio de memória impeditivo da “experenciação” democrática do confronto. O encontro geracional pelo acesso às memórias, portanto, é ponto central para o desenvolvimento das medidas próprias da chamada justiça de transição. Nesse aspecto, Paul Ricoeur afirma que “os mundos dos predecessores e dos sucessores se estendem nas duas direções do passado e do futuro, da memória e da expectativa, esses traços notáveis do viver juntos decifrados no fenômeno da contemporaneidade” conduzem à produção da ação humana no espaço vivo da cultura¹⁴.

Em transições políticas como a vivida pelo Brasil, em que já se passaram mais de vinte anos da abertura do regime e os mecanismos da justiça de transição ainda não alcançaram sua plenitude, proporcionar os encontros geracionais é uma exigência. O acesso às memórias em cenários como o nosso torna-se imprescindível para que as gerações presentes possam optar

13 RICOEUR, Paul. *A memória, a história, o esquecimento*. Campinas: Unicamp, 2007.

14 RICOEUR, Paul. *A memória, a história, o esquecimento*. Campinas: Unicamp, 2007.

não só politicamente pela democracia em que anseiam viver, como também assumir o dever de responsabilidade, conjuntamente com os seus predecessores, em relação aos atos do passado, participando da definição sobre como devem ser enfrentados, consubstanciando a figura do inventário referenciada anteriormente por Ricoeur.

A recente instauração de uma Comissão da Verdade em nosso país pode levar à ilusão de que só agora tivéssemos começado a nos preocupar com as questões de memória e, portanto, a sociedade brasileira só passaria, então, a ter acesso ao direito à memória e à verdade sobre os fatos ocorridos durante o regime de exceção. A luta pela memória no Brasil, contudo, é muito mais complexa e longínqua. A Comissão da Verdade terá o papel fundamental de produzir um relatório oficial do Estado brasileiro sobre as violações aos direitos humanos ocorridas no passado e, para tanto, poderá valer-se de todo acúmulo histórico tanto das iniciativas sociais quanto das Comissões de reparação instauradas no país¹⁵. Esse fato evidenciado por Abrão e Torelly levou os autores a afirmar que

[...] atualmente, alguns dos mais ricos acervos de arquivos da repressão encontram-se sob posse das comissões de reparação, que têm colaborado para a construção da verdade histórica pelo ponto de vista dos perseguidos políticos. A propósito, não fosse o trabalho das Comissões de Reparação criadas no governo Fernando Henrique Cardoso, não se teriam muitas das informações já disponíveis sobre a história da repressão¹⁶.

Importa frisar, no tocante a essa questão, que a luta pela memória e verdade no Brasil coaduna-se com a luta pela anistia, o que, inclusive permitiu um processo de ressignificação sobre seu sentido etimológico. Se, sob o ponto de vista etimológico, a palavra anistia significa esquecimento, a luta pela anistia no Brasil foi impulsionada pela organização da sociedade civil que, já em 1975, contava com o Movimento Feminino pela Anistia (MFPA), posteriormente fortalecido pelo surgimento, a partir de 1978, dos Comitês Brasileiros pela Anistia (CBAs)¹⁷ e, também, pela greve de fome organizada pelos presos políticos em 1979, que demandava a anistia ampla, geral e irrestrita¹⁸, Abrão e Torelly contribuem no sentido de demarcar

15 Uma importante reflexão sobre o exercício do direito à verdade por comissões pode ser encontrada em: MELO, Carolina de Campos. *Nada além da verdade? A consolidação do direito à verdade e seu exercício por comissões e tribunais*. 2012. Tese (Doutorado em Direito Internacional). Faculdade de Direito, Universidade do estado do Rio de Janeiro – UERJ, Direito, 2012.

16 ABRÃO, Paulo; TORELLY, Marcelo. *A justiça de transição no Brasil: a dimensão da reparação*. Brasília/ Coimbra: Ministério da Justiça/ Centro de Estudos Sociais da Universidade de Coimbra, 2010.

17 RODEGHERO, Carla Simone; DIENSTMANN, Gabriel; TRINDADE, Tatiana. *Anistia ampla, Geral e Irrestrita: história de uma luta inconclusa*. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2011.

18 VIANA, Gilney A.; CIPRIANO, Perly. *Fome de Liberdade*. Vitória: Fundação Ceciliano Abel de Almeida, 1992.

[...] que já de muito foi superada a ideia de que “anistia” significa “esquecimento,” tanto na sociedade civil, que consigna no movimento de luta pela anistia o início do processo de redemocratização brasileira, quanto nos debates legislativos e ações do Executivo, que passaram a tratar a “anistia brasileira” ou como ato de reconciliação (legislativo) ou de pedido de desculpas oficiais do Estado pelos erros que cometeu (executivo)¹⁹.

Ainda que o projeto de lei de anistia aprovado não tenha sido o reivindicado pela sociedade, para esses movimentos organizados da sociedade, representou a possibilidade concreta de dar início ao processo de luta pela justiça de transição no Brasil, tendo como uma das metas naturais o esclarecimento dos atos de terrorismo praticados pelo Estado. Os atores envolvidos nesse período histórico continuaram sua luta, agregando uma série de outros novos atores, como a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), a Associação Brasileira de Imprensa (ABI) e a Conferência Nacional dos Bispos do Brasil (CNBB)²⁰, constituindo-se, nos dizeres de Elisabeth Jelin, como verdadeiros “empreendedores de memória”. A autora utiliza essa expressão para designar os agentes sociais que mobilizam suas energias em função das lutas por memória ou, ainda, pela efetivação do direito à memória e à verdade²¹. A construção da memória das vítimas, em um cenário como o brasileiro, é uma tarefa árdua, já que não há o reconhecimento por parte dos agentes estatais, perpetradores das violações aos direitos humanos, sobre seus atos. Como já dito anteriormente, no Brasil, esse trabalho tem sido executado pelas Comissões de reparação. Contudo, como permitir que essas memórias estejam disponíveis e acessíveis publicamente? Como viabilizar que, sobretudo, as novas gerações tenham o direito de atribuir seus próprios sentidos na busca pela construção das memórias acerca da ditadura civil-militar que assolou o país? Nesse quesito, destaca Elisabeth Jelin que,

“A imposição e a transformação de sentidos nunca são automáticos ou produto do azar, mas da ação e vontade humana. Implicam sempre a presença de empreendedores de memória, de sujeitos ativos em um cenário político do presente, que em seu acionar o ligam com o passado (homenagear as vítimas) e o futuro (transmitir mensagens às novas gerações)”²².

19 ABRÃO, Paulo; TORELLY, Marcelo. *A justiça de transição no Brasil: a dimensão da reparação*. Brasília/Coimbra: Ministério da Justiça/Centro de Estudos Sociais da Universidade de Coimbra, 2010.

20 RODEGHERO, Carla Simone; DIENSTMANN, Gabriel; TRINDADE, Tatiana. *Anistia ampla, Geral e Irrestrita: história de uma luta inconclusa*. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2011.

21 JELIN, Elisabeth. *¿Quiénes? ¿Cuándo? ¿Para Qué? Actores y escenarios de las memorias*. Buenos Aires: Del Nuevo Extremo, 2009.

22 El otorgamiento y la transformación de sentidos nunca son automáticos o producto del azar, sino de la agencia y la voluntad humana. Implican siempre la presencia de emprendedores de memoria, de sujetos activos en un escenario político del presente, que en su acionar lo ligan con el pasado (rendir homenaje a víctimas) y el futuro (transmitir mensajes a las “nuevas generaciones”). JELIN, Elisabeth. *¿Quiénes? ¿Cuándo? ¿Para Qué? Actores y escenarios de las memorias*. Buenos Aires: Del Nuevo Extremo, 2009.

Mais do que compilar e disponibilizar publicamente as memórias, como já fazem as Comissões de Reparação no Brasil, e como fará a Comissão da Verdade, o Estado pode e deve incentivar as iniciativas dos empreendedores de memória para que elas possam se ampliar e se multiplicar no âmbito social.

A sociedade brasileira não carece de atores sociais empenhados na luta pela memória e verdade sobre o período de exceção. As vítimas são os empreendedores de memória protagonistas desse processo. Os grupos de familiares de mortos e desaparecidos políticos, as associações de defesa de perseguidos políticos ou os grupos Tortura Nunca Mais cumprem um papel de destaque nas reivindicações por memória e justiça no Brasil. A eles somam-se as entidades de defesa dos direitos humanos e todos os demais atores sociais que, ao se identificarem com a causa dos direitos humanos, também passaram a engrossar as fileiras da luta por justiça de transição no Brasil, como sindicatos, associações profissionais, professores, artistas e estudantes, a exemplo das já comentadas ações do Levante Popular da Juventude.

Se, por um lado, as vítimas protagonizam inicialmente as iniciativas por memória por representarem a experiência materializada das violações, o apoio dos demais atores que assumem a causa também os coloca na condição de empreendedores de memória, reforçando e legitimando a luta por justiça de transição, que passa a ter destaque na pauta pública, como o “esculacho” que aconteceu a partir da organização da juventude durante a Rio +20 contra um torturador, que acabou ganhando espaço não apenas na mídia nacional, mas também internacional. Nesse sentido, não existem “donos da memória”, mas atores sociais que, tendo ou não experienciado as violações aos direitos humanos, comprometem-se com sua denúncia pública de tal forma que as lutas que envolvem a busca por justiça de transição extrapolam a experiência pessoal, constituindo-se como uma questão democrática mais ampla de cidadania²³.

O Estado, nesse cenário, cumpre um papel estratégico, não só porque a ele se direciona o conjunto de demandas reparatorias, por justiça e por verdade, mas também porque possui as condições necessárias de disseminação das questões de memória, impulsionando ainda mais a capacidade de mobilização pública em torno do tema. O que mais importa destacar, nesse

23 JELIN, Elisabeth. *¿Quiénes? ¿Cuándo? ¿Para Qué? Actores y escenarios de las memorias*. Buenos Aires: Del Nuevo Extremo, 2009.

âmbito, não é tanto o papel de agente receptor das memórias, mas o de difusor dessas por meio de políticas públicas voltadas à articulação dos empreendedores sociais.

Mais do que compilar e disponibilizar publicamente as memórias, como já fazem as Comissões de Reparação no Brasil, e como fará a Comissão da Verdade, o Estado pode e deve incentivar as iniciativas dos empreendedores de memória para que elas possam se ampliar e se multiplicar no âmbito social, sob pena de, como afirmou Elisabeth Jelin, o Estado acabar optando por uma política de memória de omissão, já que, como a ele são direcionadas as demandas de muitos dos empreendedores, sua omissão também se torna a expressão de uma política de memória que, no Brasil, poderia representar a busca por esquecimento²⁴. Isto porque, como já dito anteriormente, na sociedade brasileira, há diversas disputas por memória sobre o período da ditadura civil-militar, algumas das quais se direcionam ao discurso do esquecimento, como é exemplo a decisão do ministro relator do STF na ADPF 153²⁵, em que a pseudoconstatação de um pacto político ocorrido entre os defensores e opositores do regime é colocada como principal argumento impeditivo da responsabilização dos perpetradores dos crimes de lesa humanidade praticados pelos agentes do Estado brasileiro.

Como se torna explícito, no Brasil, quando se fala acerca do papel do Estado na condução das medidas de justiça transicional, há que se destacar a resistência do Poder Judiciário em cumprir o seu papel²⁶, uma vez que nem mesmo mediante a condenação do Brasil na Corte Interamericana de Direitos Humanos, no caso popularmente conhecido como Guerrilha do Araguaia, o Poder Judiciário demonstra abertura suficiente para o julgamento e a responsabilização dos agentes violadores dos direitos humanos durante a ditadura civil-militar.

Por outro lado, outros poderes do Estado têm buscado alcançar medidas transicionais que têm impulsionado internamente a colocação da justiça de transição na centralidade da pauta política do país. Se assim não o fosse, não teríamos tido sucesso nas reivindicações por uma Comissão da Verdade. Contudo, não é essa iniciativa por memória que se pretende analisar nesse texto, mas sim outra importante iniciativa na seara das políticas públicas de memória empreendida pela Comissão de Anistia do Ministério da Justiça, chamada de Projeto Marcas da Memória, que busca realizar principalmente o papel estatal de articulação das iniciativas sociais em prol do direito à memória e à verdade no Brasil.

24 JELIN, Elisabeth. *¿Quiénes? ¿Cuándo? ¿Para Que? Actores y escenarios de las memorias*. Buenos Aires: Del Nuevo Extremo, 2009.

25 Uma excelente análise sobre o julgamento da ADPF 153 pode ser encontrada em: SILVA FILHO, José Carlos Moreira da. O julgamento da ADPF 153 pelo Supremo Tribunal Federal e a Inacabada Transição Democrática Brasileira. In: PIOVESAN, Flávia; SOARES, Inês Virgínia Prado (coords.). *Direito ao Desenvolvimento*. São Paulo: Fórum, 2010.

26 Uma das explicações para a postura do Poder Judiciário no Brasil pode ser creditada à postura de apoio dada por esse Poder ao governo ditatorial. Uma análise mais profunda sobre o papel desempenhado pelo Poder Judiciário brasileiro encontra-se em: PEREIRA, Anthony W. *Ditadura e Repressão: o autoritarismo e o estado de direito no Brasil, no Chile e na Argentina*. São Paulo: Paz e Terra, 2010.



2. O PROJETO MARCAS DA MEMÓRIA DA COMISSÃO DE ANISTIA: POLÍTICA PÚBLICA A SERVIÇO DA JUSTIÇA DE TRANSIÇÃO NO BRASIL

O Projeto Marcas da Memória é uma política pública construída no espaço de atuação da Comissão de Anistia do Ministério da Justiça. Como o próprio documento de justificativa de um dos editais do projeto destaca, seu objetivo é expandir a dimensão da

[...] reparação individual em um processo de reflexão e aprendizado coletivo, fomentando iniciativas locais, regionais e nacionais que permitam àqueles que viveram um passado sombrio, ou que a seu estudo se dedicaram, dividir leituras de mundo que permitam a reflexão crítica sobre um tempo que precisa ser lembrado e abordado sob os auspícios democráticos²⁷.

Ou seja, a Comissão de Anistia – nascida de um dos principais marcos legais do sistema de reparações brasileiro, a Lei 10.559/02 – no sentido de complementar sua atuação na seara reparatória, instituiu uma política pública que, para além dos tradicionais julgamentos dos requerimentos de anistia que analisam individualmente a caracterização, ou não, da perseguição política por parte do Estado brasileiro, passa a estabelecer parcerias com a sociedade civil, com o intuito de incentivar a ampliação das práticas de acesso à memória e à verdade no Brasil, buscando atingir, assim, uma dimensão coletiva da reparação.

O projeto está dividido em cinco eixos. O primeiro é o da promoção de audiências públicas voltadas a duas finalidades primordiais. A primeira, a de servir como um espaço de “escuta pública dos perseguidos políticos”²⁸ em que os protagonistas das perseguições do Estado ditatorial podem afirmar e reafirmar publicamente suas memórias e versões sobre os fatos ocorridos. Essas audiências são chamadas de “sessões temáticas”, ocorrem desde o ano

²⁷ Disponível em: <http://portal.mj.gov.br/anistia/data/Pages/MJ674805E8ITEMIDC937AFD7A79B46F1A172667322FB5A22PTBRIE.htm>
Acesso em: 17.05.12.

²⁸ Disponível em: <http://portal.mj.gov.br/anistia/data/Pages/MJ674805E8ITEMIDC937AFD7A79B46F1A172667322FB5A22PTBRIE.htm>
Acesso em: 17.05.12.

2008, e têm servido como um importante espaço, principalmente destinado às categorias de trabalhadores perseguidos políticos, para que possam, a partir de suas memórias, contribuir com o esclarecimento das circunstâncias políticas e sociais que ensejaram suas perseguições e, até mesmo, demissões arbitrárias²⁹. A segunda, é a de publicamente debater e refletir sobre as responsabilidades e os deveres de todos aqueles que, no presente, convivem em um Estado de Direito que garante o qualificativo constitucional de democrático, mas que ainda passa por todas as tensões próprias de um processo incompleto de transição. O aprofundamento político da reflexão sobre essa tensão legitimadora é um contributo importante ao exercício da democracia porque permite ressignificar, sob o ponto de vista das responsabilidades públicas, os papéis sociais daqueles que possuem laços de pertencimento à mesma comunidade política. Duas audiências já ocorreram para buscar esse objetivo: uma, no ano de 2008, no próprio Ministério da Justiça, sobre as possibilidades jurídicas de responsabilização dos torturadores e, a outra, no Rio de Janeiro, em 2010, sobre o regime jurídico do anistiado político militar³⁰.

O segundo eixo é o da história oral e consiste na execução de entrevistas com perseguidos políticos “baseadas em critérios teórico-metodológicos próprios da história oral”³¹. Esse eixo tem sido desenvolvido com o apoio financeiro do Conselho Federal Gestor do Fundo de Defesa de Direitos Difusos (CFDD) e em parceria com três Universidades Federais brasileiras: a de Pernambuco, a do Rio de Janeiro e a do Rio Grande do Sul. O projeto encontra-se na fase final e conta com “108 entrevistas – gravadas, filmadas e transcritas – de pessoas que vivenciaram histórias atreladas à resistência nos períodos de ditadura e foram contemplados pela Lei 10.559/02”³², ou seja, fazem parte do rol de perseguidos políticos incluídos na dimensão reparatoria da lei de anistia brasileira.

O terceiro eixo trata das publicações que a Comissão da Anistia tem organizado com vistas à máxima divulgação da temática. Trata-se de investir tanto na ampliação do acesso aos debates teóricos sobre a justiça de transição como também nas memórias dos perseguidos políticos, por isso todos os livros estão disponíveis virtualmente e têm a sua distribuição gratuita. Até hoje, foram publicados as seguintes obras: “Anais do Seminário Luso-Brasileiro sobre Repressão e Memória Histórica” (2009); “Anais do Seminário Internacional sobre Anistias na Era da Responsabilização” (2010); “68 a geração que queria mudar o mundo: relatos” (2011), elaborado pelo Grupo Amigos

29 Disponível em: <http://portal.mj.gov.br/anistia/data/Pages/MJ674805E8ITEMIDC937AFD7A79B46F1A172667322FB5A22PTBRIE.htm>
Acesso em: 17.05.12.

30 Disponível em: <http://portal.mj.gov.br/anistia/data/Pages/MJ674805E8ITEMIDC937AFD7A79B46F1A172667322FB5A22PTBRIE.htm>
Acesso em: 17.05.12.

31 Disponível em: <http://portal.mj.gov.br/anistia/data/Pages/MJ674805E8ITEMIDC937AFD7A79B46F1A172667322FB5A22PTBRIE.htm>
Acesso em: 17.05.12.

32 Disponível em: <http://portal.mj.gov.br/anistia/data/Pages/MJ674805E8ITEMIDC937AFD7A79B46F1A172667322FB5A22PTBRIE.htm>
Acesso em: 17.05.12.

de 68 com escritos de 100 perseguidos políticos³³e, por fim, o mais recente livro publicado em três línguas (português, inglês e espanhol) com o objetivo de compartilhar as experiências transicionais da América Latina: “Justiça de Transição – Manual para a América Latina”, lançado em junho de 2012 em parceria com o Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD), a Agência Brasileira de Cooperação do Ministério das Relações Exteriores (ABC/MRE) e o Centro Internacional para a Justiça de Transição (ICTJ).

O quarto eixo é a implementação de núcleos de assistência às vítimas e testemunhas. As ações que envolvem esse eixo são iniciativas inéditas no Brasil e consistem em possibilitar o acompanhamento psíquico às vítimas de violência do Estado. No mês de julho de 2012, a Comissão de Anistia lançou um edital disponibilizando cerca de R\$ 2 milhões para o desenvolvimento do projeto intitulado “Clínicas do Testemunho” que tem como meta selecionar entidades da sociedade civil que consigam de maneira integrada alcançar quatro objetivos: (1) a atenção às vítimas de violência do Estado; (2) a capacitação de profissionais da área da psicologia para atendimento específico e direcionado dessas vítimas; (3) a constituição de marcos metodológicos ou estratégias de abordagem sobre os contextos de violência que envolvem as vítimas do Estado e (4) a criação de uma rede social sobre o tema. A previsão de início dos trabalhos é no começo do ano de 2013 e as entidades sem fins lucrativos e as Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público (OSCIP’s) contempladas pelo edital receberão até R\$ 600.000,00 e terão até dois anos para desenvolver seus projetos³⁴.

Se, por um lado, essa experiência impulsiona o sistema reparatório brasileiro a alcançar um nível de completude muito maior do que hoje, que trata basicamente da reparação moral e pecuniária, por outro, poderá contribuir enormemente para a reconstituição das subjetividades integrativas das vítimas das violações aos direitos humanos, promovida pelo próprio Estado.

O quinto eixo trata das chamadas públicas de fomento às iniciativas da sociedade civil. Por meio de editais públicos, a Comissão de Anistia abre espaço para que entidades sem fins lucrativos apresentem seus projetos “destinados à ampliação do impacto social das políticas públicas de preservação, divulgação e formação da memória da Anistia Política e do processo de Justiça de Transição no Brasil, inclusive do acervo material e imaterial da Comissão de Anistia”³⁵. O último edital lançado dividiu a possibilidade de apresentação dos projetos em três linhas: (1) Preservação da memória e de acervos materiais e imateriais, públicos e privados acessíveis ao

33 Disponível em: <http://portal.mj.gov.br/anistia/data/Pages/MJ674805E8ITEMIDC937AFD7A79B46F1A172667322FB5A22PTBRIE.htm> Acesso em: 17.05.12.

34 Disponível em: <http://portal.mj.gov.br/anistia/data/Pages/MJ674805E8ITEMIDC937AFD7A79B46F1A172667322FB5A22PTBRIE.htm> Acesso em: 17.05.12.

35 Disponível em: <http://portal.mj.gov.br/data/Pages/MJ20BF8FDBITEMIDDB66A11972EE4432A7654440E32B2B6CPTBRIE.htm> Acesso em: 17.05.12.

público em geral, ligados a perseguições políticas ocorridas no Brasil no período compreendido pela Lei nº 10.559, de 13 de novembro de 2002 (1946 a 1988); (2) Divulgação e difusão de informações relacionadas às perseguições políticas e aos processos de justiça transicional referentes à democratização no Brasil, com especial ênfase no trabalho da Comissão de Anistia do Ministério da Justiça; (3) Formação científica, acadêmica e social acerca dos temas da Anistia Política e Justiça de Transição no Brasil³⁶.

Já foram realizadas duas chamadas públicas nos anos de 2010 e 2011, respectivamente. A terceira chamada está na fase de escolha dos projetos. O edital ofereceu apoio financeiro entre R\$ 30.000,00 e R\$ 600.000,00 para cada projeto, sendo que os projetos deverão ser desenvolvidos ao longo do ano de 2013, com duração máxima de 12 meses, iniciando obrigatoriamente no dia 01.01.2013³⁷. Na primeira chamada, foram contemplados 19 projetos que englobaram a produção de documentários, exposições culturais itinerantes, peça teatral apresentada em várias cidades brasileiras, publicações de livros e cartilhas didáticas, palestras e oficinas direcionadas ao público de movimentos sociais, escolas de ensino médio e entidades de defesa dos direitos humanos. Os resultados³⁸ impressionam. Só para citar alguns exemplos: o documentário produzido pelo Movimento Tortura Nunca Mais de Pernambuco, intitulado “Vou contar para meus filhos”, foi exibido em várias cidades brasileiras e também no Canadá e em Portugal. Mais de 2.500 pessoas assistiram. A peça teatral “Filha da Anistia”, da Associação de Pesquisadores Sem Fronteira, foi apresentada 27 vezes em seis cidades brasileiras, atingindo um público de quase 3.000 pessoas. A palestra musical “Resistir é preciso” e as oficinas de debate sobre a criação de centros culturais de direitos humanos para a paz, organizadas pela Sociedade Direitos Humanos para a Paz (DHPAZ), foram apresentadas 28 vezes em universidades do Paraná e contribuíram com a criação de 28 centros para a paz em comunidades escolares do mesmo Estado. Mais de 6.000 pessoas participaram das palestras. A exposição Sala Escura da Tortura, do Instituto Frei Tito de Alencar, foi exposta em cinco cidades, visitada por mais de 2.500 pessoas e contou com sete obras de quatro artistas plásticos internacionais sobre o tema das violações aos direitos humanos.

O segundo edital contou com a aprovação de 40 projetos que trataram de conservação de documentos, elaboração de pesquisas empírico-teóricas, exposições, publicação de livros, restauração de filmes sobre o regime militar, produção de documentários, peças teatrais e exibição de documentários sobre a ditadura. Os resultados ainda não foram sistematizados, até porque muitos projetos ainda estão em andamento.

³⁶ Disponível em: <http://portal.mj.gov.br/data/Pages/MJ20BF8FDBITEMIDDB66A11972EE4432A7654440E32B2B6CPTBRIE.htm> Acesso em: 17.05.12.

³⁷ Disponível em: <http://portal.mj.gov.br/data/Pages/MJ20BF8FDBITEMIDDB66A11972EE4432A7654440E32B2B6CPTBRIE.htm> Acesso em: 17.05.12.

³⁸ Os resultados da execução dos projetos contemplados no primeiro edital do Projeto Marcas da Memória foram fornecidos pela Coordenação de Políticas de Justiça de Transição e Memória Histórica da Comissão de Anistia do Ministério da Justiça.

A principal qualidade dessa política pública, em especial das chamadas públicas, é o seu efeito multiplicador. Mesmo que se pense que o número de atingidos ainda é muito pequeno em relação à população brasileira como um todo, os efeitos de enraizamento do debate sobre a justiça de transição e a replicação dos avanços dos processos de construção de memória a outros públicos estabelece possibilidades concretas de avanços no campo das medidas transicionais. Na realidade, o que se produz em projetos desse tipo pode alcançar resultados incalculáveis, uma vez que o Estado não se limita a dar apoio aos empreendedores de memória já existentes na sociedade, mas a fomentar uma ampliação na produção de novos atores comprometidos com as lutas por justiça de transição.

A parceria com a sociedade civil impulsiona a capacidade de pulverização social da temática, atingindo um público infinitamente maior do que o Estado teria condições de fazer sem o apoio de todos esses empreendedores de memória. O projeto Marcas da Memória demonstra que a parceria entre Estado e sociedade civil é, na verdade, uma condição para as ações que envolvem as questões do dever de memória. Para Elisabeth Jelin, quando se trata de políticas de memória e verdade,

“[...] não há uma divisão do trabalho entre o Estado e a sociedade, no sentido de que a justiça institucional é uma tarefa do Estado e da memória simbólica está nas mãos da sociedade. Ao contrário, em todos os âmbitos em que se colocam as questões ligadas ao passado, tanto atores estatais como sociais entram em cena”³⁹.

Mais uma grande chave de compreensão das potencialidades dessa política pública está na sua capacidade em promover encontros geracionais. Esses encontros não são necessariamente físicos, entre perseguidos políticos e novas gerações, mas por meio de acesso a memórias apresentadas por diversos meios culturais que possibilitam o desencadeamento de processos, tanto subjetivos como coletivos, de construção de sentidos históricos em relação ao período ditatorial vivido no país. As identidades geracionais viabilizam-se de modo que os reflexos do passado possam ser percebidos no presente e as opções políticas sobre esse mesmo presente e também sobre o futuro possam ser pensadas no horizonte valorativo da incondicionalidade da defesa dos direitos humanos. Nesse sentido, como muito bem ressaltou Moreira Filho

É condição indispensável para uma sociedade mais justa e madura que ela seja capaz de rememorar a sua história, vivendo uma experiência que a sensibilize, que a faça sentir na pele o paradoxo do testemunho, que aguce os seus sentidos para

39 [...] no hay una división del trabajo entre el Estado y la sociedad, en el sentido de que la justicia institucional es una tarea del Estado y la memoria simbólica está en manos de la sociedad. Más bien, en todos los ámbitos en que se plantean las cuestiones ligadas al pasado, tanto actores estatales como sociales entran en escena. JELIN, Elisabeth. *¿Quiénes? ¿Cuándo? ¿Para Qué? Actores y escenarios de las memorias*. Buenos Aires: Del Nuevo Extremo, 2009.

o murmúrio das vítimas, que a ajude a congelar o tempo linear na irrupção de um instante, no qual lampeja o vislumbre de um futuro. Um futuro apoiado no esforço presente de ressignificação do passado na abertura do espaço para a intervenção política, capaz de tecer e concretizar planos para um futuro no qual nada se perca⁴⁰.

Por fim, outra questão extremamente relevante que permeia a execução dessa política pública é a sua pluralidade democrática, colocando o Estado em uma condição de articulador de projetos de memória. Ou seja, ao invés de integrar disputas por memórias, o Estado incentiva a divulgação e a publicização das memórias que estão difusas e dispostas entre os atores sociais, garantindo um tratamento isonômico e de igual consideração a todos aqueles que assumem suas responsabilidades perante a causa da justiça transicional no Brasil. O resultado é um leque amplo de iniciativas culturais inovadoras e criativas, com abrangências ímpares, que só potencializam e expandem o acesso ao direito e à memória e à verdade em nosso país.

3. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os desafios transicionais no Brasil passam, sobretudo, pela necessidade de priorizar, no curso do processo de aprofundamento de nossa democracia, os marcos de uma temática que sempre sofreu em nossa história política e jurídica o mal da escassez: a defesa dos direitos humanos.

O acesso às memórias sobre os fatos recentes do passado que envolvem a violação aos direitos humanos por parte do próprio Estado brasileiro é uma das formas privilegiadas de compreensão dos limites da democracia brasileira, mas também e, principalmente, da construção de identidades políticas a partir de encontros geracionais.

Essas memórias são construídas, mantidas, defendidas ou simplesmente explicitadas por vários atores sociais, denominados por Elisabeth Jélin de empreendedores de memórias. O Estado, por sua vez, constitui-se como um espaço privilegiado de direcionamento de demandas transicionais, podendo cumprir um papel central na implementação de políticas de memórias. Tais políticas podem se concentrar nas tarefas de levantamento, conservação e divulgação dos fatos ocorridos por meio de Comissões de Verdade ou, como também no caso do Brasil, de suas Comissões de Reparação, mas também podem extrapolar tal perspectiva em busca de resultados capazes de potencializar processos de expansão dessas memórias, de forma que atinjam o maior contingente possível de subjetividades.

⁴⁰ Dever de Memória e a Construção da História Viva: a atuação da Comissão de Anistia do Brasil na concretização do direito à memória e à verdade. In: SANTOS, Boaventura de Sousa; ABRÃO, Paulo; MACDOWELL, Cecília; TORELLY, Marcelo (org.) *Repressão e Memória Política no Contexto Ibero-Americano: estudos sobre Brasil, Guatemala, Moçambique, Peru e Portugal*. Brasília/ Coimbra: Ministério da Justiça/ Centro de Estudos Sociais da Universidade de Coimbra, 2010. p. 224.



A política pública analisada nesse texto reflete exatamente essa última perspectiva, ou seja, o Projeto Marcas da Memória constitui-se a partir da articulação estatal dos diversos atores sociais comprometidos com a luta pela memória, abrindo possibilidades concretas de divulgação e acesso às variadas formas de efetivação do direito à memória e à verdade. A Comissão de Anistia, dentro de seu dever de implementar e aprofundar o sistema de reparações no Brasil instituiu, por meio desse projeto, um modelo reparatório que consegue se aperfeiçoar porque extrapola a subjetividade de cada perseguido político, alcançando uma dimensão reparatória coletiva.

Contudo, até mesmo pela complementaridade entre as dimensões transicionais, os resultados dessa política pública vão além de um debate sobre o sistema reparatório *stricto sensu* e, ao estabelecer critérios públicos que priorizam a pluralidade cultural e os encontros geracionais, acaba por potencializar a sociedade para o enfrentamento do tema das violações aos direitos humanos, constituindo-se como autêntico processo de empoderamento democrático das lutas por justiça de transição no Brasil.

REFERÊNCIAS

ABRÃO, Paulo; TORELLY, Marcelo. A justiça de transição no Brasil: a dimensão da reparação. In: SANTOS, Boaventura de Sousa; ABRÃO, Paulo; MACDOWELL, Cecília; TORELLY, Marcelo (org.) *Repressão e Memória Política no Contexto Ibero-Americano: estudos sobre Brasil, Guatemala, Moçambique, Peru e Portugal*. Brasília/ Coimbra: Ministério da Justiça/ Centro de Estudos Sociais da Universidade de Coimbra, 2010. pp. 26-59.

ARENDRT, Hannah. *A condição humana*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001.

_____. *Responsabilidade e Julgamento*. São Paulo: Companhia das Letras, 2004.

BAGGIO, Roberta Camineiro. Justiça de Transição como Reconhecimento: limites e possibilidades do processo brasileiro. In: SANTOS, Boaventura de Sousa; ABRÃO, Paulo; MACDOWELL, Cecília; TORELLY, Marcelo (org.) *Repressão e Memória Política no Contexto Ibero-Americano: estudos sobre Brasil, Guatemala, Moçambique, Peru e Portugal*. Brasília/ Coimbra: Ministério da Justiça/ Centro de Estudos Sociais da Universidade de Coimbra, 2010. pp. 260-283.

BAGGIO, Roberta Camineiro. Anistia e Reconhecimento: o processo de (des)integração social da transição política brasileira. In: PAYNE, Leigh A.; ABRÃO, Paulo; TORELLY, Marcelo. *A anistia na era da responsabilização: o Brasil em perspectiva internacional e comparada*. Brasília: Ministério da Justiça, Comissão de Anistia; Oxford: Oxford University, Latin American Centre, 2011. pp. 250-277.

COMISSÃO DE ANISTIA. Edital da Terceira Chamada Pública do Projeto Marcas da Memória da Comissão de Anistia. Brasília, maio de 2012. Disponível em: <http://portal.mj.gov.br/data/Pages/MJ20BF8FDBITEMIDDB66A11972EE4432A7654440E32B2B6CPTBRIE.htm>

GADAMER, Hans-Georg. Verdade e método: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Petrópolis: Vozes, 2002.

JELIN, Elisabeth. ¿Quiénes? ¿Cuándo? ¿Para Qué? Actores y escenarios de las memorias. In: VINYES, Ricard (ed.) *El Estado y la memoria: gobiernos y ciudadanos frente a los traumas de la historia*. Buenos Aires: Del Nuevo Extremo, 2009. pp. 67-116.

MELO, Carolina de Campos. Nada além da verdade? A consolidação do direito à verdade e seu exercício por comissões e tribunais. 2012. Tese (Doutorado em Direito Internacional). Faculdade de Direito, Universidade do estado do Rio de Janeiro – UERJ, Direito, 2012.

PEREIRA, Anthony W. *Ditadura e Repressão: o autoritarismo e o estado de direito no Brasil, no Chile e na Argentina*. São Paulo: Paz e Terra, 2010.

RICOEUR, Paul. *A memória, a história, o esquecimento*. Campinas: Unicamp, 2007.

RODEGHERO, Carla Simone; DIENSTMANN, Gabriel; TRINDADE, Tatiana. *Anistia ampla, Geral e Irrestrita: história de uma luta inconclusa*. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2011.

SILVA FILHO, José Carlos Moreira da. O julgamento da ADPF 153 pelo Supremo Tribunal Federal e a Inacabada Transição Democrática Brasileira. In: PIOVESAN, Flávia; SOARES, Inês Virgínia Prado (coords.). *Direito ao Desenvolvimento*. São Paulo: Fórum, 2010.

_____. Dever de Memória e a Construção da História Viva: a atuação da Comissão de Anistia do Brasil na concretização do direito à memória e à verdade. In: SANTOS, Boaventura de Sousa; ABRÃO, Paulo; MACDOWELL, Cecília; TORELLY, Marcelo (org.) *Repressão e Memória Política no Contexto Ibero-Americano: estudos sobre Brasil, Guatemala, Moçambique, Peru e Portugal*. Brasília/ Coimbra: Ministério da Justiça/ Centro de Estudos Sociais da Universidade de Coimbra, 2010. pp. 186-227.

VIANA, Gilney A.; CIPRIANO, Perly. *Fome de Liberdade*. Vitória: Fundação Ceciliano Abel de Almeida, 1992.

**ROBERTA CAMINEIRO BAGGIO**

É graduada em Direito pela Universidade Federal de Uberlândia, mestre em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos e doutora em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina. Atualmente é professora na Faculdade de Direito da Universidade do Rio Grande do Sul, em Porto Alegre. É também conselheira da Comissão de Anistia.

RESUMO: O presente texto busca demonstrar a importância do papel do Estado na articulação dos agentes sociais comprometidos com as lutas em prol da efetivação dos pilares da justiça de transição no Brasil, por meio da análise específica do projeto Marcas da Memória, uma política pública da Comissão de Anistia do Ministério da Justiça, dedicada à promoção de iniciativas culturais da sociedade civil que tenham como meta a ampliação do acesso ao direito à memória e à verdade.

ABSTRACT: This paper aims to demonstrate the importance of state's role in the articulation of social actors struggling and committed to establish the pillars of transitional justice in Brazil. That achieve that aim, we focus on the "Traces of Memory Project" (projeto Marcas da Memória), a public policy of the Amnesty Commission of Ministry of Justice. That Project is devoted to the promotion of cultural initiatives of civil society organizations aiming the expansion of the right to access memory and truth.

PALAVRAS-CHAVE: Justiça de Transição; Direito à Memória e à Verdade; Políticas Públicas.

KEY WORDS: Transitional Justice; Right to Memory and Truth; Public Policy.

Monumento à pela Anistia

Homenagem a todos os que
e, por isso, foram atingidos
torturas, mortes e

A ampla mobilização social por
liberdade e constituiu-se em imp
início do processo de dem
Pela verdade, memória, repara
Para que não se esqueça. Para

Belo Horizonte, 25 de

ASSOCIAÇÃO
DOS AMIGOS DO
MEMORIAL DA
JUSTIÇA POLÍTICA
DO BRASIL



PREFEITURA
BELO HORIZONTE



MEMORIAL DA ANISTIA

FONTE: ACERVO DA COMISSÃO DE ANISTIA.

resistência e à luta em Minas Gerais

e resistiram à ditadura militar
s por perseguições políticas,
desaparecimentos.

ela anistia foi uma luta por
ortante marco histórico para o
ocratização do Brasil.

ção e justiça para todos!
que nunca mais aconteça.

maio de 2013.



DIREITO À VERDADE E À JUSTIÇA NOS PAÍSES DO CONE SUL DA AMÉRICA LATINA¹

Roberto Garretón

Advogado pela Universidade do Chile, Membro do Grupo de trabalho da ONU sobre detenções arbitrárias (2008-2014)

1. A DEMANDA POR VERDADE, JUSTIÇA E REPARAÇÃO²

Ninguém lembra que, ao término das centenas de ditaduras instaladas em todos os países da Ibero-América, desde que, faz dois séculos, iniciamos o caminho da nossa independência, se buscou verdade, menos justiça e, menos ainda, reparação. Para falar somente das do século XX, nunca houve pressão popular, nem vontade política para julgar os primeiros Somoza, a Trujillo (“el Chivo”), Pérez Jiménez, Rojas Pinilla, Castillo Armas, Onganía, Levingston, Barrientos, Banzer e tantos outros.

O desenvolvimento do direito internacional dos direitos humanos e do direito penal internacional e sua consideração de que há certos delitos que, pela sua crueldade, magnitude e sistematicidade, lesam toda a humanidade e não podem ficar impunes, durante a segunda metade do século XX, provocou, na América Latina, um fenômeno inédito: nos últimos 30 anos, a busca pela recuperação democrática corre lado a lado com a da trilogia que motiva este trabalho. O desenvolvimento de uma cultura de direitos humanos – que penetrou todos os âmbitos do saber: filosofia, história,

¹ Esta apresentação é uma adequação de trabalhos anteriores. Foi considerado, em especial, o documento “Os tribunais com jurisdição penal durante a transição para a democracia no Chile (*Los tribunales con jurisdicción penal durante la transición a la democracia en Chile*)” apresentado na mesa redonda de peritos sobre o Papel dos tribunais no contexto de justiça transicional. As oportunidades e desafios atuais, na região ibero-americana, foram debatidos em mesa organizada pelo Centro de Estudos Políticos e Constitucionais, em Madri, entre os dias 8 e 10 de maio de 2008, cujos resultados foram publicados no livro “Justiça transicional na Ibero-América. Cadernos de debates nº 199 do Centro de Estudos Políticos e Constitucionais (*Justicia transicional en Iberoamérica. Cuadernos y debates 199 del Centro de Estudios Políticos y Constitucionales*), www.cepc.es, 2009.

² Este trabalho se concentrará nas demandas da verdade e justiça, e não na reparação, o que será tratado pelos outros trabalhos.

sociologia, política, economia, medicina, antropologia, comunicação, todas as artes, e todos os ramos do direito – fez com que o que antes não horrorizava, agora o faz. Cada vez se torna mais difícil aos ditadores exercer com crueldade e impunidade o poder absoluto de que sempre gozaram. Continuam aproveitando, na verdade, mas na contramão dos sentimentos do seu povo e, sobre tudo, da chamada comunidade internacional, e esperamos que, daqui a alguns anos, não consigam mais escapar ao controle do cidadão internacional.

Tudo dependerá de nós.

No final das guerras em El Salvador e Guatemala, bem como ao fim das ditaduras da Argentina (1976-1983), Peru (1990-2000)³, Chile (1973-1990), e Bolívia (García Meza, 1982), e depois da chacina de Sanchez de Lozada, a demanda por estes valores teve um clamor irresistível.

Não aconteceu com a mesma força no Brasil, Paraguai e Uruguai. No Brasil (1964-1985), nunca houve Comissão da Verdade, nem julgamentos, salvo alguns exilados, e, somente 25 anos mais tarde, está se falando de uma Comissão da Verdade que, pelo que se anuncia, está destinada ao fracasso. No Paraguai, houve vários processos contra policiais – que foram os piores repressores – algumas condenações importantes⁴, mas somente em setembro de 2003, 14 anos depois da ditadura de Stroessner, constituiu-se uma Comissão da Verdade e Justiça. E o Uruguai não apenas demorou 18 anos para constituir uma Comissão da Paz, mas toda tentativa de fazer julgamentos foi abortada até pouco mais de cinco anos.

Na África, também, houve progressos, como demonstram as Comissões da Verdade e Reconciliação da África do Sul e os esforços posteriores na Serra Leoa, Libéria e as frustrações na República Democrática do Congo (ex-Zaire).

2. O FENÔMENO DA IMPUNIDADE

Em minha opinião, a impunidade tem quatro dimensões: a jurídica, a política, a moral e a histórica.

A impunidade jurídica. A Corte Interamericana definiu a impunidade, em sua dimensão jurídica, como “a falta em seu conjunto de investigação, perseguição, captura, julgamento e condenação dos responsáveis por violações de direitos protegidos pela Convenção Americana.”⁵

3 Não assim depois das ditaduras militares de Velasco Alvarado e Morales Bermúdez (1968-1980), que na realidade não cometeram crimes de lesa humanidade.

4 A mais célebre é a de um dos chefes da Polícia, Pastor Coronel. Condenado a um longo período no presídio, faleceu na prisão.

5 Corte IDH, Caso Paniagua Morales e Outros, Sentença 02-03-98, parágrafo 173.

Traduz-se em leis de anistia com mil nomes, julgamentos por tribunais militares, leis de segredos militares, ameaças e sanções contra juízes dignos e intermináveis medidas que buscam o mesmo objetivo.

A impunidade política não se distingue entre a forma democrática e a forma criminal de governar, de modo que os grandes repressores, com sua consciência tranquila e apoio político, alcançam as mais altas distinções de cidadania. Quantos torturadores, assassinos, apreensores, ou censores, findadas as ditaduras, são legalmente eleitos congressistas, nomeados ministros, Chefes de Estado ou exercem a docência ou se tornam juízes! E quantos ditadores latino-americanos, logo após deixar o poder, são popularmente eleitos presidentes! Mas somente a Guatemala estabeleceu um princípio de responsabilidade política objetiva, ainda que limitada, à impossibilidade de exercer a Presidência do país para o líder e os chefes envolvidos em golpes de Estado ou que assumiram a liderança do Estado como resultado de golpe.

A impunidade política é a manifestação mais violenta de um *empate moral*, pois ensina que dá na mesma ter sido torturador ou torturado, repressor ou reprimido. Seu efeito é diminuir a condenação social que todo delito deve produzir, mas especialmente os crimes que feriram a humanidade inteira. Grande parte do desapego dos jovens da política é consequência desta dimensão da impunidade.

A impunidade moral é aquela que garante ao praticante do crime uma consciência limpa, apesar dos horrores cometidos. Os crimes se justificaram em valores superiores (“salvar a pátria”; “salvar a civilização ocidental”; “lutar contra o terrorismo”, etc.) O agente, desta forma, não se sente um delinquente, mas sim um herói e não acredita que algum dia será julgado e preso por atos que sempre considerou lícitos. Uma frase que correu a América Latina inteira é “não tenho nada do que me arrepende. Finalmente, eram eles ou nós”.

Desde então, sobre essa base de convivência, não é possível a construção de uma sociedade justa.

A impunidade histórica é o dobro. Em primeiro lugar, se deseja que a história acolha como verdade a mentira oficial dos anos de terror: “foi confronto”; “foi um conflito interno dentro do Partido Comunista”; “cometeu suicídio”; “tiveram que disparar porque estava fugindo” e outras mil. E, por outro lado, busca-se o esquecimento, que não apenas é um risco de repetição, mas, talvez, a maior fonte de dor para as vítimas.

Para enfrentar todas as dimensões da impunidade, existem dois valores éticos e dois instrumentos jurídicos e políticos.



Fazem oposição à impunidade política, histórica e moral o valor da verdade, e como instrumento moderno, as Comissões da Verdade.

Faz oposição a impunidade jurídica, o valor da justiça, através dos tribunais nacionais, e, quando estes não funcionam, os tribunais estrangeiros, operando com base na jurisdição universal e nos tribunais internacionais.

O tema que me foi atribuído se refere ao confronto da impunidade jurídica ou penal e o processo chileno, após a sangrenta ditadura do General Augusto Pinochet, do dia 11 setembro de 1973 até 11 de março de 1990. Para tanto, é necessário fazer algumas considerações sobre as demais dimensões da impunidade.

3. O DIREITO À VERDADE

Toda violação dos direitos humanos tem dois componentes inseparáveis: a violência e a mentira.

Uma sociedade não pode conviver e construir sua história sobre mentiras. Há vezes em que as mentiras oficiais montadas pelas ditaduras chegam ao absurdo, como no Chile, em que fizeram crer que houve uma “guerra” que nunca ninguém viu, sentiu, nem sofreu. O absurdo da tese foi derrubado definitivamente em 2000, quando o pinocheísmo militar reconheceu que, no período em que esteve no poder, cometeu “graves violações aos direitos humanos,” sem, pela primeira vez, tentar justificá-las em uma suposta guerra, muitas vezes chamada “quase guerra” ou “guerra civil latente,” a fim de evitar responder a questão sobre que leis regularam o imaginário conflito armado⁶.

O conteúdo do direito à verdade foi determinado magistralmente pela Comissão Interamericana no dia 13 de abril de 2000: “O direito que toda pessoa possui e a sociedade de conhecer a verdade na íntegra, completa e pública, sobre os acontecimentos, suas circunstâncias específicas e quem participou deles, faz parte do direito à reparação por violações dos direitos humanos, em sua modalidade de satisfação e garantia de que não se repetirá”. O direito da sociedade de conhecer integralmente seu passado não só se mostra como um modo de reparação e esclarecimento dos fatos, mas tem o objetivo de prevenir futuras violações⁷.

O Relator Especial da Comissão de Direitos Humanos das Nações Unidas sobre o Direito de Restituição, Indenização e Reabilitação das Vítimas de Violações Graves dos Direitos Humanos

6 Declaração da Mesa de Diálogo, de 13 de junho de 2000.

7 CIDH, relatório N° 37/00, 13 de abril de 2000, parágrafo 148.

As vítimas, muitas vezes, dizem: “não há necessidade de comissões, já sabemos de tudo.” Sim, mas o problema é difundir a verdade por toda parte.

e das Liberdades Fundamentais, Cherif Bassiouni, estima que um dos elementos do direito humano à reparação, com base na satisfação e garantia de que não se repetirão violações de direitos humanos, é a “verificação pública e completa da verdade na medida em que não cause mais danos desnecessários à vítima, às testemunhas ou a outras pessoas, nem que sejam um perigo para a sua segurança.”⁸

Para o Relator Especial da mesma Comissão das Nações Unidas, sobre a Questão da Impunidade dos Autores das Violações dos Direitos Humanos (direitos civis e políticos), Louis Joinet, o Direito de saber “não se trata somente do direito individual que toda vítima, ou seu familiar, tem de saber o que aconteceu, que é o direito à verdade. O direito de saber é também um direito coletivo que afunda suas raízes na história, para evitar que as violações possam se reproduzir no futuro. Em contrapartida, corresponde ao Estado o dever de recordar, a fim de se proteger contra essas imprecisões da história que levam o nome de revisionismo e negação”⁹.

As Comissões da Verdade. Instrumento privilegiado para a consagração do direito à verdade, tem sido genericamente chamada de “Comissão da Verdade”¹⁰. As Comissões da Verdade nasceram na América Latina, na Argentina, em 1983, após a ditadura militar de 1976-1983¹¹. Se não são – ou não deviam ser – substitutas da justiça, são muitas vezes vistas como tal. Na verdade, a sua função é, basicamente, a recuperação da verdade histórica, tão danificada pelo discurso ditatorial; de estabelecimento de fatos em sua globalidade e da lógica do poder absoluto, que não é normalmente obtida nos processos penais destinados à responsabilidade individual e que, portanto, podem falhar por incidentes triviais como a morte dos responsáveis ou queda na demência.

No início, essas Comissões não determinavam responsabilidades individuais (Argentina 1984, Chile 1991, Uruguai 2000), mas a progressão do desenvolvimento cultural dos direitos humanos permitiu que desde El Salvador 1993, África do Sul 1995, Peru 2002, Paraguai 2008 se individualizassem os criminosos. A da África do Sul também estava facultada a aplicar ou eximir a pena a quem se negasse a esclarecer casos ou compartilhasse informações úteis.

8 Relatório final, E/CN.4/2000/62, “princípios e Diretrizes Básicos sobre o Direito das Vítimas de Violações das normas internacionais de Direitos Humanos e do Direito Internacional Humanitário para interpor recursos e Obter Reparações”.

9 E/CN.4/Sub.2/1997/20/Rev.1, parágrafo 17.

10 E/CN.4/Sub.2/1997/20/Rev.1, parágrafo 17.

11 E/CN.4/Sub.2/1997/20/Rev.1, parágrafo 17.



Esta faculdade tem sido questionada, pois ocasiona em julgamento sem as garantias do devido processo. Para Mary Robinson, a grande Alta Comissária dos Direitos Humanos das Nações Unidas, que se reuniu em Montevidéu com a Comissão de Paz¹², criticando fortemente a manutenção da impunidade, as Comissões da Verdade servem como ferramentas importantes na luta contra a impunidade estabelecida em uma sociedade que tem sofrido políticas de violência e os seus perpetradores devem ser identificados e, se possível, ressaltar o papel de cada ator na prática da violência.

São geralmente compostas de pessoas de alto reconhecimento público nacional (Argentina, Peru, Uruguai, Chile, África do Sul, Paraguai), embora, às vezes, são total ou parcialmente formadas por estrangeiros (Haiti, El Salvador, Guatemala, Serra Leoa).

A finalidade destes relatórios é fazer um informe público, que possui vários objetivos.

Em primeiro lugar, tornar as violações de direitos humanos visíveis para quem não conheceu ou diz não ter conhecido¹³. As vítimas, muitas vezes, dizem: “não há necessidade de comissões, já sabemos de tudo.” Sim, mas o problema é difundir a verdade por toda parte.

As comissões também se justificam como uma forma de reparação, pelo menos de caráter terapêutico. A da África do Sul, dado seu caráter judicial, celebrou audiências públicas que causaram grande impacto na comunidade. E quem escreve assistiu no Peru à primeira de muitas audiências públicas realizadas em abril de 2002, e pôde apreciar a força emocional dos testemunhos das vítimas da população peruana.

Habitualmente, o relatório é considerado a base de ações judiciais. Tem sido assim em El Salvador, Chile, Argentina e Peru e os juízes se viram obrigados a iniciar processos que nunca quiseram abrir, ou a reabrir os que fecharam por falta de provas. No Haiti, após a ditadura de Cerdrás, um relatório foi emitido por personalidades internacionais, mas o governo optou por não divulgar o relatório, fazendo circular apenas alguns poucos exemplares. Juan Mendez, um eminente defensor dos direitos humanos e ex-presidente da Comissão Interamericana dos Direitos Humanos, considerou que um relatório de uma Comissão da Verdade em segredo é uma “contradição fundamental”.

12 O relator acompanhou Mary Robinson nesta entrevista, por ser o seu representante para a América Latina e Caribe.

13 O autor deste trabalho sustenta que “todos nós sabíamos de tudo”, ou, no pior dos casos, todos puderam saber de tudo. As ditaduras se apoiam na mentira generalizada, e a maior de todas é o “eu não sabia”.

Uma quarta finalidade é formar consensos para adotar medidas legislativas de restituição ou reparação.

Em consequência, e respondendo às consultas formuladas no programa do seminário que nos acolhe, é preciso reconhecer que as Comissões da Verdade deram uma grande contribuição para a luta contra as impunidades políticas, morais e históricas. Também forneceram elementos importantes de provas aos juízes para acabar com a impunidade judicial.

A SITUAÇÃO NO CHILE

Aos 45 dias depois de assumir o primeiro governo pós-ditadura, criou-se a chamada Comissão da Verdade e Reconciliação, composta por oito membros, designados pelo presidente, Patricio Aylwin. Esta comissão foi estabelecida buscando-se o maior pluralismo político possível, ainda que diante da rejeição dos partidários de Pinochet. Apenas três pessoas no regime civil-militar aceitaram o desafio.

O mandato buscava esclarecer a verdade global sobre as graves violações dos direitos humanos cometidas nos últimos anos, revelando se estas têm a ver com o Estado chileno ou com a vida política nacional, a fim de promover a reconciliação dos chilenos, não obstante as investigações judiciais, entendidas como situações de presos desaparecidos, executados ou torturados até a morte. Ou seja, o mandato era limitado à morte real ou suposta, e não alcançava nenhum outro tipo de violação dos direitos humanos.

O mandato impedia que a Comissão exercesse funções jurisdicionais, por isso não poderia se pronunciar sobre as responsabilidades das pessoas que houvessem feito intervenção no assunto investigado, limitação que os comissários entenderam como impedimento para identificar os vitimários, podendo apenas nomear as vítimas. Esta limitação, explicável na época, seria incompreensível hoje.

A Comissão, nos termos do seu mandato, propôs medidas destinadas a reparar as vítimas, e decidiu enviar todos os antecedentes que constavam nos órgãos judiciais responsáveis pela persecução penal, a fim de localizar os restos mortais das pessoas desaparecidas após a prisão, embora sem citar os nomes dos violadores.

Em seu trabalho e em seu relatório, a Comissão utilizou, como marco normativo, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, mas somente menciona genericamente os tratados internacionais de direitos humanos e não os especifica (exceto muito breve referência à Convenção contra a Tortura), embora, nas suas recomendações, altamente valorizadas pelo movimento dos direitos humanos, propõe ratificação e incorporação à legislação chilena. Considera, sim, as regras do direito internacional humanitário, em razão do fato de que a ditadura sempre explicou as atrocidades como atos próprios de guerra.



Entre suas recomendações, propõe a criação de um organismo público encarregado de continuar a avaliação dos casos que não puderam ser avaliados por ela, medidas de reparação econômica para as vítimas, outros benefícios sociais, isenção do serviço militar obrigatório para os filhos das vítimas e continuação das ações legais para encontrar os restos mortais de pessoas desaparecidas após sua prisão. Também propôs o ensino fraco dos direitos humanos.

A falta de investigação sobre o uso da tortura durante a ditadura foi suprida em 2004, com o relatório de uma segunda Comissão, chamada Prisão Política e Tortura, que recebeu 35.868 reclamações, creditando 27.255 pessoas como vítimas. No seu relatório, além de propor medidas individuais e sociais de reparação, promoveu a criação do Instituto Nacional de Direitos Humanos, que só veio a ser criado por lei em 2010.

Dado que houve pessoas que disseram não ter tido a oportunidade de apresentar suas reivindicações, em 2009, um novo período de qualificação foi aberto, mas não só para as vítimas de prisão política e tortura, mas também para os casos de executados e presos que desapareceram durante a ditadura, identificando 30 pessoas como executados políticos, ou presos desaparecidos, e 9.795 vítimas de prisão política e tortura.

Do exposto, conclui-se que tanto a Comissão Nacional da Verdade e Reconciliação (1990-1991), como as duas comissões sobre Prisão Política e Tortura (2003-2004 e 2009-2010):

- Correspondem ao tipo de comissões de investigação, de verdade e de indenização às vítimas de execuções sumárias, desaparecimentos forçados e morte por tortura, e detenção política e tortura, e em nenhum caso, a tribunais do povo. Todas aquelas foram criadas pelo Estado, com restrições para uma grande parte da verdade, como é a sinalização dos nomes dos autores;
- Foram anteriores aos processos judiciais, e os elementos de prova serviram como importante forma para o sucesso destes últimos;
- No início do processo de transição, o presidente Patricio Aylwin disse que era necessário estabelecer a verdade das atrocidades da ditadura, mas que a justiça deve ser procurada “na medida do possível”, frase infeliz que, na prática, significou deixar as vítimas, as organizações dos direitos humanos e os advogados de defesa das vítimas à mercê de juízes nomeados pelo ditador, consagrando a impunidade que só foi encerrada após a prisão de Pinochet, em Londres, em 1998;





PÚBLICO DA 69ª CARAVANA DA ANISTIA, REALIZADA EM BELO HORIZONTE, EM 24 DE MAIO DE 2013.

FONTE: ACERVO DA COMISSÃO DE ANISTIA.

- A presença de Pinochet como comandante chefe do exército e a falta de coragem política das autoridades democráticas foram obstáculos para a Comissão das Nações da Verdade e Reconciliação.
- As três comissões julgaram um rol importantíssimo no esclarecimento dos acontecimentos atroz sofridos pelo povo chileno, propuseram medidas de reparação eficazes, de memória e contribuições à justiça, depois de 1998;
- Não conseguiram reconciliação: os políticos, intelectuais, diplomatas, profissionais ligados à ditadura que continuam ligados à história de Pinochet, a quem reivindicam como um salvador da Pátria. E as mentiras, globais e atribuídas a cada crime, continuam sendo “sua verdade”. Na realidade, todo o processo de transição que busca a reconciliação deve proclamar o direito humano à justiça por cada crime contra a humanidade.
- As três comissões chilenas, junto com a Argentina sobre o Desaparecimento de Pessoas, tem contribuído de forma importante com o direito internacional dos direitos humanos: hoje, a procura por verdade, justiça e reparação são recorrentes e constituem uma aspiração que as autoridades pós-ditadura não poderão evitar facilmente.
- Não houve sanções políticas para os responsáveis políticos da ditadura e seus crimes, e ministros, embaixadores, líderes políticos, prefeitos, intendentes, governadores e membros das comissões, que elaboraram as leis da ditadura, foram democraticamente eleitos deputados, senadores, prefeitos e exercem altos cargos públicos. Nenhum militar nunca foi punido judicial ou administrativamente pelas forças armadas e os juízes civis continuaram no cargo, sem qualquer impedimento ou censura.



4. O DIREITO À JUSTIÇA

O PAPEL DO PODER JUDICIAL DURANTE A DITADURA

O primeiro ato legislativo do regime foi de fato o decreto-lei nº 1, de 11 de setembro de 1973, pelo qual constitui-se a Junta Militar do Governo, cujo numeral 3º dispõe que “a Junta, no exercício da sua missão, garantirá a plena eficácia das atribuições do Poder Judicial e respeitará a Constituição e as leis da República, na medida em que a atual situação do país o permita para o melhor cumprimento dos postulados que ela propõe”.

A Corte Suprema somente leu a primeira parte da frase, pois em uma surpreendente declaração do seu Presidente, ratificada pelo plenário enquanto o Palácio do Governo continuava agitado, expressou “sua mais íntima complacência, em nome da Administração da Justiça do Chile, e espera que o Poder Judiciário cumpra o seu dever, como tem feito até agora”, sem observar que o respeito pela Constituição e pela lei se aplicaria apenas “na medida em que a situação atual do país permitisse para a melhor conformidade com os princípios que ela (a Junta Militar) propusesse”, com que os postulados militares se sobrepõem à Constituição, às leis e às atribuições do Poder Judiciário.

Entende-se, então, porque o Chile é um dos pouquíssimos países em que após um golpe militar, de claro conteúdo fascista, as autoridades de fato não destituíram a Corte Suprema, como tem sido habitual na história latino-americana: nenhum novo juiz seria mais obediente.

A Corte não fez nenhuma referência ao estado de guerra, ao estado de sítio e ao estado de emergência já declarados simultaneamente, ou aos fuzilamentos sem julgamento já realizados, ou aos campos de concentração em pleno funcionamento.

Desde esse momento, se adotaram medidas legislativas que, no que interessa, vão nas seguintes direções que incidem na ação dos juízes:

- Transferência de competências dos tribunais comuns para os tribunais militares, garantindo assim a impunidade para os crimes cometidos em benefício do ditador.
- Ainda pior, substituiu-se a Justiça Militar de tempos de paz por aquela de tempos de guerra, integrada por seis militares não letrados e um advogado militar¹⁴;

¹⁴ Apesar da formulação muito clara do artigo 86 inc. 1º da Constituição democrática de 1925, que vigorava (“A Suprema Corte tem a superintendência diretiva, correccional e econômica de todos os tribunais do país, sob a lei que determina a sua organização e poderes”),

- Aumento das penas para delitos políticos cometidos por opositores, chegando, em numerosos casos, à pena de morte;
- Recurso permanente aos estados de exceção “reforçados” e “vigorosos”, para utilizar as expressões do ditador, que impedem o rol teoricamente protetor dos direitos e liberdades por parte dos juízes, e que, agora, permitem deter, expulsar do país ou entregar aos dissidentes, sem julgamento algum. A Corte Suprema estimou que, nessas situações de exceção, as detenções arbitrárias, sequestros por agentes do Estado, expulsões do país, exílios internos, etc., não estavam amparados pela ação de *habeas corpus*, denominado no Chile “recurso de amparo”. As mais de dez mil ações de *habeas corpus*, destinadas a garantir a liberdade pessoal e o respeito das garantias processuais de uma pessoa detida, foram recusadas.
- A impunidade foi garantida aos violadores dos direitos humanos, no começo do acontecimento e desde 1978 por um decreto-lei de anistia. Esse ano, o governo dos Estados Unidos requereu a entrega de um norte-americano contra o qual havia provas da sua participação no assassinato em Washington de Orlando Letelier, ex-Chanceler do Chile na época do Presidente Allende, cometido 17 meses antes. Ante ao temor dos *jovens oficiais* de que tivessem a mesma sorte, Pinochet ditou um decreto-lei de anistia. Este, longe de buscar a *unidad nacional*, como diz seu preâmbulo, queria assegurar aos agentes que seus crimes futuros ficariam também cobertos por novas anistias.

Contrariamente ao que alegavam os advogados defensores, as Cortes foram declarando:

- Os delitos de sequestro, homicídio e outros cometidos por militares são de competência dos tribunais militares, apesar de que o Código respectivo só entrega a estes os delitos de função;
- O decreto-lei de anistia de 1978 consagra uma anistia objetiva, ao fato, desconhecendo que o texto a outorga aos “autores, cúmplices ou acobertadores”, e então não pode ser aplicado sem que se investigue, previamente, quem são os responsáveis.
- As Convenções de Genebra de 1949 não podem ser aplicadas no Chile, país que as havia incorporado ao seu ordenamento jurídico em 1952;



- O Pacto dos direitos civil e político ratificado pelo Chile não é aplicável, por não ter sido publicado, exigência que não existia, ao ser ratificado, e que somente foi criada como uma oposição à sua aplicação;
- Os crimes de sequestro e de detenção ilegal são delitos que se esgotam no ato da privação da liberdade, momento que começa a reger a prescrição da ação penal, apesar de que são unanimemente considerados de consumação permanente.

A partir daí, o julgamento lapidar da Comissão Nacional da Verdade e Reconciliação, ao considerar que “o Poder Judiciário não reagiu com força suficiente contra as violações dos direitos humanos”; atitude que “resultou inesperada para o país, acostumado a ver, neste Poder, um defensor tenaz do Estado de Direito”

O DIREITO À JUSTIÇA DURANTE A TRANSIÇÃO 1990-1998

Dois períodos têm a transição chilena: antes e depois de 16 de outubro de 1998, dia em que foi preso, em Londres, o ex-ditador.

Durante os primeiros anos de transição absolutamente nada mudou. Em termos gerais, apesar da restauração democrática, as Cortes continuaram consagrando a impunidade com os mesmos argumentos que invocaram durante a ditadura. E, claro, a Corte Suprema reagiu irada contra o relatório da Comissão da Verdade e Reconciliação, o qual acusou de ser “um flagrante atentado às normas que regulam as instituições chaves do Estado e do sábio equilíbrio que o constituinte se preocupou em implantar entre elas”; acrescentando que suas críticas estão “pintadas de paixão política e que se sustentam majoritariamente em apreciações subjetivas, ao extremo de supor intenções e de se imaginar um consenso tácito entre juízes e autoridades administrativas, em uma espécie de cumplicidade dolosa no sentido de defender os excessos contra a liberdade e integridade das pessoas.”¹⁵

Nem sequer a incorporação ao direito chileno – a nível constitucional — dos instrumentos internacionais e interamericanos de direitos humanos mudaram as convicções nacionalistas dos juízes. Sistemáticamente, as cortes se recusaram a aplicar essas normas, apesar do mandato constitucional contido em uma reforma constitucional de 1989, no Chile, que explicitamente os ordenava¹⁶.

¹⁵ Resposta de 13 de maio de 1991.

¹⁶ O texto original da Constituição de 1980 somente declarava que “o exercício da soberania reconhece como limitação o respeito dos direitos essenciais que emanam da natureza humana”. A reforma constitucional definida entre seus seguidores e os partidos democráticos,

A Corte continuou resolvendo os conflitos de competências a favor da justiça militar, sendo que se sobressaíam as acusações sem que fossem investigadas; continuou aplicando o decreto-lei da anistia de 1978, desconhecendo o caráter de permanentes dos crimes de sequestros, etc.

Até meados dos anos 90, aparecem as primeiras decisões positivas e isoladas¹⁷ de uns poucos juízes comuns antigos, agora acompanhados por novos colegas recém-chegados às Cortes pela mudança de ambiente, e por uma discutível modificação constitucional que permitiu limpar, em parte, a Corte Suprema, pelo preço de entregar ao pinocheísmo um direito a veto, que antes não havia, para a nomeação de seus juízes, e que, efetivamente, exerceu.

Assim, a Suprema declarou, em 9 de setembro de 1998, que o desaparecimento, em julho de 1974, de Pedro Poblete Córdoba, ocorreu enquanto se encontrava em vigor o estado de guerra, pelo que indicava aplicar os Convenções de Genebra de 1949, que não admitem anistias para suas infrações graves.

O autor destas notas fez um relatório (“*affidavit*”) destinado à Câmara dos Lordes do Reino Unido, em janeiro de 1999, sustentando que Pinochet não podia, de fato, ser julgado no Chile¹⁸. Não haviam obstáculos legais, a não ser a decisão política das Cortes, pois desde a “íntima complacência com os propósitos” da Junta do Governo de 1973, no fundo, muito pouco havia mudado. No *affidavit* se expressou:

“14. A sentença da Corte Suprema no caso Poblete Córdoba foi uma exceção, dado que a Corte havia aplicado constantemente a anistia nos casos prévios para encerrar as investigações... e somente é válida para o caso em questão, e não constitui um precedente obrigatório.

15. Desde a resolução do caso Poblete Córdoba, a Corte Suprema confirmou o fechamento disposto pela Corte Marcial de quatro casos de desaparecimento em conformidade com a anistia...

após o *referendum* que colocou fim às aspirações de perpetuidade de Pinochet, incorporou explicitamente à Constituição dos tratados de direitos humanos, dispondo em seu novo inciso segundo o artigo 5 que “O exercício da soberania reconhece como limitação o respeito aos direitos essenciais que surgem da natureza humana. É dever dos órgãos do Estado respeitar e promover tais direitos, garantidos pela Constituição, assim como por os tratados internacionais ratificados pelo Chile e que se encontrem vigentes”

17 Condena os militares que assassinaram, em Washington, um ex-Ministro do Presidente Allende.

18 *Human Rights Watch*, organização não governamental internacional, e integrante de um conjunto de organizações – encabeçado pela Anistia Internacional – admitido como parte na apelação deduzida contra a sentença da Corte Superior de Londres que acolheu uma ação de *habeas corpus* ante a Câmara dos Lordes, solicitou ao advogado signatário um relatório legal sobre a impossibilidade jurídica de que o antigo ditador e, nesse momento, senador vitalício no Chile, Augusto Pinochet, fosse julgado no Chile. A subscrição recusou a função nos termos propostos, pois, na realidade, não havia nenhum obstáculo legal para que as cortes chilenas o julgassem, embora, sim, políticos. Assim foi concebido o relatório.



16. As sentenças em cada um destes casos constituem... uma clara contradição com o raciocínio adotado no caso Poblete Córdova. Nelas se afirma que é desnecessário completar uma investigação criminal antes de aplicar a anistia. Recusa-se a aplicabilidade tanto das Convenções de Genebra como do Pacto Internacional dos Direitos Civil e Político”

O DIREITO À JUSTIÇA DESDE 16 DE OUTUBRO DE 1998

O Chile mudou em 16 de outubro de 1998, dia em que foi detido em Londres o senador vitalício e antigo ditador, acusado pela justiça espanhola de crimes de lesa humanidade, de genocídio, torturas e terrorismo.

Até esse dia, o discurso oficial da classe política havia sido que o país já se havia reconciliado; que a transição era exitosa; que se vivia em democracia (perfectível, está claro, como todas); que os militares estavam subordinados à autoridade civil; que a direita havia voltado a ser democrática; que o tema dos direitos humanos não lhe interessava a ninguém, e ainda, havia sido solucionado com a verdade – importante, porém parcial— do relatório da CNVR em 1991.

A prisão de Pinochet demonstrou que tudo era fictício. A reconciliação somente era tal na classe política, devido ao fracasso dos setores democráticos em democratizar realmente o país; a transição não estava a ponto de terminar senão que, na verdade, nem sequer havia começado; a suposta direita democrática não aparecia por parte alguma; os militares solidarizaram com seu antigo patrão; o passar do tempo não havia feito esquecer os horrores. O tema das violações dos direitos humanos voltou a se instalar no centro do debate político, de onde nunca devia ter saído.

Os juízes chilenos receberam o “efeito Garzón” (aprenderam que todos os juízes do mundo poderiam fazer justiça) e, desejosos de recuperar o crédito perdido pela obsequência ante a ditadura, começaram a processar os militares envolvidos nos crimes de lesa humanidade; apareceram os argumentos para não aplicar a lei de autoanistia de 1978. E quando o Reino Unido devolveu o ex-ditador, as cortes chilenas levantaram a imunidade parlamentar de que gozava como senador, por haver ostentado – formalmente – o cargo de Presidente da República, direito que se atribuiu na sua Constituição.

A liderança política em geral, e o governo, em particular, não conseguiam entender o que havia acontecido, chegando a defender o ditador sob o descrédito da *razão do Estado*, e os conceitos anacrônicos de patriotismo e soberania que prevaleceram sobre a justiça e os direitos humanos. Pesquisas dizem que a grande maioria dos chilenos queria que Pinochet fosse julgado.

O desconcerto e o fracasso político em solucionar o problema levaram o Governo a criar, em 1999, uma Mesa de Diálogo para, pelo menos, encontrar restos dos desaparecidos. Tal mesa convidou as vítimas e as mais altas cúpulas militares no exercício, junto a dignitários das igrejas, da cultura e das ciências.

Algumas organizações de familiares de vítimas se recusaram a dialogar, quem os representou foram advogados, incluindo o autor desta monografia, com histórias em defesa dos direitos humanos.

A mera existência da Mesa constituiu uma mensagem direta e positiva para os juízes, que produziu efeitos notáveis: enquanto a Mesa celebrava sessão, o número de militares processados por crimes contra a humanidade quase dobrou (de 45, que havia no início das sessões, em dez meses, chegou a 79, incluindo sete generais).

O reconhecimento das atrocidades feito por Generais Oficiais, expressamente autorizados pelos Comandantes em chefia de cada extensão das Forças Armadas, por uma parte¹⁹; mais o mandato do documento da Mesa para a designação dos juízes que seriam dedicados exclusivamente, ou com atenção preferencial para investigar casos de violações dos direitos humanos, reforçaram a mensagem da Mesa provocando a esperada quebra da impunidade.

A SITUAÇÃO ATUAL (AVANÇOS NO CHILE EM MATÉRIA DE JUSTIÇA TRANSICIONAL)

Hoje, os juízes de primeira instância, as Cortes de Apelação e a própria Corte Suprema, aceitam tudo o que os defensores dos direitos humanos disseram desde o mesmo 11 de setembro de 1973, e desde o mesmo dia em que se ditou o decreto-lei de autoanistia (1978):

- (1) Os tribunais competentes para conhecer os crimes constitutivos de violações dos direitos humanos são os civis. Não é correto que possam ser cometidos como parte de um mandato militar.
- (2) Os detidos desaparecidos existiam: não eram uma combinação de supostos nomes inventados pelos extremistas para desprestigiar o “governo militar”; não morreram em confrontos; não fugiram; nem se suicidaram, como disseram os juízes até 1998 e os embaixadores, porta-vozes e ministros do ditador.

¹⁹ “(H)á outros fatos sobre os quais não cabe outra atitude legítima que a rejeição e a condenação, assim como a firme decisão de não permitir que se repitam. Fazemos referência às graves violações aos direitos humanos, em que incorreram agentes de organizações do Estado durante o governo militar. Nos referimos, também, à violência política cometida por alguns opositores ao regime militar”.

- (3) Pelo contrário, todos foram detidos vivos, como sempre disseram os defensores dos direitos humanos, em milhares de recursos de amparo e reclamações que as Cortes simularam não crer.
- (4) As detenções não somente foram efetivas, mas também, ademais, como sempre se disse, ilegais. Pior, ainda: criminais. Todos os *habeas corpus* deveriam ser acolhidos.
- (5) A anistia não é objetiva, e, portanto, não poderia se aplicar senão aos autores, cúmplices ou acobertadores, uma vez identificados (sentença definitiva de primeira instância, 3 de maio 2004, episódio Rio Negro, ratificada pela Suprema Corte, reiterada praticamente em todas as sentenças condenatórias).
- (6) Nos casos de sequestros, não se pode aplicar a anistia, nem a prescrição, uma vez terminado o sequestro, que é delito permanente. Enquanto não conste que o sequestrado foi liberado ou morreu, se deve presumir que continua sequestrado, e portanto, os acusados não podem se beneficiar do perdão legal. Assim declara, entre muitas outras, a primeira sentença definitiva unânime da Suprema Corte de 17 de novembro de 2004, que recusa recursos de cassação dos condenados, desaparecimento de Miguel Ángel Sandoval Rodríguez. Esta sentença se repetiu em numerosas ocasiões, mas não por unanimidade.
- (7) Se, no Chile, decretou-se formalmente um estado de guerra, esta devia se reger pelas leis que regulam os conflitos armados sem caráter internacional, que proíbe a exoneração de responsabilidade – como uma anistia e a prescrição — por crimes considerados infrações graves (às quatro Convenções de Genebra de 1949, vigentes no Chile desde 1952), como o declarou a Corte de Apelações de Santiago, nos citados processos de Miguel Ángel Sandoval e de Rio Negro, assim como no episódio Diana Frida Arón (sentença definitiva de cassação 13 de maio de 2006).
- (8) São aplicáveis às causas por violações ao direito à vida os preceitos de Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, e assim o dispuseram os juízes e Cortes desde as sentenças sobre Rio Negro e Sandoval Rodríguez, critério que se tem imposto na imensa maioria das sentenças.

No entanto, estes pensamentos não são aceitos por uma minoria dos magistrados da Suprema Corte, nos mesmos em que sempre sustentavam que “a instituição da prescrição não é afetada pela legislação internacional que é invocada com frequência, especialmente se os fatos, motivos da presente causa, não têm caráter de delitos de lesa humanidade”.

Lamentavelmente, no caso de substituição de algum juiz da maioria, a situação se inverte. Isso ocorreu em 14 casos, nos quais a maioria ocasional acolheu a exceção da anistia. Ficaram, assim, na impunidade, numerosos sequestros com desaparecimentos das vítimas e assassinatos, que normalmente eram castigados.

Estes novos avanços dos dois últimos anos dão conta de que, em 30 de junho de 2010, se mantém abertos 432 julgamentos por crimes contra a humanidade, cifra que registra os novos ingressos, assim como o fechamento daqueles que terminaram por sentenças condenatórias e ocasionalmente pela absolvição, e algumas baixas por falecimento dos inocentes. Os processados e condenados aumentaram a 782 (23% em dois anos) estando privados de liberdade 64, ou seja, 68% mais que em 2008, soma a que se acrescentarão outros três recentemente condenados em sentença de último grau a penas de privação de liberdade efetiva. As 551²⁰ sentenças ditadas afetaram a 291 repressores, ainda que muitas delas sejam somente de primeira ou segunda instância. Alguns foram condenados em mais de um processo, e há indivíduos condenados até por mais de 20 crimes, como o General Manuel Contreras²¹.

Como diz o Boletim da Universidade Central, o número de repressores condenados por esses crimes é o mais alto da América Latina.

Todos estes progressos reconhecem duas causas, tardiamente assumidas, tanto pelas Cortes, como pelas diligências políticas:

1) a atividade de defesa dos direitos humanos, iniciada no Chile a poucos dias do golpe militar, por ação das igrejas²². A sociedade civil, e, particularmente, os perseguidos e os familiares das vítimas encontraram, à beira das organizações de defesa, um espaço formidável de apoio e proteção. Este trabalho, solidário e político, foi chave para o fim da impunidade judicial: eram registradas todas as violações dos direitos humanos, com detalhes aparentemente sem importância, mas que o tempo demonstrou que eram fundamentais. Hoje, os arquivos das instituições chilenas dos direitos humanos estão

20 Boletim Informativo N° 8 do Centro de Direitos Humanos da Universidade Central, junho 2010.

21 Se trata do ex-Diretor da Direção de Inteligência Nacional (DINA) que acumulava em 2008 condenações em numerosas causas por 57 anos, e se *esperava* confirmação em outras 15 nas que foi condenado, em primeira ou segunda instância, no total de 197 anos de privação de liberdade. Hoje está a 219 anos e 8 dias em 24 sentenças definitivas executadas. Mas registra, ainda, 18 sentenças definitivas de primeira ou segunda instância, com penas que chegam a 178 anos e 545 dias, sem prejuízo do que se decida nos 26 julgamentos em tramitação em primeira instância. Isso sem prejuízo da condenação já cumprida, de sete anos, pelo crime de Orlando Letelier em Washington (relatório especial para este estudo do Centro de Direitos Humanos da Universidade Diego Portales, junto ao Centro ICSO da mesma Universidade).

22 No dia 4 de outubro de 1973, antes de completar um mês do golpe militar de 11 de setembro de 1973, que pôs fim a 140 anos de vida republicana, as diversas congregações religiosas (Igrejas Católica, Evangélica Luterana, Metodista, Metodista Pentecostal, Batista, Ortodoxa, e o Gran Rabinato de Chile) fundaram o Comitê de Cooperación para la Paz en Chile, para outorgar assistência jurídica e humanitária para as vítimas da repressão. O comitê teve que ser dissolvido em 1975 pelas pressões exercidas pela ditadura, e então foi fundado o Vicariato da Solidariedade do Arcebispo de Santiago, que continuou tendo as mesmas funções desde 1° de janeiro de 1976 até a sua dissolução voluntária em 1992. Algum tempo depois apareceram as organizações laicas.



classificados pela UNESCO como parte do arquivo do mundo. Daí, que possam afirmar que, apesar do comportamento de seus juízes, o povo chileno nunca perdeu a fé na justiça e no direito;

2) o direito internacional dos direitos humanos, assim como a existência de uma comunidade internacional – intergovernamental e não governamental — que impôs na cultura um novo direito: o direito humano à justiça por graves violações aos direitos humanos. Trata-se de uma faceta específica do direito humano à justiça reconhecido, entre outros aspectos, nos artigos 8, 9 e 25 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, 2.3 e 14 do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, e 5, 6 e 7 do Convênio Europeu para a Proteção dos Direitos Humanos e Liberdades Fundamentais: é do direito de obter a verdade, justiça e reparação no caso de ter sido vítima de violações flagrantes e graves dos seus direitos fundamentais. Direito exercido ante tribunais nacionais, internacionais, estrangeiros ou mistos e, em diferente dimensão, ante comissões e tribunais internacionais de direitos humanos, comitês de tratados de direitos humanos e relatores e grupos de trabalho das Nações Unidas.²³

Mas, nos últimos anos, apareceu uma área cinzenta muito séria: a violação do princípio do direito internacional da sanção de crimes de guerra ou contra a humanidade com penas adequadas ou proporcionais à gravidade das infrações. Assim, argumentam, por exemplo, a Convenção contra a escravidão, de 1926, o artigo 6 (punição severa); a Convenção contra a Tortura e outros

No direito humanitário, as expressões são similares: adequadas sanções penais que se apliquem às pessoas que cometeram, ou deram ordem de cometer, qualquer uma das infrações graves contra o presente convênio.

Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes, artigo 4º (penas adequadas que levem em conta a sua gravidade); a Convenção para a Prevenção e Sanção do Crime de Genocídio, de 1948, artigo V (sanções penais eficazes); os Princípios relativos a uma eficaz prevenção e investigação das execuções extra legais, arbitrárias ou sumárias, de 1989 (penas adequadas que tenham em conta a gravidade de tais delitos); a Convenção para a Eliminação da Discriminação contra a Mulher artigo 8 (medidas adequadas para combater todas as formas de tráfico de mulheres e exploração da prostituição das mulheres,

²³ Os ditadores, até recentemente, desprezavam a comunidade internacional. No Chile, Pinochet levou esse seu desprezo ao ridículo, quando convocou uma Consulta Nacional contra as Nações Unidas por agressão ao nomear um Grupo de Trabalho para investigar as suas violações, realizada em 4 de janeiro de 1978. Hoje, eles a temem.

que, por sinal, são sanções adequadas as medidas); a Convenção Interamericana sobre o Desaparecimento Forçado de Pessoas, de 1994 (pena apropriada que leve em conta sua extrema gravidade); a Declaração das Nações Unidas sobre a proteção de todas as pessoas contra os desaparecimentos forçados (sanções adequadas); Convenção Internacional para a proteção de todas as pessoas contra os desaparecimentos forçados (artigo 7.1 penas adequadas, tendo em conta sua extrema gravidade).

No direito humanitário, as expressões são similares: “adequadas sanções penais que se apliquem às pessoas que cometeram, ou deram ordem de cometer, qualquer uma das infrações graves contra o presente convênio...”

Os juízes da Suprema Corte – normalmente modificando as sentenças de primeiro e segundo grau, geralmente mais duras e ajustadas ao direito — estão aplicando um critério notoriamente incompatível com as normas e princípios do direito internacional, em virtude de dois subterfúgios.

Em primeiro lugar, estão aplicando a indivíduos que cometeram dezenas de delitos a atenuante de responsabilidade contemplada no Código Penal da irrepreensível conduta anterior do delinquente²⁴, em razão de que todos os crimes foram cometidos antes da primeira condenação.

A outra medida é a atenuante conhecida como “prescrição média”, consagrado no artigo 103 do Código Penal²⁵. Sustenta a maioria do Tribunal que a prescrição da ação penal é uma causal extintiva da responsabilidade penal, “claramente distinguível da atenuante qualificada” prevista no artigo 103, de modo que seus efeitos penais também devem ser diferentes. Além disso, por ser uma atenuante qualificada, autoriza aos juízes fortes reduções da pena atribuídas por lei.

Do exposto, podem emitir as seguintes respostas às questões levantadas no convite a este seminário:

- As principais ações das vítimas tem sido as judiciais, especialmente em matéria penal, buscando a punição dos culpados. Durante quase 30 anos, as vítimas não quiseram pedir indenizações civis para os autores ou para o Estado, argumentando que o seu direito à justiça é somente a punição, e não cabem compensações. Essa posição tem variado e agora os processos exigem reparação civil;

24 Artigo 11. São circunstâncias atenuantes: 6.ª Se a conduta anterior do delinquente foi irrepreensível.

25 Artigo 103. Se o responsável apresentasse ou tivesse antes de completar o tempo da prescrição da ação penal ou da pena, mas havendo já transcorrido a metade do que se exige, em seus respectivos casos, para tais prescrições, o tribunal deverá considerar o fato como revestido de duas ou mais circunstâncias atenuantes muito qualificadas e de nenhum agravante e aplicar as regras dos artigos 65, 66, 67 e 68 seja na imposição da pena, seja para diminuir a já imposta’.



- As ações penais, após 25 anos de impunidade, começaram a dar em êxito, com condenações aos autores dos crimes contra a humanidade, ainda que nos últimos cinco anos, as penas foram insatisfatórias e não ajustadas ao direito internacional dos direitos humanos;
- As ações civis passam por sorte desigual: nos numerosos casos, foram acolhidas, mas, em outros, têm sido recusadas, sempre por motivos formais. Costuma acontecer que as cortes entendam que a imprescritibilidade dos crimes contra o direito internacional está referida somente às ações penais, mas não às civis, distinção que o direito internacional não contempla. Em outras ocasiões, se dá lugar ao pagamento de reparações, mas em montantes absurdamente insuficientes;
- Os relatórios das comissões de investigação extrajudiciais são aceitos como prova por juízes;
- Após 25 anos (1973-1998), os juízes chilenos recorreram ao direito internacional como os advogados alegaram durante esses anos, mas as penas não são adequadas às exigências do direito internacional;
- Raras vezes, os juízes chilenos recorreram ao direito comparado.

REFERÊNCIAS

“Boletín Informativo N° 8 del Centro de Derechos Humanos de la Universidad Central, junio 2010.”

“CIDH, informe N° 37/00, 13 de abril de 2000, parágrafo 148.”

“Comisión de la Verdad (El Salvador, 1993); Comisión Nacional de Verdad y Justicia (Haití, 1994; Paraguay 2003); Comisión para el Esclarecimiento Histórico (Guatemala, 1997); Comisión de Paz (Uruguay 2000); Comisión para la reconciliación Nacional (Ghana, 2002), otros.”

“Comisión Nacional sobre Desaparición de Personas” (Argentina, 1984); Uganda y Sri Lanka); de Verdad y Reconciliación (Chile 1990 y Sudáfrica 1998 y Perú 2000)”

“Declaración de la Mesa de Diálogo, de 13 de junio de 2000.”

“E/CN.4/2000/62, “principios y Directrices Básicos sobre el Derecho de las Víctimas de Violaciones de las normas internacionales de Derechos Humanos y del Derecho Internacional Humanitario a interponer recursos y Obtener Reparaciones.”

“E/CN.4/Sub.2/1997/20/Rev.1, párrafo 17.”

“Justicia transicional en Iberoamérica. Cuadernos y debates 199 del Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, www.cepc.es, 2009.

ROBERTO GARRETÓN

Advogado chileno, defensor dos direitos humanos no Chile durante a ditadura de Augusto Pinochet (1973-1990). Embaixador ante os órgãos internacionais dos direitos humanos 1990-1994 (ONU, OEA). Membro do Grupo de trabalho da ONU sobre detenções arbitrárias (1991-2000 e 2008-2014). Relator da Comissão dos Direitos Humanos das Nações Unidas sobre o ex-Zaire, hoje República Democrática do Congo (1994-2001). Integrante do Comitê Assessor do Secretário Geral das Nações Unidas sobre Prevenção de Genocídios (2006-2010). Representante para América Latina da Alta Comissãonada para os direitos humanos da ONU (2001-2005).

RESUMO: O tema do texto refere-se ao enfrentamento da impunidade jurídica ou penal e o processo chileno, depois da sangrenta ditadura do General Augusto Pinochet, do dia 11 de setembro de 1973 até 11 de março de 1990. Este documento aborda o direito à justiça desde o dia 16 de outubro de 1998, dia em que foi detido em Londres o senador vitalício e antigo ditador, acusado pela justiça espanhola de crimes contra a humanidade, de genocídio, torturas e terrorismo. Também analisa a situação atual em termos de avanços no Chile em matéria de justiça transicional e considerações acerca do desenvolvimento do direito internacional dos direitos humanos e do direito penal internacional.

PALAVRAS-CHAVE: Justiça de Transição; Direito Internacional; Direitos humanos; Ditadura na América Latina; Anistia.



COLÓQUIO INTERNACIONAL DIREITO À VERDADE E À JUSTIÇA NOS PAÍSES DO CONE SUL, PARTE II: EXPERIÊNCIAS NACIONAIS DE TRANSIÇÃO EM FACE DAS EXIGÊNCIAS DO DIREITO INTERNACIONAL – EXPERIÊNCIAS EXTRAJUDICIAIS, EM 2 DE DEZEMBRO DE 2011.
FONTE: ACERVO DA COMISSÃO DE ANISTIA.



JUSTIÇA DE TRANSIÇÃO E DIREITO INTERNACIONAL: AS EXPERIÊNCIAS JUDICIAIS NO URUGUAI

Juan Errandonea

Advogado, Suprema Corte do Uruguai

A DITADURA NO URUGUAI

A ditadura no Uruguai foi instaurada em 27 de junho de 1973 com o golpe de Estado do Presidente Juan María Bordaberry, e se estendeu até 1º de março de 1985, quando o Dr. Julio María Sanguinetti assumiu a presidência.

O componente terrorista da ditadura se manifestou desde sua instauração até seu final, com dezenas de mortos, mais de 200 desaparecidos no país e no exterior, milhares de presos e torturados, assim como centenas de asilados em embaixadas e milhares de exilados.

Cabe ressaltar que, nestes quase doze anos, não houve nenhum enfrentamento armado e os movimentos guerrilheiros foram desarticulados antes do golpe de Estado. Ainda que ocorresse o contrário, isso não afetaria o caráter terrorista da ditadura. Os homicídios e os desaparecimentos não foram resultado de um enfrentamento armado, mas sim, consequência da política terrorista e da tortura massiva aos detidos, aplicada nas unidades militares e policiais.

O RESTABELECIMENTO DA DEMOCRACIA

Com a ascensão do Dr. Sanguinetti em 1º de março de 1985, foi aberto o período de institucionalização democrática. Entre suas primeiras medidas, o novo governo legalizou todos os partidos políticos (a

maioria de esquerda ainda era ilegal) e aprovou no Parlamento a Lei no. 15.737 de Anistia, que, por meio de diversos mecanismos, dispôs a liberdade de todos os presos políticos.

Esta lei estabeleceu em seu artigo 5º: *“Ficam excluídos da anistia os delitos cometidos por funcionários policiais ou militares, equiparados ou assimilados, que foram autores, coautores ou cúmplices de tratamentos desumanos, cruéis, degradantes ou da detenção de pessoas desaparecidas posteriormente, e quem tenha acobertado quaisquer destas condutas.”* *“Esta exclusão estende-se igualmente a todos os delitos cometidos por motivos políticos, por pessoas que tenham atuado amparadas pelo poder do Estado em qualquer forma ou desde cargos do governo.”*

Da simples leitura deste artigo, percebe-se, com clareza, que neste momento não havia nenhuma vontade de anistiar os repressores violadores dos direitos humanos.

Depois, com o passar dos anos, os setores políticos que apoiaram a impunidade para os militares elaboraram a tese das duas anistias, resultado da teoria dos dois demônios, afirmando que o novo governo havia sido eleito para anistiar “os dois lados” que haviam se enfrentado, mas, na verdade, o que existiu foi um estado terrorista desmascarado.

Durante os anos 1985 e 1986, foram apresentadas denúncias penais por alguns crimes cometidos durante a ditadura e foram formadas comissões parlamentares para investigar alguns deles (particularmente os homicídios de Zelmari Michelini e Héctor Gutiérrez Ruiz). A partir destas denúncias, a Justiça Militar propôs uma comissão, com a finalidade de analisar as denúncias. Isto atrasou os procedimentos, até que, finalmente, a Suprema Corte de Justiça se pronunciou no sentido de que a Justiça Penal ordinária era a competente para substanciar as denúncias. Assim, os juízes penais começam a citar os militares denunciados, mas as citações tramitadas através do Ministério de Defesa eram retidas pelo Comandante do Exército.

Isto significou um evidente desacato do comando militar ao Poder Judicial e indiretamente ao próprio Poder Executivo. E diante deste desacato, o Presidente Sanguinetti e seu Partido Colorado, igualmente respaldado pela maioria do Partido Nacional, aprovam rapidamente a Lei de Validade da Pretensão Punitiva do Estado, que foi sancionada em dezembro de 1986.

A LEI DE VALIDADE

Este foi precisamente o pecado original da Lei de Validade: ter sido aprovada sob uma clara pressão militar. Enquanto a Lei de Anistia de março de 1985 foi a expressão livre de um parlamento recém-

eleito que buscava a liberdade de todos os presos políticos e a reparação moral dos perseguidos durante a ditadura, a Lei de Validade não foi outra coisa, senão uma artimanha jurídica imposta ao Parlamento pelos comandos das Forças Armadas.

Os quatro primeiros artigos da lei, que são os mais importantes sobre a impunidade que consagram, dispõe o seguinte:

“Artigo 1o.- Reconhece-se que, como consequência da lógica dos fatos originados pelo acordo realizado entre partidos políticos e as forças armadas em agosto de 1984 e a efeito de concluir a transição para a plena vigência da ordem constitucional, venceu o exercício da pretensão punitiva do Estado a respeito dos delitos cometidos até o dia 1º de março de 1985 por funcionários militares e policiais, equiparados e assimilados, por motivos políticos ou para o cumprimento de suas funções e por ações ordenadas pelos comandos que atuaram durante o período de fato.”

Percebe-se, claramente, a redação complexa e estranha que o dispositivo contém. Por um lado, pretende-se consagrar uma anistia para os militares e policiais, mas sem empregar este termo, porque as Forças Armadas sustentavam publicamente que não correspondia anistiá-los porque não teriam cometido delitos, que poderia ter existido algum “excesso”, mas não delitos; mas, além disso, sentiam que ao ser anistiados, eram comparados com os subversivos ou sediciosos, como eles chamavam os que lutaram contra a ditadura.

Por outro lado, esta estranha redação, que faz referência à lógica dos fatos originados em acordos entre partidos políticos e as Forças Armadas, tenta apresentar esta lei como uma consequência das negociações realizadas em 1984, onde, em nenhum momento, houve pacto para a impunidade.

O artigo 2º diz: *“O disposto no artigo anterior não compreende: a) As causas nas que, na data de promulgação desta lei, exista auto de processo”*; Cabe ressaltar que, obviamente, nesta data não existia nenhum processo em virtude do desacato militar que mencionamos anteriormente. *“b) Os delitos que tivessem sido cometidos com o objetivo de obter, para seu autor ou para terceiros, um proveito econômico.”*

O artigo 3º, que é a joia da violação da separação de poderes, diz:

“Para todos os efeitos previstos nos artigos anteriores, o Juiz interveniente nas denúncias correspondentes, requererá ao Poder Executivo que informe dentro do prazo peremptório de trinta dias depois de recebida a comunicação, se o fato



investigado o considera compreendido ou não no artigo 1º da presente lei. Se o Poder Executivo assim o comunicar, o Juiz disporá a clausura e o arquivamento dos antecedentes. Se em contrapartida, não responder ou informar que não está compreendido, disporá a continuação da indagação. Desde a data de promulgação desta lei até que o Juiz receba a comunicação do Poder Executivo, ficam suspensas todas as diligências preventivas nos procedimentos mencionados no inciso primeiro deste artigo."

Como pode ser observado, esta norma claramente condiciona o Juiz penal aos ditames do Poder Executivo.

Finalmente, o artigo 4º estabelece: *"Sem prejuízo do disposto nos artigos precedentes, o Juiz da causa remeterá ao Poder Executivo, testemunhos das denúncias apresentadas até a data de promulgação da presente lei referentes a atuações relativas a pessoas supostamente detidas em operações militares ou policiais e desaparecidas, assim como de menores supostamente sequestrados em condições similares. O Poder Executivo disporá imediatamente as investigações destinadas ao esclarecimento destes fatos. O Poder Executivo, dentro do prazo de cento e vinte dias contados a partir da comunicação judicial da denúncia, informará os denunciantes do resultado destas investigações e dará a conhecer as informações coletadas."*

Este último artigo se refere à busca de desaparecidos, que também ficava exclusivamente a cargo do Poder Executivo.

Ainda que atualmente possa causar assombro, esta lei (que, para qualquer estudante de Direito, seria uma estupidez jurídica) foi declarada constitucional pela Suprema Corte de Justiça em diversas sentenças, em 1988 e em 1989, por maioria de 3 a 2, com duas discordâncias excelentes dos Ministros Jacinta Balbela e Nelson García Otero.

Grande parte da Suprema Corte de Justiça - SCJ considerou duas linhas de argumento para considerar que esta lei era constitucional:

A) Que a Constituição consagra, como texto expreso, o poder da Assembleia Geral de suprimir delitos; e que a validade coincide em seus efeitos com a anistia, que também corresponde à competência específica do Poder Legislativo. Diz, textualmente, a Sentença: *"Concretamente: o Poder Legislativo possui poderes conferidos pela Constituição, para decretar anistias ou a validade de determinadas ações penais."* E definitivamente se pronuncia entendendo que a Lei de Validade consagra uma anistia para delitos cometidos durante o regime de fato, com algumas exceções.

B) Que a respeito do artigo 3º da Lei, que é aquele que estabelece que o Juiz penal deve solicitar ao Poder Executivo que informe se o fato investigado está ou não compreendido no disposto pelo artigo 1º, considera que tal disposição não viola o princípio de separação de poderes, nem desconhece a função jurisdicional e as garantias do devido processo. E argumentava que: "Primeiramente e fundamentalmente, por um princípio de lógica: quem pode mais, pode menos. Se o Poder Legislativo podia ditar uma lei geral de anistia, porque a Constituição o determina expressamente, ampla, clara e simplesmente, perfeitamente poderia estabelecer certos limites ou controles, por estreitos ou especiais que tenha decidido estabelecer. Por outra parte, é conhecido que a pretensão punitiva do Estado incumbe ao Ministério Público; a função do Juiz tenha sido limitada ou condicionada, em matéria penal, pela atividade de tal Ministério (D. L. Nº 15.365 e C.P.P.). Esta atividade não está regulada pela Constituição, mas sim pela lei; nada impede que outra lei atribua a outro órgão o exercício da pretensão punitiva, sem estar sujeito a garantir a independência técnica do Ministério Público quando este exerce a ação penal. Isto é demonstrado pelo pedido de destituição ou absolvição formulado pelo representante da causa pública, que obriga o Juiz da causa, que a respeito do primeiro deve "decretá-lo sem mais trâmites e através de auto fundado exclusivamente em tal solicitação" (C.P.P., a. 235).

A LEI DE VALIDADE DURANTE OS GOVERNOS DO PARTIDO COLORADO E DO PARTIDO NACIONAL

Durante os governos do Partido Colorado e do Partido Nacional, isto é, durante as presidências de Sanguinetti, Lacalle, Sanguinetti novamente e Batlle, o Poder Executivo, quando era consultado pelos juízes penais a respeito de se o fato denunciado estava, ou não, compreendido nas previsões do artigo 1º da Lei de Validade, estes governos respondiam sempre e sem exceção que sim, que o fato denunciado estava compreendido na Lei de Validade. E os juízes penais dispunham do arquivamento das causas.

Então, durante quase 20 anos, a Lei de Validade funcionou como uma anistia, sem ser.

Diante da impossibilidade de acionar, em nível nacional, pela postura do Poder Executivo a respeito da Lei de Validade, mas, também, porque a Suprema Corte de Justiça tinha fechado todos os caminhos, à medida que tinha declarado que tal lei era constitucional, alguns cidadãos



promoveram denúncias diante da Comissão Interamericana de Direitos Humanos. Desta forma, entre junho de 1987 e abril de 1989, a Comissão recebeu um total de oito denúncias contra o Estado por homicídios, desaparecimentos forçados e torturas.

As petições apresentadas diante da Comissão denunciavam os efeitos jurídicos da Lei de Validade e sua aplicação pelo Poder Judicial, como uma violação dos direitos reconhecidos na Convenção Americana de Direitos Humanos à proteção judicial (artigo 25) e as garantias à proteção judicial (artigo 25) e às garantias judiciais (artigo 8), entre outros.

A partir de tais denúncias e petições, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos em seu relatório 29/92 de 2 de outubro de 1992 diz:

A COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS,

- 1. Conclui que a Lei 15.848, de 22 de dezembro de 1986, é incompatível com o artigo XVIII (Direito de justiça) da Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, e os artigos 1, 8 e 25 da Convenção Americana sobre os Direitos Humanos.*
- 2. Recomenda ao Governo do Uruguai que outorgue às vítimas requerentes, ou a seus beneficiários, uma justa compensação pelas violações às que se faz referência no parágrafo anterior.*
- 3. Recomenda ao Governo do Uruguai a adoção das medidas necessárias para esclarecer os fatos e individualizar os responsáveis das violações de direitos humanos ocorridas durante o período de fato.*
- 4. Dispõe a publicação do presente relatório."*

A LEI DE VALIDADE DURANTE OS GOVERNOS DA FRENTE AMPLA

Com a ascensão da Frente Ampla ao governo, no ano 2005, a aplicação da Lei de Validade mudou radicalmente.

Por um lado, o Presidente Tabaré Vázquez respondeu as consultas dos juízes penais com diferentes argumentos, mas habilitando sempre o prosseguimento das investigações judiciais.

Por outro lado, aplicou completamente o artigo 4º da Lei, que impõe a obrigação do Poder Executivo de realizar as investigações necessárias para esclarecer os desaparecimentos forçados.

Esta posição foi mantida pelo segundo governo de esquerda, liderado pelo Presidente José Mujica.

Esta postura do Poder Executivo, desde 2005 até hoje, permitiu que o Poder Judicial pudesse investigar e, eventualmente, processar e condenar os criminosos do período ditatorial.

É assim que, nestes últimos anos, foram processados e condenados os ditadores daquela época, Juan María Bordaberry (recentemente falecido) e Gal. Gregorio Álvarez. Também foi processado e condenado o chanceler da ditadura, Juan Carlos Blanco. E, até agora, foram processados, e em vários casos também condenados, cerca de vinte militares e policiais, entre eles um General em atividade com comando de tropa, que era o candidato mais firme para assumir o Comando do Exército (precisamente como coautor de homicídio qualificado no caso Nibia Sabalsagaray).

Neste período, se encontravam em prédios militares os restos de quatro desaparecidos: Fernando Miranda e Ubagesner Chávez Sosa em 2005, Julio Castro em 2011 e Ricardo Blanco em 2012.

No mês de outubro de 2009, ocorreu um fato de grande relevância na luta por Verdade e Justiça. A Suprema Corte de Justiça ditou, por unanimidade de seus membros, a Sentença Nº 365 na causa Nibia Sabalsagaray, pelo que declarou a inconstitucionalidade da Lei de Validade, mudando a jurisprudência que se mantinha desde 1988.

A seguir, analisamos brevemente os principais fundamentos da sentença. Mas, como no primeiro conceito, podemos dizer que foi um golpe demolidor à Lei de Validade.

A SENTENÇA DA CORTE INTERAMERICANA NO CASO GELMAN

Em 24 de fevereiro de 2011, a Corte Interamericana de Direitos Humanos ditou Sentença no caso Gelman vs. Uruguai (Juan Gelman, María Claudia García Iruretagoyena de Gelman e María Macarena Gelman García Iruretagoyena contra a República Oriental do Uruguai).



Como sabem, apenas os Estados membros e a Comissão Interamericana podem submeter um caso à decisão da Corte Interamericana (Art. 61.1 da Convenção).

Neste caso, foi a Comissão Interamericana de Direitos Humanos que, em 21 de janeiro de 2010, apresentou uma denúncia contra o Uruguai, de acordo com o previsto nos Artigos 51 e 61 da Convenção Americana de Direitos Humanos.

O Uruguai ratificou a Convenção Americana de Direitos Humanos em 1985. E ao fazê-lo reconheceu a competência da Comissão Interamericana e da Corte Interamericana de Direitos Humanos (órgãos previstos no Art. 33 da Convenção). E, ao reconhecer sua competência, aceitou submeter-se à sua jurisdição.

Portanto, não restam dúvidas de que a Sentença da Corte Interamericana é obrigatória para o Estado uruguaio, e para todos seus Poderes e órgãos.

A própria Sentença, em seu parágrafo 193, diz:

“Quando um Estado toma parte de um tratado internacional como a Convenção Americana, todos seus órgãos, inclusive seus juízes, estão submetidos a ele, o qual lhes obriga a velar para que os efeitos das disposições da Convenção não se vejam obscurecidos pela aplicação de normas contrárias a seu objetivo e finalidade, pelo que os juízes e órgãos vinculados à administração de justiça em todos os níveis, estão na obrigação ex officio de exercer um “controle de convencionalismo” entre as normas internas e a Convenção Americana, evidentemente no marco de suas respectivas competências e dos regulamentos processuais correspondentes e nesta tarefa, devem ter em conta não apenas o tratado, mas também a interpretação que a Corte Interamericana fez do mesmo, intérprete última da Convenção Americana.”

A Sentença da Corte Interamericana no caso Gelman deu um novo golpe demolidor à Lei de Validade.

Neste sentido, o numeral 11 da parte resolutiva expressa:

“O Estado deve garantir que a Lei de Validade da Pretensão Punitiva do Estado, ao carecer de efeitos, por sua incompatibilidade com a Convenção Americana e a Convenção Interamericana sobre Desaparecimento Forçado de Pessoas, pode impedir ou obstaculizar a investigação e eventual sanção dos responsáveis de graves violações de direitos humanos, não volte a representar um obstáculo para a

investigação dos fatos matéria de autos e para a identificação e, se procede, sanção dos responsáveis dos mesmos, conforme os parágrafos 253 e 254 da Sentença.”

Esta Sentença da Corte Interamericana, obrigatória para os três Poderes do Estado uruguaio, determinou que cada um destes Poderes atuasse em consequência.

O **Poder Executivo** dispôs sobre a revogação de ofício de todos os atos administrativos ditados nos governos de Sanguinetti, Lacalle e Batlle que haviam amparado muitas causas penais na Lei de Validade.

Isto determinou a imediata reabertura de arquivo por parte do Poder Judicial de mais de 80 expedientes e o prosseguimento das indagações judiciais. Desta forma, o Poder Executivo cumpriu com os elementos específicos da Sentença referentes ao caso Gelman, tanto nas reparações econômicas, quanto as morais e simbólicas. Entre elas, uma das mais importantes foi o ato de ascensão de responsabilidade do Estado uruguaio neste caso, que foi efetuado no Palácio Legislativo, com a presença do presidente e seus ministros, legisladores, ministros da SCJ, comandos militares, e a presença do escritor Juan Gelman e de sua neta Macarena Gelman.

Por sua parte, o **Poder Legislativo** sancionou a Lei 18.831 que dispôs o reestabelecimento da pretensão punitiva do Estado, uma espécie de contracara da Lei de Validade.

Esta lei, promulgada em 27 de outubro de 2011, dispõe:

“Artigo 1º.- Se reestabelece o pleno exercício da pretensão punitiva do Estado para os delitos cometidos em aplicação do terrorismo de Estado até 1º de março de 1985, compreendidos no artigo 1º da Lei No. 15.848, de 22 de dezembro de 1986.

Artigo 2º.- Não será computado nenhum prazo, processual, de prescrição ou de validade, no período compreendido entre 22 de dezembro de 1986 e a vigência desta lei, para os delitos a que se refere o artigo 1º desta lei.

Artigo 3º.- Declara-se que os delitos a que se referem os artigos anteriores são crimes de lesa humanidade, conforme os tratados internacionais, dos que a República faz parte.

Artigo 4º. Esta lei entrará em vigor a partir de sua promulgação pelo Poder Executivo.”

Como vemos, tanto o Poder Executivo como o Legislativo, procuraram cumprir fielmente a letra e o espírito da Sentença da Corte Interamericana.



DEBATE ENTRE OS PARTICIPANTES DO COLÓQUIO INTERNACIONAL DIREITO À VERDADE E À JUSTIÇA NOS PAÍSES DO CONE SUL.

FONTE: ACERVO DA COMISSÃO DE ANISTIA.

Atualmente, o que abriu uma margem de dúvidas para os operadores jurídicos foi a Suprema Corte de Justiça.

E isto ocorreu porque a SCJ, nos meses de maio e julho de 2011, ditou sentenças em que casos de desaparecimento forçado foram tipificados como homicídios especialmente qualificados. Do ponto de vista dos militares condenados, não ocorreu nenhuma mudança, já que igualmente foram condenados com penas de 20 a 25 anos de prisão.

Mas do ponto de vista teórico, a Suprema Corte, ao entender que a figura do desaparecimento forçado é uma criação recente, indiretamente, pode levar à interpretação de que não o considera um crime grave já previsto no Direito Internacional dos Direitos Humanos, desde várias décadas atrás, portanto, imprescritível.

Ou seja, ao aplicar o homicídio especialmente qualificado, que é uma figura do Código Penal nacional, pode interpretar-se que aplica um delito que está submetido ao instituto da prescrição que o próprio Código Penal prevê.

Se fosse assim, isto poderia determinar que, de acordo com as leis nacionais, o delito de homicídio especialmente qualificado teria sido prescrito no dia 1º de novembro de 2011.

Este foi um dos motivos mais importantes para que a Lei 18.831 fosse sancionada, que entrou em vigor quatro dias antes, em 27 de outubro de 2011, como mencionei recentemente.

O CASO SABALSAGARAY

Analisaremos agora o caso Sabalsagaray. Nibia Sabalsagaray era uma docente de literatura, recém-graduada, militante da União da Juventude Comunista, que tinha 24 anos quando foi detida.

Sua detenção ocorreu na madrugada de 29 de junho de 1974 (um ano após o golpe de Estado), por efetivos que pertenciam ao Batalhão de Transmissões Nº 1. Foi detida em seu domicílio por três uniformizados e dois civis. Posteriormente, veremos a importância que a suposta participação de civis teve na operação.

Doze horas após sua detenção, na tarde do mesmo dia, entram em contato com a família para que fossem retirar o corpo, afirmando que Nibia havia se suicidado, que havia se enforcado, como diz o atestado de óbito feito por um médico que, anos depois, foi expulso das organizações médicas sindicais por suas gravíssimas faltas éticas cometidas durante a ditadura.

No final de 2003, Stella, a irmã menor de Nibia, que, no momento da morte de Nibia tinha apenas 15 anos, comparece ao meu escritório. Mas já havia se passado quase trinta anos desde aqueles acontecimentos, e ela me disse que tinha a necessidade de fazer alguma coisa pela memória de sua irmã. E que, geralmente, nas organizações de esquerda, o caso de Nibia era conhecido e, obviamente, era suposto que ela tinha sido assassinada. Dizia, ainda, que não podia suportar que a “verdade oficial” fosse mantida, perpetuando-se a versão de que Nibia havia se suicidado, e queria fazer algo neste sentido.

Em setembro de 2004, com meu sócio, o Dr. Ruben Waisrub, apoiamos Stella Sabalsagaray e formulamos a denúncia correspondente diante da Justiça penal.

Afirmamos, então, que a denúncia perseguia dois objetivos:

“a) Que se estabeleça por parte da Justiça competente, que a morte de minha irmã não foi suicídio, pelo contrário, se tratou de um homicídio;

b) Que se sancione penalmente ao(s) autor(es), e/ou cúmplices de tal homicídio.”



Com a denúncia, apresentamos prova testemunhal e documental, estas últimas basicamente artigos jornalísticos que tratavam da hipótese de homicídio.

Deve ser ressaltado que a denúncia foi apresentada quando a Frente Ampla ainda não tinha assumido o governo, e que todas as consultas que os juízes faziam ao Poder Executivo em aplicação da Lei de Validade, como vimos anteriormente, eram respondidas sistematicamente no sentido de que a causa estava amparada pela Lei.

Por isso, ao apresentar a denúncia, insistimos na circunstância de que na detenção teriam participado duas pessoas civis; os civis não estavam amparados pela Lei de Validade.

Após diversas atuações preventivas, o juiz da causa consulta o Poder Executivo quando o Dr. Tabaré Vázquez já tinha assumido a presidência. E o Presidente Vázquez responde ao pedido em 7 de junho de 2005, resumidamente informando que:

“...em relação aos funcionários militares e policiais – sem ser o caso dos supostos civis intervenientes – opera a validade do exercício da pretensão punitiva do Estado a respeito do delito denunciado, conforme prescrito no artigo 1º da Lei No. 15.848 de 22 de dezembro de 1986.”

Esta resposta, ainda que acarretasse a aplicação da Lei de Validade, não dispunha a clausura dos procedimentos, mas sim, habilitava o Juiz a prosseguir as indagações para determinar se Nibia teria, ou não, se suicidado, e as responsabilidades penais dos civis que eventualmente pudessem ter participado.

Então, começa uma extensa atividade de indagação preventiva de mais de três anos, onde a carga probatória fundamental recaiu na família de Nibia, já que devíamos apresentar testemunhas de toda classe; desde amigos e colegas de Nibia que testemunhavam que ela não tinha características pessoais para se suicidar após poucas horas de detenção, até um médico amigo da família, que, na época da morte de Nibia, era estudante de medicina quase formado, e que, a pedido da família, examinou o corpo, obviamente de forma muito superficial, mas que lembrava perfeitamente das lesões que tinha constatado. Também apresentamos testemunhas que estiveram presas na mesma unidade militar, que testemunharam a respeito do tratamento a que eram submetidos todos os detidos (tortura sistemática). Vários militares também prestaram declarações, como testemunhas, não como acusados, porque, todavia eram amparados pela lei.

Também foi efetuada uma autópsia histórica e uma autópsia psicológica.

A Lei 18.026 de Cooperação com a Corte Penal Internacional em matéria de luta contra o genocídio, crimes de guerra e crimes contra a humanidade, permite que a vítima ou seus familiares (como neste caso) possam acessar todas as atuações, propor provas e participar de todas as diligências judiciais.

Em nosso direito não existe a figura do requerente, nem público nem privado, para estes delitos. O processo penal se desenvolve entre o Juiz e o Promotor, com esta intervenção da vítima e/ou seus familiares, e quando há um indagado, também com a participação do defensor deste. Ou, eventualmente a participação do defensor do processado e do condenado.

No sumário alcançou-se um ponto em que era evidente que, na operação de detenção, não teriam participado civis, pelo que o juiz se prestava a arquivar a causa.

Foi ali que o Ministério Público, representado pela Dra. Mirtha Guianze, interpõe uma exceção de inconstitucionalidade da Lei de Validade, em conhecimento de que a aplicação desta lei impedia que a justiça pudesse indagar as causas da morte de Nibia e a determinação dos culpados.

No processo de inconstitucionalidade diante da Suprema Corte de Justiça, nós, isto é, Stella Sabalsagaray, com o nosso apoio, nos colocou como terceiros para evitar que uma eventual falta de legitimación para acionar a promotoria (como era sustentado pelo Fiscal do Tribunal) pudesse determinar a rejeição da exceção.

A Suprema Corte, no processo de inconstitucionalidade, deu vista ao Poder Executivo e ao Poder Legislativo, que se manifestaram no sentido de compartilhar que a Lei de Validade era inconstitucional.

E finalmente, em 19 de outubro de 2009, a Suprema Corte de Justiça, por unanimidade de seus cinco ministros, e modificando uma jurisprudência de mais de vinte anos, dita a Sentença No. 365 que declara inconstitucionais e inaplicáveis no caso, concretamente os arts. 1º, 3º e 4º da Lei No. 15.848.

Rapidamente, veremos os argumentos fundamentais que a Suprema Corte tratou:

A) Sobre o argumento de que a Lei de Validade é uma lei de anistia, diz:

“Ainda que a Assembleia Geral possa conceder indultos e determinar anistias em casos extraordinários... no juízo da Corte, esta lei não é nem uma coisa, nem outra. Em efeito, de querer outorgar uma anistia, teria se expressado claramente, utilizando a terminología do art. 85 num. 14 da Carta.”



Depois, objeta, por razões formais, a possibilidade de que seja uma anistia:

a) porque três meses antes, o Senado tinha rejeitado um projeto de lei de anistia para militares e policiais, pelo que um novo projeto não poderia ser apresentado no mesmo período;

b) porque as leis de anistia requerem maioria absoluta de votos de cada Câmara, e o Art. 1º da Lei de Validade obteve 49 votos em Deputados (quando seriam necessários 50 votos).

B) Que se ficasse entendido que a Lei, ao invés de outorgar uma anistia, simplesmente declarasse a validade das ações penais, também seria inconstitucional, porque isto *“excede as faculdades dos legisladores e invade o âmbito de uma função constitucionalmente designada aos juízes...”*

E logo depois, conclui afirmando: *“... é verdade que o Poder Legislativo poderia fixar um término de validade para o exercício de certas ações penais, mas isso não é o que fez. Considerando a natureza e o fundamento do instituto, não é racional dispor a validade de uma ação – que não estava sujeita ao termo desde antes – sem fixar um prazo razoável para que o titular a exercite, sob mandado de sua extinção. Menos ainda se não se verifica o suposto de inatividade, mas sim, pelo contrário, há o desejo de encerrar casos cuja investigação está em curso.”*

C) Que a Lei de Validade vulnera o princípio de separação de poderes, uma vez que: *“...o art. 3º da Lei No. 15.848 condiciona a atividade jurisdicional a uma decisão do Poder Executivo, com total eficácia, o qual colide ostensivamente com as faculdades dos Juízes de estabelecer quem são ou não são responsáveis da comissão de delitos comuns, que, como foi dito, é função do Juiz ordinário e de mais ninguém.”*

“Na medida em que o poder jurisdicional fica limitado a uma decisão prévia do Poder Executivo, viola-se flagrantemente o art. 233 da Constituição, que, harmonicamente em seus arts. 4º e 82º, dispõe que a atividade própria do serviço judicial será desempenhada pela Suprema Corte de Justiça, Tribunais e Juizados que estabeleçam a lei. O poder soberano do Estado, de aplicar penas, foi conferido ao Poder Judicial, razão pela qual o Poder Executivo tem vetado, naturalmente, subordinar a atuação do Poder Judicial a uma decisão sua sem expressar algum motivo que a justifique.”

“Pois bem, esta função jurisdicional –de rango constitucional l– não pode ser outorgada a outra autoridade senão o Poder do Estado sem transgredir o princípio de separação de poderes.”

D) Igualmente sustenta a Sentença que *“as normas impugnadas transgridem o direito das vítimas e de seus familiares de ter acesso ao sistema judicial;”* mas desestima o argumento de que a Lei viola o princípio de igualdade, porque *“tal princípio não se encontra afetado na medida em que o tratamento diferencial consagrado (independentemente de que se compartilhem ou não as razões políticas que inspiraram ao Poder Legislativo) não aparece como irracional ou meramente discriminatório, o qual descarta a pretendida violação do direito reconhecido no art. 8º da Constituição.”*

E) Finalmente, a Suprema Corte realiza a colaboração, a meu ver, mais significativa, quando afirma: *“Em relação em que as normas impugnadas seguem o disposto em tratados internacionais, o agravo se trata de recebimento.”*

“A Corporação compartilha a linha de pensamento segundo a qual as convenções internacionais de direitos humanos se integram à Carta pela via do art. 72, por se tratar de direitos inerentes à dignidade humana que a comunidade internacional reconhece em tais pactos.” E o art. 72 de nossa Constituição diz: *“A enumeração de direitos, deveres e garantias feitas pela Constituição, não exclui os outros que são inerentes à personalidade humana ou derivam da forma republicana de governo.”*

Isto claramente significa que as normas referidas aos direitos humanos, estabelecidas por tratados internacionais ratificados pelo Uruguai, não têm em nosso país o valor de uma simples lei, mas sim, passam a ter ordem constitucional em virtude do Artigo 72 da Carta; pelo que então outras leis não poderiam seguir suas normas, dado que seriam inconstitucionais.

Precisamente, quando a Lei de Validade foi sancionada, nosso país já havia ratificado três convenções internacionais que, entendendo que seu conteúdo teria passado a ter rango constitucional, foram violadas por aquela norma. E são eles: o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos das Nações Unidas (ratificado pela Lei No. 13.751), a Convenção Americana de Direitos Humanos (ratificada pela Lei No. 15.737) e a Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes das Nações Unidas (ratificado pela Lei No. 15.798).

Além destas linhas de argumento, nesta Sentença, a SCJ fez referência a falhas da Corte Interamericana e da Corte Suprema da Nação Argentina, e especialmente a respeito desta última destaca as sentenças sobre as leis de Ponto Final e Obediência Devida, onde a Corte argentina disse que tais leis de anistia não levam em conta a hierarquia constitucional dos Direitos Humanos. *“E o caráter de “jus cogens” que ostentam as normas internacionais, criadas por pactos ou convenções, ou de caráter consuetudinário.”*



É importante ressaltar que, no Uruguai, as sentenças de inconstitucionalidade das leis tem efeito apenas para o caso concreto em que se ditam. Logo após esta sentença de outubro de 2009, a Suprema Corte emitiu outras sentenças em 2010 e 2011, englobando um grande número de casos.

A sentença de inconstitucionalidade da Lei de Validade no caso Sabalsagaray, significou que o Juiz poderia interrogar livremente os militares eventualmente envolvidos. Passaram pelo Juizado mais de quinze militares, a maioria como testemunhas, e dois deles como interrogados.

Finalmente, em 8 de novembro de 2010, são condenados com prisão o Gal. Miguel Dalmao e o Coronel José Chialanza como coautores de um delito de homicídio especialmente qualificado.

O Gal. Dalmao era Comandante de uma Divisão do Exército, com comando direto sobre mais de 2.000 soldados e era o candidato a substituir o Comandante do Exército por ser o General mais antigo.

Este processo permitiu que fossem realizadas reuniões dos Generais para analisar a situação criada, e que o Comandante do Exército apoiasse publicamente o General processado.

A nosso ver, estes processos nos demonstraram que a institucionalidade democrática no Uruguai funciona, ainda que às vezes se estremeça, mas também que as Forças Armadas uruguaias estão muito longe de ter feito uma revisão do acontecido durante a ditadura, e que esta revisão não será feita sozinha.

Os defensores destes militares interpuseram recursos de apelação, e, finalmente, em 24 de agosto de 2011, o Tribunal de Apelações no Penal de 3º Turno desestimou os recursos, ratificando os autos do processo ditados na causa Nibia Sabalsagaray.

A sentença de segunda instância conclui afirmando:

“Como um resumo do que foi exposto, corresponde ressaltar as seguintes conclusões:

1.- No caso, não foi operado nenhum vício causador de nulidade.

2.- Na fase atual do processo, a atuação processual deve limitar-se a estabelecer a constância do fato delitivo e os elementos de convicção suficientes de que os envolvidos tiveram participação no mesmo (art. 125, CPP).

3.- *A jovem Nibia Sabalsagaray faleceu por homicídio durante uma sessão de interrogatório em que – além de outros castigos físicos – foi causada uma compressão de seu pescoço a nível hioideo, acarretando a morte por “enforcamento”*

4.- *Existem elementos de convicção suficientes de que, neste fato, o acusado Dalmao participou como coautor (art. 61 num. 3 e 4, CP, igualmente como o acusado Chialanza (art. 61, num. 2, ejusdem).*

5.- *O fato deve ser atribuído a título de dolo eventual porque apesar da ausência de confissão, lógica e razoavelmente deve ser entendido que o militar que desenvolve um interrogatório e em seu transcurso comprime o pescoço ao nível mencionado do interrogado, de ter representado a possibilidade de enforcamento e, não obstante, por indiferença e até por egoísmo, continuou agindo.*

6.- *Conforme o num. 1 literal a) do art. 117 e art. 123 do CP, o fato dos autos não prescritos; levando em consideração que o período de prescrição pode começar a transcorrer utilmente a partir de 1.3.1985 e por aplicação do princípio geral de direito contido no art. 98 do CGP.*

Pelos fundamentos expostos, o Tribunal

DECIDE:

Confirma-se a sentença impugnada.”

Uma das colaborações mais importantes desta sentença de segunda instância, a nosso ver, é a que se refere à valorização da prova e à consideração de que o marco histórico em que se produziram os fatos já está totalmente comprovado e que a informação referente ao mesmo (ao marco histórico) passou a formar parte do acervo de nossa comunidade, configurando-se em fatos notórios, que, portanto, já não devem ser comprovados novamente em cada processo concreto.

Sobre, diz:

“a prova reunida em autos deve ser devidamente contextualizada, tendo em conta o marco histórico em que aconteceram os fatos e os sujeitos que posteriormente adicionaram os elementos para agregar a “historia oficial” de “autoeliminação”, segundo consta no expediente agregado e individualizado como P 221/87, subtítulo Supremo Tribunal Militar remete sumário instruído “Suicídio. Nibia Gloria Sabalsagaray Curutchet. Batalhão de Transmissões N° 1. Clausura.”



Igualmente deve ser considerado que tal marco histórico vem sendo enriquecido progressivamente desde a criação da “Comissão para a Paz” sob o governo do Dr. Jorge Batlle, sobre dar-se a conhecer as particularidades operativas do conjunto repressivo de então, contra o que se denominava “operações subversivas” (detenções; interrogatórios; atividade de inteligência, etc.); toda a informação que passou a fazer parte do acervo de nossa comunidade, configurando-se o que se denominou como “fatos notórios”.

Então, as provas anexadas à causa devem ser valorizadas com este plano de fundo, que configura propriamente a aplicação das regras da crítica saudável (art. 174 citado), recriando-se assim com a maior justiça possível, o que constitui o objetivo do presente processo.

Também não pode ser esquecido que os sujeitos que assentaram as bases para a hipótese judicial de suicídio, são justamente os interrogados nos autos, e que os mesmos atuaram sob o comando e favorecidos pela obscuridade do sistema repressivo imperativo.

Finalmente, neste momento também não pode ser aceita a tese da Defesa que pretende isolar os indícios, fragmentando ou pulverizando a prova indevidamente, como forma de esvaziar a força de convicção que surge da análise de seu conjunto, de sua unidade...”

ALGUMAS CONSIDERAÇÕES POLÍTICAS E SOCIOLOGICAS

Não é o objetivo desta publicação entrar no campo da política ou da sociologia. Mas também é muito difícil, para não dizer impossível, abordar questões jurídicas desconhecendo as realidades políticas e sociais em que se deve atuar.

É assim que quero referir-me brevemente a um nó jurídico, político e social que se desenvolveu no Uruguai, em outubro de 2009, e que, de alguma forma, continua acontecendo atualmente.

Como lhes disse antes, em 19 de outubro de 2009, a SCJ, por unanimidade, ditou uma sentença que declarou inconstitucional a Lei de Validade para um caso concreto (Sabalsagaray).

Mas seis dias depois, em 25 de outubro, foi rejeitado pela cidadania (basicamente não obteve os votos necessários) um projeto de reforma constitucional impulsionado por organizações de direitos humanos e setores da Frente Ampla, que tivesse envolvido a anulação de tal lei, obviamente com caráter general e com efeitos para o passado.

E também, no dia 25 de outubro, a cidadania renova o mandato do governo da Frente Ampla, e dá maioria parlamentar absoluta a esta força política que tinha, em seu programa de governo, a anulação desta lei.

É inquestionável a postura adotada em seu momento pela SCJ, sobre a constitucionalidade ou não de uma norma legal não está relacionada com sua aceitação ou não no nível da cidadania.

Mas a aprovação por parte do governo *frenteamplista* da Lei No. 18.831 que “desaplicou” a Lei de Validade, foi muito questionada pela oposição política, afirmando que o parlamento e o governo estavam desconhecendo o pronunciamento popular do plebiscito de outubro de 2009.

Igualmente, houve vozes afirmando, com razão, que os direitos humanos não se sujeitam a plebiscito, mas o lamentável, a meu ver, é que várias destas vozes teriam impulsionado o plebiscito constitucional.

Curiosidades e contradições do processo político uruguaio, as quais devam ser analisadas por cientistas políticos, mas que os operadores jurídicos não podemos, nem devemos, desconhecer.

ALGUMAS NOVIDADES RECENTES (A RESPEITO DO CASO SABALSAGARAY)

O Juiz Dr. Rolando Vomero, que teria levado adiante o sumário e que ditou os autos de processo de Dalmao e Chialanza, foi promovido pela Suprema Corte a Ministro de um Tribunal de Apelações.

Por sua parte, a Dra. Mirtha Guianze, que foi muito importante nas causas de direitos humanos em que teve de atuar, e que foi a interventora no caso Sabalsagaray, promovendo a inconstitucionalidade da Lei de Validade, renunciou ao Ministério Público ao ser designada pelo Parlamento nacional, integrante do Conselho Diretivo da Instituição Nacional de Direitos Humanos, de criação legal recente.

O Promotor que a substituiu, o Dr. Carlos Negro, no mês de julho de 2012 formulou acusação penal contra o Gal. Dalmao imputando-lhe um delito de “homicídio político”, o qual está previsto no Estatuto de Roma da Corte Penal Internacional, que foi ratificado pelo Uruguai pela Lei No.



17.510 do ano 2002 e implantado pela Lei No. 18.026 de 2006, o qual é um delito previsto no Direito Internacional e que não está submetido à prescrição nem limitação de nenhuma classe.

Finalmente, quero destacar, além de tudo que foi expresso, o grande avanço na verdade e justiça que houve em nosso país nos últimos anos. Ainda que falte muito por fazer.

Avançar na Verdade, Justiça e Memória envolve investigar e esclarecer os delitos cometidos, condenar seus responsáveis, compensar as vítimas e seus familiares, mas também supõe necessariamente construir o relato histórico que contribua para uma superação progressista e avançada da nefasta experiência da ditadura e o terrorismo de estado em nosso país, e em todo o Cone Sul de nossa América.

RESUMO: O texto trata das experiências judiciais no Uruguai na busca pela Verdade e Justiça, caracterizadas fundamentalmente por ações penais. Para isto, analisa as características da ditadura no Uruguai, o restabelecimento da democracia, a sanção da Lei de Validade da Pretensão Punitiva do Estado (conhecida popularmente como Lei de Impunidade), a aplicação desta lei nos últimos 25 anos, e finalmente trata da análise da causa penal Nibia Sabalsagaray, que o autor patrocinou juntamente com o Dr. Ruben Waisrub.

PALAVRAS-CHAVE: Justiça de Transição; Direito Internacional; Uruguai; Ditadura; Anistia



PUNIR OR NOT PUNIR? QUAL É O VERDADEIRO DILEMA?

Marcos Zilli

Juiz de Direito e Professor Doutor da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP)

1. JUSTIÇA DE TRANSIÇÃO: SENTIDO E ALCANCE

A Justiça de Transição¹ envolve uma série de mecanismos e instrumentos desenhados para que as sociedades que suportaram graves violações de direitos humanos possam pavimentar o caminho da consolidação da paz e da reconciliação mediante a valorização do Estado de Direito, da democracia e, especialmente, de uma cultura de respeitabilidade da dignidade humana². Conforme pontuado pelo *International Center for Transitional Justice* (ICTJ), a chamada Justiça de Transição não envolve uma nova forma ou modalidade especial de Justiça. Em realidade, trata-se de um enfoque abrangente e multidisciplinar que tem por objetivo consolidar importantes valores em sociedades que enfrentaram períodos de graves conflitos ou de repressão estatal³. Embora os objetivos sejam ambiciosos, crê-se que o enfrentamento do passado, em sua amplitude horizontal e vertical, é pressuposto essencial para que ele não venha a ser repetido.

1 O termo “Justiça de Transição” não é livre de controvérsias. Para alguns, a expressão confere ênfase ao elemento justiça, minimizando, por sua vez, outros aspectos igualmente importantes os quais não estariam restritos às medidas judiciais. Daí o uso de outros termos tais como “post-conflict justice” ou mesmo “dealing with the past”. Nesse sentido ver: OLSEN, Tricia D.; PAYNE, Leigh A.; REITER, Andrew G. *Transitional justice in balance: comparing processes, weighing efficacy*. Washington, DC: United States Institute of peace press, 2010, p. 10-11. Estes termos, contudo, concentram o espectro de análise no passado quando é sabido que os mecanismos de transição podem ser aplicados durante um conflito e como forma de se alcançar a paz. O exemplo da Colômbia é, sem dúvida, o mais paradigmático.

2 A literatura sobre a Justiça de Transição é vasta. Dentre os inúmeros estudos sobre o tema podem ser citados: KRITZ, Neil J. *Transitional Justice: How emerging democracies reckon with former regimes*. 3. vols. Washington, DC: United States Institute of Peace Press, 1995; TEITEL, Ruti. *Transitional justice*. New York: Oxford University Press, 2000; BICFORD, Louis. *Transitional justice*. In: HORVITZ, Leslie Alan; CATHERWOOD, Christopher. *Macmillan encyclopedia of genocide and crimes against humanity*. New York: Facts on file, 2004, v. 3, p. 1045-1047; AMBOS, Kai. *El marco jurídico de la justicia de transición*. Bogotá: Temis, 2008. OLSEN, Tricia D.; PAYNE, Leigh A.; REITER, Andrew G. *Transitional...*, op. cit., p. 9-28.

3 “Transitional justice refers to the set of judicial and non-judicial measures that have been implemented by different countries in order to redress the legacies of massive human rights abuses. These measures include criminal prosecutions, truth commissions, reparations programs, and various kinds of institutional reforms. Transitional justice is not a ‘special’ kind of justice, but an approach to achieving justice in times of transition from conflict and/or state repression. By trying to achieve accountability and redressing victims, transitional justice provides recognition of the rights of victims, promotes civic trust and strengthens the democratic rule of law”. Disponível em: <http://ictj.org/about/transitional-justice>. Acesso em 15.10.2012.

Nesta complexa equação, contudo, há que se compor interesses que, algumas vezes, se mostram conflituosos, quais sejam, os da justiça e da paz.

O elemento justiça guarda, sem dúvida, uma dimensão punitiva até mesmo porque os crimes cometidos envolvem atrocidades praticadas de forma maciça e sistemática, tais como a execução sumária de pessoas, o genocídio, as torturas, as prisões ilegais e o desaparecimento forçado de pessoas. As vítimas compõem os grupos oprimidos que, via de regra, ficam à mercê do aparato estatal autoritário ou então de grupos e organizações privadas que contam com o auxílio, senão incentivo, do próprio Estado. Nessa perspectiva, a impunidade para as vítimas seria representativa da consagração do mal e, portanto, um fator de retroalimentação do conflito que se pretende superar⁴. Por outro lado, há certa coincidência entre os crimes que são cometidos e o padrão punitivo internacional, de modo que a punição dos responsáveis extrapola o âmbito de interesse puramente nacional. Ou seja, há uma expectativa por parte da comunidade internacional de que os fatos criminosos não sejam esquecidos e que seus agentes não permaneçam impunes.

Mas, ainda que a dimensão punitiva guarde importância na composição dos diversos elementos que cercam a Justiça de Transição, não se pode olvidar da dimensão restaurativa⁵. Afinal, o caminho rumo à consolidação dos valores democráticos e da cultura dos direitos humanos é bem mais complexo, não podendo ser reduzido às medidas persecutórias. Aliás, há situações extremadas em que algumas renúncias hão de ser feitas à punição. Trata-se de hipótese por demais delicada e que somente se apresenta factível em contextos muito pontuais, quando não restarem alternativas à paz e à reconciliação⁶. Mas, mesmo nestas situações, reina relativo

4 A lógica passa pela própria ideia de poder-dever punitivo. Ou seja, os Estados têm o dever de punir os fatos que são por eles próprios rotulados de crimes, de modo que a impunidade, representada pela simples omissão da persecução, é intolerável. A questão assume maior vigor quando estes mesmos fatos criminosos constituem crimes na dimensão do direito penal internacional. Para um estudo detido sobre a impunidade e a sua correlação com o direito penal internacional, ver: AMBOS, Kai. *Impunidad y derecho penal internacional*. 2. ed., Buenos Aires: Ad-hoc, 1999.

5 Como observa Kai Ambos: “De este modo, justicia en la justicia de transición supone bastante más que justicia penal retributiva – se assume, en la práctica, que la justicia penal no puede ser completamente administrada – y abarca a la justicia restaurativa en cuanto apunta a restaurar o incluso reconstruir la comunidad (en el sentido de justicia ‘creativa’)” (*El marco...*, op. cit., p. 11).

6 A compatibilidade da anistia para os crimes de maior gravidade constitui, sem dúvida, um dos aspectos mais sensíveis no contexto da Justiça de Transição. A ideia prevalente é de que a extensão, a gravidade e a profundidade das atrocidades aos valores mais importantes da humanidade são totalmente incompatíveis com a noção de esquecimento e de perdão que pontuam as anistias. Aliás, a própria noção de enfrentamento do passado é refratária à ideia de esquecimento. No entanto, há casos que não se adequam integralmente a tal perspectiva. O exemplo mais emblemático é, sem dúvida, o da África do Sul. E, nesse sentido, é bastante ilustrativa a disposição final da Constituição de 1994, substituída pela Constituição de 1996, que em suas disposições finais, ao tratar da unidade e da reconciliação nacional, estabeleceu os paradigmas da transição. “This Constitution provides a historic bridge between the past of a deeply divided society characterized by strife, conflict, untold suffering and injustice, and a future founded on the recognition of human rights, democracy and peaceful co-existence and development opportunities for all South Africans, irrespective of colour, race, class, belief or sex. The pursuit of national unity, the well-being of all South African citizens and peace require reconciliation between the people of South Africa and the reconstruction of society. The adoption of this Constitution lays the secure foundation for the people of South Africa to transcend the divisions and strife of the past, which generated gross violations of human rights, the transgression of humanitarian principles in violent conflicts and a legacy of hatred, fear, guilt and revenge. These can now be addressed on the basis that there is a need for understanding but not for vengeance, a need for reparation but not for retaliation, a need for ubuntu but not for victimization. In order to advance such reconciliation and reconstruction, amnesty shall be granted in respect of acts, omissions and offences associated with political objectives and committed in the course of the conflicts of the past. To this end, Parliament under this Constitution shall adopt a law determining a firm cut-off date, which shall be a date after 8 October 1990 and before 6 December 1993, and providing for the mechanisms, criteria and procedures, including tribunals, if any, through which such amnesty shall be dealt with at any time after the law has been passed”. Disponível em: <http://www.constitutionalcourt.org.za/site/constitution/english-web/interim/ch15.html>. Acesso em 15.10.2012.

consenso quanto à impossibilidade de concessão do perdão quando envolvidos os crimes de maior gravidade. Logo, o caminho em direção à reconciliação deve sempre levar em conta esta tensão⁷. Mas, independentemente da via persecutória, as diferentes experiências têm demonstrado a importância da adoção, em conjunto ou não, de medidas outras que visem à revelação e à construção da memória histórica, à depuração da máquina administrativa estatal e à indenização das vítimas e de seus familiares⁸. Nesse passo, a proliferação das chamadas comissões da verdade revela o quão útil são os instrumentos alternativos nos cenários de transição política⁹.

Não há um roteiro único na trajetória da Justiça de Transição, até mesmo porque as causas que a alimentam são múltiplas, ainda que reduzíveis ao denominador comum da violação maciça e sistemática de direitos humanos. Com efeito, os exemplos históricos perpassam pela transposição dos regimes comunistas do leste europeu às ditaduras da América Latina, sem contar, ainda, os conflitos étnicos e raciais na África. As medidas empregadas também não assumem uma única lógica sequencial. Em realidade, as diferentes necessidades orientam as decisões e os caminhos a tomar. E até mesmo a duração da chamada transição é variável de contexto para contexto. Aliás, quanto mais institucionalizado e prolongado tiver sido o regime anterior, tão mais difícil será a transição, já que a tendência é a de que o pensamento autoritário deixe seu legado entre os diferentes atores estatais e até mesmo entre os setores da sociedade civil¹⁰.

7 UPRIMNY, R.; SAFFON, MP. Justicia transicional y justicia restaurativa: tensiones y complementariedades. In. RETTEMBERG A. (ed.) *Entre el perdón y el paredón. Preguntas y dilemas de la Justicia Transicional*. Bogotá: Uniandes, 2005, p. 211-232; AMBOS, Kai. *El marco...*, op. cit., p. 12.

8 MEZAROBBA, Glenda. O que é justiça de transição? Uma análise do conceito a partir do caso brasileiro. In. PRADO SOARES, Inês Virgínia; KISHI, Sandra Akemi Shimada (Coord.) *Memória e verdade: a justiça de transição no Estado Democrático brasileiro*. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 38-53. Ver, também, da mesma autora: *Um acerto de contas com o futuro: a anistia e suas consequências: um estudo do caso brasileiro*. São Paulo: Humanitas; Fapesp, 2006. No que se refere à dimensão punitiva, lembra Van Zyl que: “julgar os perpetradores que cometeram graves violações de direitos humanos é uma parte crítica de qualquer esforço para confrontar um legado de abuso. Os julgamentos podem servir para evitar futuros crimes, dar consolo às vítimas, pensar um novo grupo de normas e dar impulso ao processo de reformar as instituições governamentais, agregando-lhes confiança.” (Promovendo a justiça transicional em sociedades pós-conflito. *Revista Anistia Política e Justiça de Transição*. Brasília: Ministério da Justiça, 2009, p. 34).

9 No contexto da América Latina, podem ser citados os seguintes exemplos: Argentina (Comisión Nacional sobre la Desaparición de Personas, 1983-1984); Chile (Comisión Nacional para la Verdad y Reconciliación, 1990-1991); El Salvador (Comisión de la Verdad para El Salvador, 1992-1993) e Perú (Comisión de la Verdad y Reconciliación, 2001-2003). Embora nem todas tenham mantido a mesma finalidade ou metodologia, é possível destacar, como o ponto comum, o resgate da verdade histórica, elemento essencial para a reconstrução do tecido social e para a sedimentação das bases de uma cultura da respeitabilidade dos direitos humanos. De todos os casos de comissões de verdade, o exemplo mais instigante é dado pela África do Sul. Ali, para além da construção de uma memória histórica, a *Truth and Reconciliation Commission* enfatizou a construção da narrativa e a sua publicidade como condições para a reconciliação e para o perdão. Como anota Edson Teles, “buscou-se um gesto civil de reunião e compreensão entre as vítimas e os criminosos, com a apuração da verdade dos fatos, a reparação moral às vítimas e a anistia aos criminosos que confessassem seus atos” (Brasil e África do Sul: rupturas e continuidades nas transições políticas. In. SOARES, Inês Virgínia Prado; KISHI, Sandra Akemi Shimada (Coord.) *Memória e verdade: a justiça de transição no Estado Democrático brasileiro*. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 121).

10 BRITO, Alexandra Barahona de; ENRIQUEZ, Carmen González; AGUILAR, Paloma (ed.). *The politics of memory: transitional justice in democratizing societies*. New York: Oxford Press, 2001. É interessante notar como no caso do Brasil o pensamento autoritário conseguiu se infiltrar e criar raízes em diversos setores da sociedade. No livro *A transição e consolidação da democracia. A experiência do Sul da Europa e da América do Sul*, Juan Linz e Alfred Stepan apresentam instigantes resultados de pesquisa de opinião feita entre a população do Uruguai, Argentina, Chile e Brasil a respeito das expectativas que cercavam a democracia nos idos de 1995. À época, cerca de 23,3% dos entrevistados brasileiros disseram que seria irrelevante se um regime fosse democrático ou não democrático (p. 261).

No caso da América do Sul, embora o pano de fundo seja comum, qual seja o contexto de redemocratização após períodos razoavelmente longos de ditaduras, as respostas dadas pelos Estados não têm sido uniformes. A antítese mais gritante é dada pelos exemplos da Argentina e do Brasil. De fato, enquanto na primeira, multiplicam-se os casos de condenações de altos dirigentes e de ex-mandatários por diversos crimes cometidos durante a ditadura militar enfrentada por aquele país¹¹, no Brasil não há, ainda, tais registros, muito embora avanços significativos tenham sido obtidos em outros campos da Justiça de Transição.

Qualquer análise que venha a ser feita do caso brasileiro deve estar desprovida de impressões e de subjetivismos. Ou seja, não se pode reduzir o exame do problema punitivo à dicotomia positivo/negativo. Tais valorações são por demais simplistas já que ocultam, quando não impedem, qualquer análise imparcial e científica dos múltiplos aspectos que envolvem todo o drama e que é, em último grau, um dilema de Justiça. A Justiça não pode estar circunscrita às finalidades por ela perseguidas e atingidas. A bem da verdade, os meios para realizá-la são igualmente importantes.

2. O BRASIL E O PROCESSO DE TRANSIÇÃO E DE CONSOLIDAÇÃO DEMOCRÁTICA: O VAZIO PUNITIVO

Quando examinados os pressupostos que tocam a Justiça de Transição fica evidente, no caso do Brasil, a ausência de uma trajetória lógica e previamente planejada¹². Em realidade, a transposição do regime militar¹³ para o governo civil foi gerida e conduzida pelos próprios militares em um processo que se notabilizou pelas adjetivações de “lenta” e de “gradual”. Como pontuado por Elieser Rizzo, o governo Geisel representou “a primeira fase do processo de transição política, de automodificação do regime autoritário a partir de seu próprio interior”¹⁴. Mas, mesmo após o encerramento formal daquele regime com a eleição indireta de um presidente civil, os militares

11 ZILLI, Marcos. O último tango? In. SOARES, Inês Virgínia Prado; KISHI Sandra Akemi Shimada (Coord.) *Memória e verdade: a justiça de transição no Estado Democrático brasileiro*. Belo Horizonte: Fórum, 2009, cap. 4, p. 93-117.

12 ZILLI, Marcos; ASSIS MOURA, Maria Thereza Rocha; MONTECONRADO, Fabíola Girão. A justiça de transição no Brasil: um caminho a percorrer. In. AMBOS, Kai; ZILLI, Marcos; ASSIS MOURA, Maria Thereza Rocha de; MONTECONRADO, Fabíola Girão. *Anistia, justiça e impunidade. Reflexões sobre justiça de transição no Brasil*. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 158.

13 Para um exame mais detalhado acerca do contexto histórico anterior e posterior ao golpe militar, ver: ZILLI, Marcos; ASSIS MOURA, Maria Thereza Rocha; MONTECONRADO, Fabíola Girão. *A justiça...*, op. cit. Ver, igualmente: ASSIS MOURA, Maria Thereza Rocha de; ZILLI, Marcos; MONTECONRADO, Fabíola Girão. Informe sobre o Brasil In. AMBOS, Kai; MALARINO, Ezequiel; ELSNER, Gisela (Eds.) *Justicia de transición. Informes de América Latina, Alemania, Italia y España*. Berlim: Konrad Adenauer Stiftung, 2009, p. 171-199.

14 Conflitos militares e decisões políticas sob a presidência do general Geisel (1974-1979). In. ROUQUIÉ, Alain (Coord.). *Os partidos militares no Brasil*. Rio de Janeiro: Record, 1980, p. 114.

A reconstrução e a preservação da memória, aspectos cruciais para a construção do futuro em diferentes bases, somente agora é que foram enfrentadas claramente.

pela Lei de Anistia teria sido produto de um amplo acordo político e social, de modo que os seus efeitos teriam sido igualmente amplos, alcançando tanto os autores de crimes políticos como os abusos cometidos durante a repressão. Dessa forma, a interpretação que historicamente acabou prevalecendo foi a de que os responsáveis pelas práticas de torturas, de homicídios e de sequestros também estavam anistiados¹⁵. O resultado do julgamento da ADPF 153 é, nesse sentido, bastante sintomático da força de tal pensamento. É certo que o vazio deixado pelo vácuo punitivo acabou sendo ocupado por medidas de caráter reparatório em favor das vítimas e de seus familiares¹⁶. Mas, mesmo nesse ponto, o país demorou a cumprir com as suas obrigações o que, de qualquer modo, foi possível graças aos trabalhos desempenhados por duas comissões especiais¹⁷. Quanto à recomposição do passado autoritário, somente muito recentemente é que o país deu sinais significativos de sua preocupação com o resgate da verdade histórica.

É certo que a temática relacionada com a Justiça de Transição ganhou vigor por estas bandas nos últimos anos o que se deve, fundamentalmente, a três acontecimentos impactantes. O primeiro deles envolveu a decisão proferida pelo STF por ocasião do julgamento da ADPF 153. Ainda que a decisão final tenha consagrado a constitucionalidade da Lei de Anistia, o processo

ainda exerceram, e por muito tempo, forte influência na condução dos assuntos políticos nacionais, o que, evidentemente, dificultou a adoção de medidas dirigidas ao enfrentamento do passado.

A ausência de punição dos agentes públicos pelos abusos cometidos é, sem dúvida, o exemplo mais gritante do caminho tortuoso percorrido pelo Brasil no terreno da Justiça de Transição. De fato, a questão sempre foi tratada com base no dogma de que o perdão outorgado

15 REALE Jr., Miguel. *A Comissão Especial de Reconhecimento dos Mortos e Desaparecidos Políticos*. In: TELES, Janaina (org.) *Mortos e desaparecidos políticos: reparação ou impunidade?* 2. ed., São Paulo: Humanitas, 2001, p. 205-210. Em sentido contrário posicionou-se Dalmo de Abreu Dallari para quem “os torturadores homicidas, aqueles que mataram suas vítimas, nunca foram anistiados, não podendo se esconder atrás da Lei da Anistia para fugir à punição. A própria Constituição impedia que eles fossem anistiados”. Para este autor, a Constituição de 1967, vigente à época da publicação da Lei nº 6.683/79, estabelecia em seu art. 153 a competência do Tribunal do Júri para julgar os crimes dolosos contra a vida, não podendo, pois, ser suprimida a sua competência constitucional por uma lei ordinária. Aduz, ainda, que os crimes praticados pelos algozes do regime militar são autônomos relativamente aos crimes políticos praticados por seus superiores. DALLARI, Dalmo de Abreu. *Crimes sem anistia*. 2. ed., In: TELES, Janaina (org.) *Mortos e desaparecidos políticos: reparação ou impunidade?* São Paulo: Humanitas, 2001, p. 31-33.

16 O grande marco é representado pela Lei 9.140/1995 que reconheceu como mortas para todos os efeitos as pessoas desaparecidas em razão da participação ou acusação de participação em atividades políticas no período de 2 de setembro de 1961 a 15 de agosto de 1979.

17 As reparações financeiras foram concretizadas por iniciativa do próprio estado brasileiro e graças à atividade desempenhada por duas comissões especialmente criadas para tais fins: a Comissão Especial de Mortos e de Desaparecidos Políticos (CEMDP) e a Comissão de Anistia. Mas, para além do importante papel exercido no terreno patrimonial, é igualmente significativa a contribuição prestada por tais comissões no campo da reconstrução de parte da memória nacional, bem como para a propagação de projetos em educação na área dos direitos humanos.

judicial trouxe à luz a discussão sobre tema que, por décadas, se encontrava adormecido¹⁸. Já o segundo evento, envolveu o julgamento do *Caso Lund* pela Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH). Como se sabe, o Estado brasileiro foi responsabilizado, no plano internacional, pela omissão na adoção de medidas persecutórias relacionadas com as graves violações de direitos humanos cometidas no contexto da repressão à Guerrilha do Araguaia, assim como pelas demais violações cometidas durante o regime militar. E, fiel à sua própria jurisprudência, a CIDH declarou, ainda, a ineficácia jurídica da Lei de Anistia, fixando ao Brasil a obrigação de investigar e punir os autores daquelas violações. A decisão, sem dúvida, deu novo impulso à temática relacionada com a punição dos autores dos crimes cometidos durante a repressão exercida pelo regime militar. Por fim, porém não menos relevante, encontra-se a implementação da Comissão Nacional da Verdade¹⁹, a qual incumbe o relevantíssimo papel de desvendar os ainda nebulosos acontecimentos que cercaram as graves violações de direitos humanos. Há a expectativa de que as revelações possam influenciar os próximos passos da Justiça de Transição no Brasil²⁰.

Essa breve análise sobre os caminhos percorridos ao longo das últimas décadas indica um resgate incompleto do país para com o seu passado. A reconstrução e a preservação da memória, aspectos cruciais para a construção do futuro em diferentes bases, somente agora é que foram enfrentadas claramente. A tarefa, aliás, não foi tranquila como revelam as resistências manifestadas por variados setores, alguns dos quais oriundos do próprio governo²¹. Mas, se de um lado, conquistas significativas foram alcançadas no terreno da reparação das vítimas e de seus familiares; e avanços estão sendo construídos no campo do direito à verdade; muitas dúvidas gravitam em torno da punição dos agentes responsáveis pelas violações de direitos humanos cometidas durante o regime militar. A questão, no plano da justiça penal, ainda encontra-se em seus primeiros passos.

De qualquer modo, a compreensão dos dilemas pelos quais se debate a Justiça nacional quando o assunto envolve a punição dos agentes responsáveis pela prática dos crimes cometidos no contexto da repressão política durante o regime militar é, na verdade, a compreensão das próprias razões que dão ao caso brasileiro um colorido diferenciado quando confrontado com as experiências de alguns países vizinhos. Em outras palavras, entender os motivos que

18 ADPF/153. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo>. Acesso em 19.08.2011.

19 Criada pela Lei 12.528 de 18 de novembro de 2011.

20 Aliás, passados vários anos desde o encerramento formal do regime militar, uma série de questões relacionadas com o passado autoritário ainda permanecem sem resposta, a despeito do importante papel desempenhado pelas Comissões de Mortos e de Desaparecidos Políticos e da Anistia. Tome-se como exemplo o número exato de vítimas que teriam sido torturadas durante o regime militar. Há, em realidade, estimativas e algumas cifras giram em torno de vinte mil pessoas. (TAVARES, André Ramos; AGRA, Walber de Moura. Justiça reparadora no Brasil. In: SOARES, Inês Virginia de Prado; KISHI, Sandra Akemi Shimada (Coords.) *Memória e verdade. A justiça de transição no estado democrático brasileiro*. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 77).

21 Veja-se a propósito: <http://pndh3.com.br/clipping/entenda-a-polemica-sobre-a-comissao-nacional-da-verdade/>. Acesso em 15.10.2012.

levam à resistência do Brasil à implementação integral das medidas associadas à Justiça de Transição é um exercício de diagnóstico. E como todo diagnóstico, quando correto, permite ele identificar não só os procedimentos mais adequados a se adotar, como também fixar eventuais prognósticos.

3. O LEGADO AUTORITÁRIO E A CAVERNA DE PLATÃO

Embora vários aspectos possam ser identificados para justificar o caminho particular que o Brasil tomou no confronto com o seu passado, dois merecem especial atenção. O primeiro deles está fundado no legado cultural autoritário. Já o segundo, relaciona-se com a resistência da cultura jurídica à permeabilidade do direito internacional. É possível que ambos guardem uma relação estreita e que, portanto, um justifique o outro. Não se descarta, ademais, a presença de outros fatores. Mas ainda que o legado autoritário e a resistência ao direito internacional não esclareçam por completo o caminho tortuoso percorrido pela Justiça de Transição no Brasil, seguramente o exame de ambos lançará algumas luzes para que o fenômeno possa ser melhor compreendido.

3.1 O LEGADO AUTORITÁRIO MANDA LEMBRANÇAS

É fato que a transição democrática no país foi excessivamente lenta e profundamente controlada pelos militares. O processo de abertura política, que deu os primeiros e tímidos passos nos últimos anos do regime militar, somente completou o percurso em 1989, quando da primeira eleição direta para a presidência. Do ponto de vista jurídico, os marcos mais representativos do início do abandono do regime autoritário foram dados pela revogação do AI-5 e pela promulgação da Lei de Anistia, muito embora críticas possam ser lançadas à última. De qualquer modo, o processo de renovação jurídica somente se completou em 1988, quando da promulgação da nova ordem constitucional²².

A redemocratização não foi, portanto, o produto de uma mobilização de massas ou de uma revolta popular, onde normalmente os sentimentos de repúdio ao passado se manifestam de maneira vigorosa abrindo-se espaço para as exigências de um novo modelo político e, sobretudo, para um acerto de contas. Havia, sem dúvida, uma clara insatisfação com a restrição do exercício de direitos políticos, o que inclusive permitiu a campanha nacional em favor das eleições diretas

²² ASSIS MOURA, Maria Thereza Rocha de; ZILLI, Marcos; MONTECONRADO, Fabiola Girão. Brasil, op. cit. p. 196 e ZILLI, Marcos; ASSIS MOURA, Maria Thereza Rocha; MONTECONRADO, Fabiola Girão. A Justiça..., op. cit., p. 183.



para a presidência. Mas, a exceção deste importante evento, não havia uma conscientização geral quanto aos excessos cometidos pelo regime militar e, muito menos, discussões amplas quanto à necessidade de se responsabilizar os agentes públicos pelos abusos cometidos.

Mas, para além dessa falta de consciência coletiva relativamente a importantes questões que tocavam os valores da dignidade humana, o fato é que não havia, nos anos imediatamente subsequentes ao encerramento formal do regime militar, espaço político para uma discussão aprofundada sobre as bases nas quais a transição deveria se assentar. De um lado, porque os militares mantiveram, e por muito tempo, grande influência nas decisões políticas, o que gerava receios de que o processo recrudescesse. De outro, porque havia um clamor social para que os rumos da grave crise econômica enfrentada pelo país fossem controlados. E, de fato, os esforços para recompor os eixos da economia marcaram a agenda dos primeiros governos civis até meados da década de 1990. Como se não bastasse, durante o primeiro governo civil eleito pelo voto direto após o fim do regime militar, o país se viu às voltas com uma severa crise política que desencadeou o processo de *impeachment*. Logo, por muito tempo, a agenda nacional se viu concentrada em outras questões.

Na verdade, somente após as estabilizações política e econômica é que os olhares foram lançados para as vítimas da repressão militar. E, mesmo aqui, as medidas adotadas ficaram restritas à dimensão reparatória e ao reconhecimento formal, feito pelo próprio Estado, de sua responsabilidade pelo desaparecimento e pela morte de várias pessoas²³. De qualquer modo, tais ações não foram capazes de atrair a atenção da opinião pública. Esta letargia é reveladora da pouca permeabilidade que a temática relacionada com a tutela dos direitos humanos encontra na população o que, por sua vez, é um claro indicativo da presença de uma cultura autoritária.

3.2 A CAVERNA E AS SOMBRAS

Outro aspecto substancial para a compreensão dos caminhos percorridos pelo Brasil reside na presença de uma cultura jurídica refratária ao direito internacional e, em especial, ao direito internacional dos direitos humanos e ao direito penal internacional.

Aqui, merece ser destacada toda a polêmica enfrentada pela jurisprudência nacional relativamente à força jurídica interna da Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH). De fato, a despeito da clareza do texto constitucional (art. 5º, par. segundo), que consagrou a possibilidade de complementação do rol de direitos e garantias fundamentais pelos tratados internacionais

23 ASSIS MOURA, Maria Thereza Rocha de; ZILLI, Marcos; MONTECONRADO, Fabíola Girão. Brasil, op. cit. p. 194. Ver, também: MONTECONRADO, Fabíola Girão; ZILLI, Marcos; ASSIS MOURA, Maria Thereza Rocha de. International criminal law and transitional justice in Brazil. *International criminal law review*. v. 10, n. 4, 2010, p.509-534.

(cláusula aberta dos direitos fundamentais – *numerus apertus pro hominen*), o STF repudiou qualquer possibilidade de prevalência das normas internacionais frente à ordem constitucional, ainda que aquelas conferissem maior proteção aos direitos humanos. É o que ficou assentado em diversos julgados que admitiram a validade da prisão civil do depositário infiel, que era permitida no texto constitucional, muito embora fosse ela vedada pela CADH. Como se sabe, foram exaustivas as decisões nas quais o STF equiparou os tratados internacionais de direitos humanos à lei ordinária²⁴.

Na tentativa de se por fim à resistência da jurisprudência à efetividade do sistema internacional de direitos humanos, foi promulgada, em 2004, a Emenda Constitucional 45 que, dentre outras disposições, acrescentou um novo parágrafo ao art. 5º²⁵. Ao equiparar os tratados internacionais de direitos humanos às emendas constitucionais, procurou o legislador fixar a dimensão constitucional formal de todas aquelas disposições. Ou seja, os tratados internacionais relativos a direitos humanos, que já guardavam uma dimensão materialmente constitucional, em razão do que já dispunha o parágrafo segundo do citado art. 5º da CF, com a EC 45, passariam a ser considerados como formalmente constitucionais, desde que obedecido o processo legislativo de aprovação qualificada²⁶.

24 Um dos primeiros julgados nessa linha foi o HC 72.131-1/RJ. Naquela oportunidade, o Ministro Moreira Alves afirmou: “Com efeito, é pacífico na jurisprudência desta Corte que os tratados internacionais ingressam em nosso ordenamento jurídico tão somente com força de lei ordinária (...) não se lhes aplicando, quando tendo eles integrado nossa ordem jurídica posteriormente à Constituição de 1988, o disposto no artigo 5º, § 2º, pela singela razão de que não se admite emenda constitucional realizada por meio de ratificação de tratado”. Nesse sentido, salientou o Ministro Celso de Mello no mesmo julgamento: “Na realidade, inexistente, na perspectiva do modelo constitucional vigente no Brasil, qualquer precedência ou primazia hierárquico-normativa dos tratados ou convenções internacionais sobre o direito positivo interno, sobretudo em face das cláusulas inscritas no texto da Constituição da República, eis que a ordem normativa externa não se superpõe, em hipótese alguma, ao que prescreve a Lei Fundamental da República”. Podem ainda ser citados como exemplos do mesmo entendimento os seguintes julgados: HC 73.044-2 (19.03.1996); RE 206.086-1 (12.11.1996); RE 212.549-1/GO (05.08.1997); HC 76.561-3/SP (27.05.1998); RE 206.482/SP (27.05.1998); HC 77.616-6/SP (22.09.1998); RE 270.296-0/GO (13.06.2000); RHC 79.785-7/RJ (29.03.2000); HC 79.870-5/SP (16.05.2000); RE 253.071-9/GO (29.05.2001); RE 331.159 (12.03.2002); HC 81.319-4/GO (24.04.2002); AI-Agr 403.828 (05.08.2003); AI-Agr 513.044-5/SP (22.02.2005).

25 É o conhecido, e não menos polêmico, parágrafo terceiro, assim redigido: “Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais”.

26 Para alguns autores, a inclusão do par. terceiro ao art. 5º da CF estabeleceu a existência de dois grupos de documentos internacionais de direitos humanos. No primeiro, encontraríamos todos aqueles que tivessem sido firmados pelo Brasil antes da EC 45/2004. Para estes, a norma de ampliação dos direitos fundamentais, prevista pelo parágrafo segundo do mesmo artigo, já seria suficiente para considerá-los materialmente constitucionais. Já a partir da EC 45, os novos tratados internacionais, para gozarem de status de normas formalmente constitucionais, deveriam ser submetidos ao processo de integração legislativa prevista para as Emendas Constitucionais, o que exigiria, dentre outros requisitos, a aprovação por maioria qualificada. Estes comporiam, portanto, o segundo grupo. Neste sentido, veja a lição de Celso Lafer: “Com efeito, entendo que os tratados internacionais de direitos humanos anteriores à Constituição de 1988, aos quais o Brasil aderiu e que foram validamente promulgados, inserindo-se na ordem jurídica interna, têm a hierarquia de normas constitucionais, pois foram como tais formalmente recepcionados pelo par. segundo do art. 5º não só pela referência nele contida aos tratados como também pelo dispositivo que afirma que os direitos e garantias expressos na Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ele adotados. Neste sentido, aponto que a referência aos princípios pressupõe, como foi visto, a expansão axiológica do Direito na perspectiva ‘ex parte civium’ dos direitos humanos. Também entendo que, com a vigência da Emenda Constitucional n. 45, de 8 de dezembro de 2004, os tratados internacionais a que o Brasil venha a aderir, para serem recepcionados formalmente como normas constitucionais, devem obedecer ao iter previsto no novo par. 3º do art. 5º”. (*A internacionalização dos direitos humanos. Constituição, racismo e relações internacionais*. Barueri: Manole, 2005, p. 16-17). No mesmo sentido é a lição de Flávia Piovesan: “Reitere-se que por força do art. 5º, par. segundo, todos os tratados de direitos humanos, independentemente do quorum de sua aprovação, são materialmente constitucionais, compondo o bloco de constitucionalidade. O quórum qualificado está tão somente a reforçar a natureza, ao adicionar um lastro formalmente constitucional aos tratados ratificados, propiciando a ‘constitucionalização formal’ dos tratados de direitos humanos no âmbito jurídico interno. (...) na hermenêutica emancipatória dos direitos há que imperar uma lógica material e não formal, orientada por valores a celebrar o valor fundante da prevalência da dignidade humana. À hierarquia de valores deve corresponder uma hierarquia de normas, e não o oposto. Vale dizer, a preponderância material de um bem jurídico como é o caso de um direito fundamental, deve condicionar a forma no plano jurídico-normativo, e não ser condicionado por ela”. (*Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 13. ed., São Paulo: Saraiva, 2010, p. 128). Ver, ainda, MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Curso de direito internacional público*, 2 ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007 e REZEK, Francisco. *Direito internacional público. Curso elementar*. 10. ed./3ª tiragem, São Paulo: Saraiva, 2007.

Não demorou muito para que um novo ciclo de debates se instaurasse no STF. O entendimento que acabou prevalecendo posiciona a CADH no chamado terreno da supralegalidade. Ou seja, embora as normas internacionais de direitos humanos estejam em grau superior à lei ordinária, ainda permaneceriam subordinadas à ordem constitucional²⁷. Este posicionamento, que é o majoritário, contrasta com um segundo entendimento – defendido pelo Ministro Celso de Mello – para quem os tratados internacionais figurariam no mesmo plano que as normas constitucionais. Assim, para esta corrente, eventual contrariedade entre os dispositivos deveria ser resolvida em favor da norma mais favorável sob a perspectiva de proteção dos direitos humanos²⁸, quer fosse a constitucional, quer fosse a internacional.

Esta síntese histórica de décadas da jurisprudência brasileira nos leva a uma constatação: a cultura jurídica nacional ainda se mostra refratária ao direito internacional. Com efeito, diferentemente do verificado em outros países sul americanos, como na Argentina²⁹, a jurisprudência brasileira se mostra avessa à ideia de equiparação constitucional do direito internacional dos direitos humanos. Nessa linha de ideias, a superioridade deste ramo jurídico seria, por ora, impensável. Ou seja, a concepção ainda prevalente é de que a ordem constitucional serve de filtragem para o direito internacional repelindo, dessa forma, tudo o que lhe for contrário. A constatação nos leva a uma conclusão: o sistema jurídico que posiciona a normativa internacional em situação de subordinação constitucional, dificilmente cumprirá decisões oriundas dos órgãos internacionais que repute inconstitucionais.

Essa conclusão toca especialmente a obrigação imposta pela CIDH no *Caso Lund* consistente na adoção de medidas persecutórias relacionadas com as violações de direitos humanos cometidas durante o regime militar. De fato, a se permanecer a postura prevalente da cultura nacional, eventual confronto entre as medidas e as disposições da Lei de Anistia, será resolvido em favor da última, já que o STF reconheceu a validade constitucional daquela lei. Algumas das recentes

27 A questão foi enfrentada quando do julgamento do RE 466.343 em 22 de novembro de 2006. Uma vez mais o centro da discussão envolveu a possibilidade de prisão civil por dívida frente à CADH. No caso específico, a situação envolvia o devedor em alienação fiduciária. Ao considerar o dispositivo inconstitucional, o STF, na esteira do entendimento do Ministro Gilmar Mendes, reconheceu a existência de um regime jurídico especial a acompanhar os tratados internacionais de direitos humanos, os quais não mais poderiam ser equiparados à legislação ordinária: "...a mudança constitucional ao menos acena para a insuficiência da tese da legalidade ordinária dos tratados já ratificados pelo Brasil, a qual tem sido preconizada pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal desde o remoto julgamento do RE n. 80.004/SE, de relatoria do Ministro Xavier de Albuquerque (julgado em 1.6.1977; DJ 29.12.1977) e encontra respaldo em largo repertório de casos julgados após o advento da Constituição de 1988. (...) Por conseguinte, parece mais consistente a interpretação que atribui a característica de supralegalidade aos tratados e convenções de direitos humanos. Essa tese pugna pelo argumento de que os tratados sobre direitos humanos seriam infraconstitucionais, porém, diante de seu caráter especial em relação aos demais atos normativos internacionais, também seriam ditados de um atributo de supralegalidade. Em outros termos, os tratados sobre direitos humanos não poderiam afrontar a supremacia da Constituição, mas teriam lugar especial reservado no ordenamento jurídico. Equipará-los à legislação ordinária seria subestimar o seu valor especial no contexto do sistema de proteção dos direitos da pessoa humana". Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=595444>. Acesso em 20.08.2012.

28 O precedente é dado pelo HC 90.450-5/MG.

29 Ver, para tanto, PARENTI, Pablo. Informe nacional da Argentina. In: AMBOS, Kai; MALARINO, Ezequiel; ELSNER, Gisela (Ed.) *Jurisprudência latinoamericana sobre derecho penal internacional*. Montivideo: Konrad-Adenauer-Stiftung, 2008, p. 21-66.

decisões proferidas quando do juízo de admissibilidade das ações penais instauradas, já na tentativa de se executar a decisão da CIDH, são altamente ilustrativas desta conclusão³⁰.

Este quadro traduz o pouco diálogo que o sistema jurídico brasileiro mantém com o direito internacional em suas mais variadas manifestações. Ainda que a teoria da suprallegalidade represente um avanço significativo na jurisprudência do STF que, por décadas, equiparou toda e qualquer normativa internacional à legislação ordinária, cria ela uma armadilha quando posta a problemática do confronto entre o controle de constitucionalidade e o da convencionalidade³¹. Aliás, ao se manter tal postura, o próprio controle de convencionalidade estaria subordinado ao controle de constitucionalidade.

A imagem nos remete à conhecida alegoria da caverna de Platão. Como se sabe, nesta, alguns homens encontram-se acorrentados em uma caverna e, ali, estão impedidos de ver o mundo exterior o qual somente é percebido de maneira parcial. É evidente que nessa perspectiva, a percepção da realidade se mostra distorcida. E, caso algum deles consiga se libertar a ponto de, finalmente, manter contato com o plano exterior, de certo, encontrará muitas dificuldades para convencer os demais sobre as novas verdades. É que a percepção dos demais ainda estará contaminada pelos limites do conhecido, de modo que as resistências tenderão a ser naturais³². A maneira como a jurisprudência do STF vem lidando com a força jurídica emergente do direito internacional dos direitos humanos é sintomática da dificuldade em se lidar com as novas e dinâmicas relações entre direito nacional e internacional o que, em última análise, é uma dificuldade de se libertar das amarras de uma concepção clássica de soberania.

30 Veja-se, para tanto, as informações apresentadas no site da Procuradoria Regional da República da 3ª Região. <http://www.prr3.mpt.gov.br/content/view/144/216>.

31 A ideia do controle de convencionalidade foi pontuada no caso *Almonacid contra Chile*. Segundo a CIDH, os Estados, por terem aderido ao sistema interamericano de direitos humanos, estariam obrigados a obedecer os termos da Convenção e a interpretação a esta dada pela CIDH, exercendo, portanto, um controle de convencionalidade de todo o seu ordenamento. Tal controle deveria ser exercido por todos os órgãos e níveis de poder. A ideia foi reiterada em outros julgados e, também, quando do julgamento do *Caso Lund*, ocasião na qual a CIDH afirmou que o STF teria descumprido o controle de convencionalidade ao reconhecer a constitucionalidade da Lei de Anistia. É o que restou consignado no parágrafo 176 daquela decisão: "Este Tribunal estabeleceu em sua jurisprudência que é consciente de que as autoridades internas estão sujeitas ao império da lei e, por esse motivo, estão obrigadas a aplicar as disposições vigentes no ordenamento jurídico. No entanto, quando um Estado é Parte de um tratado internacional, como a Convenção Americana, todos os seus órgãos, inclusive seus juízes, também estão submetidos àquele, o que os obriga a zelar para que os efeitos das disposições da Convenção não se vejam enfraquecidos pela aplicação de normas contrárias a seu objeto e finalidade, e que desde o início carecem de efeitos jurídicos. O Poder Judiciário, nesse sentido, está internacionalmente obrigado a exercer um "controle de convencionalidade" *ex officio* entre as normas internas e a Convenção Americana, evidentemente no marco de suas respectivas competências e das regulamentações processuais correspondentes. Nessa tarefa, o Poder Judiciário deve levar em conta não somente o tratado, mas também a interpretação que a ele conferiu a Corte Interamericana, intérprete última da Convenção Americana. 177. No presente caso, o Tribunal observa que não foi exercido o controle de convencionalidade pelas autoridades jurisdicionais do Estado e que, pelo contrário, a decisão do Supremo Tribunal Federal confirmou a validade da interpretação da Lei de Anistia, sem considerar as obrigações internacionais do Brasil derivadas do Direito Internacional, particularmente aquelas estabelecidas nos artigos 8 e 25 da Convenção Americana, em relação com os artigos 1.1 e 2 do mesmo instrumento. O Tribunal estima oportuno recordar que a obrigação de cumprir as obrigações internacionais voluntariamente contraídas corresponde a um princípio básico do direito sobre a responsabilidade internacional dos Estados, respaldado pela jurisprudência internacional e nacional, segundo o qual aqueles devem acatar suas obrigações convencionais internacionais de boa-fé (*pacta sunt servanda*). Como já salientou esta Corte e conforme dispõe o artigo 27 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados de 1969, os Estados não podem, por razões de ordem interna, descumprir obrigações internacionais. As obrigações convencionais dos Estados Parte vinculam todos seus poderes e órgãos, os quais devem garantir o cumprimento das disposições convencionais e seus efeitos próprios (*effet utile*) no plano de seu direito interno."

4. A JUSTIÇA DE TRANSIÇÃO E O PADRÃO DE LEGALIDADE PUNITIVA

A perspectiva punitiva, pela via do direito penal, tem sido uma das principais ferramentas de confronto do passado em processos de transição diante da valorização crescente dos interesses das vítimas³³. No contexto latino-americano, isto se revela com maior vigor em razão das sucessivas decisões proferidas pela CIDH³⁴. De fato, a jurisprudência oriunda daquela Corte tem apontado para a existência de um dever punitivo o qual se mostraria incompatível com os instrumentos jurídicos consagradores da impunidade, tais como a anistia e a prescrição. Segundo tal entendimento, haveria uma exigência, sedimentada na cultura jurídica internacional, de punição dos responsáveis pelas “graves violações de direitos humanos”.

De certo modo, a lógica guarda apoio na própria dinâmica do chamado *direito penal internacional*³⁵. Como se sabe, por muito tempo este ramo do direito manteve a sua estrutura de fundamentação no reconhecimento da existência de um padrão ético universal, o qual estaria consolidado independentemente de sua posituação em documentos internacionais. Nessa ordem de ideias, o costume internacional serviu de parâmetro para a afirmação de uma legalidade punitiva, o que, note-se, deu margem à realização dos julgamentos de Nuremberg e de Tóquio. A partir de então, a responsabilidade penal do indivíduo no plano internacional tornou-se uma realidade e o direito penal internacional inicia, então, a sua trajetória de desenvolvimento. Nesse passo, a estruturação do TPI representou o clímax de um longo processo histórico de construção de uma ordem penal internacional e que teve na experiência dos Tribunais *Ad-hoc* um de seus capítulos. O Estatuto de Roma (ER), documento que empresta a base jurídica do direito penal internacional, expressa, em uma lógica positivada, todo o regime punitivo aplicável aos chamados crimes internacionais. Na verdade, o ER apenas teria aclarado, por vias formais, uma prática punitiva já consolidada pela comunidade internacional. Vem daí a imprescritibilidade (art. 29), a relativização da coisa julgada na hipótese de perseguições fraudulentas (art. 20.3(a)(b)) e a prisão perpétua (art. 77.1), apenas para citar alguns exemplos.

33 Como lembra Kai Ambos, a “justicia en justicia de transición es sobre todo y predominantemente justicia para las víctimas. Sin embargo, las víctimas no solo tienen intereses, como parte de una amplia noción de justicia, sino también derechos, a saber, un derecho a la justicia y otros derechos inferidos directamente de la noción de justicia como concepto jurídico. (*El marco...*, op. cit., p. 39).

34 Tome-se como exemplo o *Caso Barrios Altos contra Perú*, julgado em 14 de março de 2001.

35 É a terminologia que se adota no presente trabalho. A opção pelo termo não se baseia em uma inserção metodológica de tal ramo do direito, já que não é possível encaixá-lo apenas no direito penal ou tão somente no direito internacional. Trata-se de um novo ramo do direito que assume aspectos de várias das tradicionais disciplinas jurídicas. De qualquer modo, estamos diante de um direito punitivo por excelência e que, portanto, sedimenta toda a sua construção teórica na responsabilização punitiva do indivíduo. Esta dimensão punitiva, contudo, é formalizada em documentos internacionais. A sua aplicação, todavia, não é exclusivamente internacional, mas também nacional.





COLÓQUIO INTERNACIONAL DIREITO À VERDADE E À JUSTIÇA NOS PAÍSES DO CONE SUL, PARTE II: EXPERIÊNCIAS NACIONAIS DE TRANSIÇÃO EM FACE DAS EXIGÊNCIAS DO DIREITO INTERNACIONAL – EXPERIÊNCIAS EXTRAJUDICIAIS, EM 2 DE DEZEMBRO DE 2011.

FONTE: ACERVO DA COMISSÃO DE ANISTIA.

A primeira grande problemática que se coloca na tarefa punitiva dos diversos crimes cometidos no curso das várias ditaduras suportadas pela América Latina é a identificação do padrão de legalidade punitiva. É que, na tentativa de se viabilizar o exercício do poder punitivo, os operadores recorrem ao costume internacional como elemento de integração da ordem nacional. Isso ocorre fundamentalmente pela ausência, ou mesmo insuficiência, das previsões penais típicas nos ordenamentos nacionais. Nessa dinâmica, invoca-se a existência de um padrão internacionalmente aceito para se identificar um grupo de condutas como puníveis e que, portanto, sujeitariam os seus responsáveis ao exercício de um poder punitivo extremamente rigoroso. Seriam, portanto, práticas tão atrozetas que não seria possível falar-se em ausência de um mandamento proibitivo ou mesmo na aplicação de institutos despenalizadores.

Mas, ainda que se aceite o costume como fonte da legalidade penal, não é possível relativizar os graus de certeza e de segurança que também devem estar presentes no direito consuetudinário. É que a mudança de paradigmas, representada pela transposição da legalidade positivada para outra calcada no costume, não implica relativização das exigências que devem pautar todo e qualquer direito punitivo. Afinal, o legado histórico do pensamento iluminista, e que está sedimentado em quase todos os sistemas jurídicos, inclusive o internacional, repudia o arbítrio e os excessos do poder punitivo³⁶. Ou seja, o reconhecimento da validade de um direito punitivo de índole costumeira supõe a identificação de todos os seus elementos integrantes, vale dizer, o reconhecimento de uma prática reiterada e generalizada em grau, dimensão e profundidade que possam tornar evidente e incontroversa a sua ampla e plena aceitação. É o mínimo que se espera na atuação de qualquer poder punitivo.

É certo que a existência de tratados ou de convenções internacionais poderia servir de um forte indicativo quanto à presença do costume internacional. Afinal, como se sabe, estes documentos não afirmam direitos, mas apenas expressam, por vias formais, direitos e situações que já estariam mais do que consolidados na comunidade internacional. A questão, todavia, não é tão simples. Como solucionar o problema da ausência de ratificação de um tratado ou de uma convenção? E quando a ratificação está circunscrita a uma inexpressiva minoria de Estados? Seria possível interpretar tais situações como reveladoras de que ainda não há um consenso geral quanto à aceitação das práticas previstas naqueles documentos internacionais?

É evidente que os documentos internacionais não são o único elemento de expressão do costume. Com efeito, devem ser levados em consideração, igualmente, as diferentes manifestações do poder punitivo internacional, tais como os tribunais internacionais especiais, assim como a perspectiva do direito comparado, vale dizer, as manifestações dos diversos sistemas jurídicos nacionais.

De fato, por materializarem o chamado poder punitivo internacional, os tribunais *ad-hoc*, especiais e mistos, revelam um padrão de legalidade punitiva internacional. Este padrão, contudo, somente existe nos pontos que são comuns a todos os tribunais, não sendo válidas, por óbvio, as manifestações isoladas. Por outro lado, a revelação do costume punitivo também pode provir do processo de análise comparativa dos sistemas jurídicos nacionais. Ou seja, a uniformidade no tratamento de uma questão por diferentes sistemas poderia ser indicativa de um padrão punitivo generalizado e amplamente aceito.

36 É o que observa Daniel Pastor: "Esta comprensión universal de lo penal, basada en la tradición liberal e ilustrada, supone – de modo indiscutible y a la luz de una evolución de más de dos siglos - que ele derecho punitivo debe ser visto sistemáticamente con desconfianza, con cuidado, con temor, con reserva, pues es un mecanismo jurídico violento y desafortunado, demasiado inclinado a facilitar el abuso y la arbitrariedad de quienes lo aplican" (*El poder penal internacional. Una aproximación jurídica crítica a los fundamentos del Estatuto de Roma*. Barcelona: Atelier, 2006, p. 23).

Todas essas exigências não são irrelevantes já que tocam o padrão da legalidade punitiva que se procura identificar. E, como todo e qualquer padrão de legalidade penal, deve ser contemporâneo à prática delituosa. Afinal, constitui patrimônio da dignidade humana a irretroatividade da lei penal³⁷, seja esta positivada ou de origem consuetudinária. A elevação da legalidade e da anterioridade penal ao campo do direito internacional dos direitos humanos não é mensagem endereçada apenas às jurisdições nacionais, já que constitui um dos vértices de proteção do indivíduo contra os abusos do poder punitivo, seja ele nacional ou internacional. Não foram outras as razões que levaram o ER a abraçar o princípio da legalidade penal (art. 22.1), ainda que por fontes costumeiras (art. 22.3).

Pela perspectiva do direito costumeiro, o procedimento de identificação do padrão de legalidade punitiva supõe, ao menos, duas etapas. Em primeiro lugar, identificar o conjunto de condutas que estariam sujeitas à exigência internacional punitiva. Ou seja, aqueles comportamentos sobre os quais existe um consenso internacional quanto à imperatividade punitiva. Somente após a identificação de tais condutas é que será possível passar-se à segunda etapa, a qual envolve a identificação do regime punitivo a ser aplicado.

Se se tomar como padrão o processo de construção do direito penal internacional, vale dizer, o campo de incidência dos crimes internacionais, será fundamental indicar que, à época dos fatos, aquela específica conduta já encontrava eco de repúdio punitivo na arena internacional. A questão nos remete ao processo de construção histórica da categoria dos chamados *core crimes*, ou seja, o genocídio, os crimes de guerra, os crimes de agressão e os crimes contra a humanidade. Caberia, portanto, revelar a plena adequação da conduta ao padrão punitivo vigente no plano internacional quando de sua prática. E, aqui, o processo histórico é bastante rico, já que remonta aos tribunais militares de Nuremberg e de Tóquio, passando pelos Tribunais *Ad-hoc*, sem contar, obviamente, a experiência dos tribunais mistos. Em síntese, seria sustentável afirmar-se que a punição de certo comportamento e a imposição do regime punitivo a ele associado seriam possíveis, desde que já consagrados pelo poder punitivo internacional ao tempo de suas práticas. Caso o diagnóstico fosse positivo, não seria possível ao Estado, a princípio, eximir-se em adotar

37 Vale destacar, os diversos documentos internacionais de proteção dos direitos humanos, onde a legalidade e a anterioridade penal assumem posição de destaque no terreno da limitação do exercício do poder punitivo: Artigo XI.2 da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948: "Ninguém poderá ser culpado por qualquer ação ou omissão que, no momento, não constituíam delito perante o direito nacional ou internacional. Também não será imposta pena mais forte do que aquela que, no momento da prática, era aplicável ao ato delituoso"; Artigo 7.1 da Convenção Europeia dos Direitos do Homem de 1950; "1. Ninguém pode ser condenado por uma ação ou uma omissão que, no momento em que foi cometida, não constituía infração, segundo o direito nacional ou internacional. Igualmente não pode ser imposta uma pena mais grave do que a aplicável no momento em que a infração foi cometida"; Artigo 15.1 do Pacto Internacional dos Direitos Civis de 1966: "Ninguém será condenado por atos ou omissões que não constituam um ato delituoso, segundo o direito nacional ou internacional, no momento em que forem cometidos. Do mesmo modo, não será aplicada nenhuma pena mais forte do que aquela que era aplicável no momento em que a infração foi cometida. Se posteriormente a esta infração a lei prevê a aplicação de uma pena mais ligeira, o delinquente deve beneficiar da alteração" e Artigo 9º da Convenção Americana de Direitos Humanos de 1969: "Ninguém pode ser condenado por ações ou omissões que, no momento em que forem cometidas, não sejam delituosas, de acordo com o direito aplicável. Tampouco se pode impor pena mais grave que a aplicável no momento da perpetração do delito. Se depois da perpetração do delito a lei dispuser a imposição de pena mais leve, o delinquente será por isso beneficiado".

Afinal, a limitação do exercício do poder punitivo e o combate aos seus excessos são mais do que simples costume.

como exemplo a associação feita entre as *graves violações de direitos humanos* e a regra da imprescritibilidade. Além de não guardar uma perfeita identidade com os crimes internacionais, a Corte adota diferentes terminologias. Em pesquisa sobre o tema, Malarino aponta para o uso das seguintes expressões: *violações de direitos humanos* (Bulacio contra Argentina, 2003) *crimes de lesa humanidade* (Almonacid Arellano contra Chile, 2006) e *violações muito graves de direitos humanos* (Albán Cornejo contra Equador, 2007)³⁸. Ou seja, a falta de uma delimitação rigorosa do campo punitivo suscita dúvidas em um terreno que deveria primar pela certeza, uniformidade e segurança. Ou seja, a própria variação conceitual abre caminho para que dúvidas sejam lançadas sobre a existência de um consenso sobre o que realmente se discute.

É certo que a CIDH fez referência, em várias oportunidades, às condutas criminosas sujeitas ao padrão punitivo mais rigoroso como é o caso do desaparecimento forçado de pessoas, da execução sumária e da tortura. No entanto, em outras oportunidades, inseriu, sob o mesmo denominador comum, condutas cuja gravidade não poderia ser equiparável àquelas atrocidades. O exemplo mais significativo foi dado pelo Caso Escher contra o Brasil. Naquela ocasião, a CIDH determinou a reabertura de investigações, já acobertadas pelo manto da coisa julgada absolutória, de fatos que estavam relacionados com a violação de sigilo judicial de dados obtidos no curso de interceptação de comunicação telefônica. Consagrou-se, portanto, um regime punitivo mais rigoroso com a relativização de direitos internacionalmente afirmados – *ne bis in idem* – para fato que dificilmente poderia ser equiparado a crime contra a humanidade³⁹.

as medidas persecutórias, já que aquela conduta, com todos os seus elementos integrantes, já seria punida pelo padrão punitivo internacional.

Nesse ponto, cabe uma crítica ao procedimento adotado pela CIDH em suas diferentes decisões. É que as referências por ela estabelecidas para os crimes sujeitos ao regime punitivo mais severo não primam por uma uniformidade conceitual. Tome-se

38 Activismo judicial, punitivización y nacionalización: tendencias antidemocráticas y antiliberales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. In. *Derechos humanos y derecho penal*. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana/Grupo Editorial Ibáñez, 2012, p. 48, n., 40.

39 Para uma análise mais detida sobre o Caso Escher ver: ZILLI, Marcos; MONTECONRADO, Fabíola Girão; ASSIS MOURA, Maria Theresza Rocha de. *Ne bis in idem e coisa julgada fraudulenta*. A posição da Corte Interamericana de Derechos Humanos. In. AMBOS, Kai; MALARINO, Ezequiel; ELSNER, Gisela. *Sistema interamericano de protección de los derechos humanos y derecho penal internacional*. Tomo II. Montivideo: Konrad Adenauer Stiftung, 2001, p. 393-423. É certo que durante os procedimentos de supervisão do cumprimento daquela decisão, a CIDH acabou reconhecendo, ainda que implicitamente, o equívoco, dando por cumprida a sentença mesmo após a recusa do Ministério Público do estado do Paraná em reabrir as investigações, sob alegação de que os crimes estariam prescritos. É o que se extrai do seguinte trecho: "Este Tribunal recorda que na Sentença do presente caso não foi declarada a improcedência da prescrição, porém foi determinado que se investigasse penalmente determinadas condutas e fossem estabelecidas as consequências que a Lei prevísse, o qual não descartava a possibilidade de que a ação penal a respeito dos fatos a serem investigados estivesse prescrita. Em vista do anterior, tendo em conta sua jurisprudência constante, no presente caso a Corte considera que é pertinente dar por concluída a supervisão do cumprimento da Sentença a respeito da obrigação de investigar os fatos, estabelecida no ponto resolutivo nono da Sentença" (parágrafo 21 da Resolução de Supervisão de Cumprimento de Sentença, de 19 de junho de 2012).

Todas estas questões põem em realce a extrema cautela que deve cercar o raciocínio que busca, no costume internacional, amparo para a estruturação de um regime punitivo que possa ser aplicado em nível interno. Ora, justamente pelas características ínsitas ao costume, a sua identificação e a sua precisão se tornam muito mais sensíveis, mormente quando se projeta para o seu campo de atuação o direito punitivo. Afinal, a limitação do exercício do poder punitivo e o combate aos seus excessos são mais do que simples costume. Em realidade, foram absorvidos pela imensa maioria dos sistemas punitivos nacionais e, também, pela própria ordem penal internacional, constituindo, dessa forma, um dos aspectos cruciais da cultura jurídica da própria humanidade⁴⁰.

5. A PUNIÇÃO DOS CRIMES COMETIDOS DURANTE O REGIME MILITAR NO BRASIL: DILEMAS

Na esteira da decisão proferida no Caso Lund, algumas medidas persecutórias começam a ser adotadas. A situação provoca, por óbvio, novos debates, os quais perpassam, fundamentalmente, pela seguinte questão: há limites na obrigação internacional de dar cumprimento às decisões proferidas pela CIDH?

A resposta, à primeira vista, parece fácil. Afinal, ao aderir ao sistema interamericano de direitos humanos, os Estados se comprometem a cumprir a decisão que venha a ser proferida pela respectiva Corte nos casos em que tenham figurado como parte (art. 68.1 da CADH). Por esse prisma, estariam afastadas, por completo, quaisquer possibilidades de recusas. Aliás, as recusas poderiam dar ensejo a novos processos de responsabilização internacional por violação de direitos humanos. Mas, esta resposta é suficiente? Em outras palavras, estaria o Estado obrigado a cumprir automaticamente toda e qualquer determinação fixada?

A indagação nos remete à análise da própria competência da CIDH e mais precisamente ao disposto no art. 63 da respectiva Convenção. Ou seja, ao reconhecer a violação de direitos humanos, compete à Corte determinar que se assegure ao prejudicado o gozo do direito e de sua liberdade violados, mas também determinar que sejam reparadas as consequências decorrentes das violações. A previsão é salutar, senão imprescindível, em um sistema que pretenda atingir

⁴⁰ Oportuna a lição de Daniel Pastor: “Esta forma de ver lo penal es común como tendencia de todas las exposiciones de derecho penal modernas. Los grandes pactos de derechos humanos, por su parte, han reconocido esta misión al establecer los derechos fundamentales y las garantías judiciales de la persona enfrentada al poder penal público, todos los cuales persiguen precisamente la interdicción de la arbitrariedad en el desarrollo y aplicación del poder punitivo. Esta es una noción del sistema penal que tiene carácter internacional y que se remonta a la aparición del Estado constitucional de derecho moderno que desde finales del s. XVIII fue llevando a todas las organizaciones políticas las ideas penales de la Ilustración y del Racionalismo”. (*El poder...*, op.cit., p. 27).

o mínimo de efetividade na tutela dos direitos humanos. Mas, e quando a medida reparatória envolver a adoção de medidas persecutórias as quais, pela própria natureza, abrem espaço para a restrição de uma série de liberdades fundamentais?

Deve ser creditado a Malarino o estudo sobre tão instigante questão⁴¹. Para o autor, quando a CIDH impõe a reabertura de processos judiciais que já estariam acobertados pelo manto da coisa julgada absolutória, acaba exercendo, na prática, a função de um órgão jurisdicional de revisão. E o pior, segundo lembra ainda o mesmo autor, assim procede dentro de um regime probatório muito mais relaxado do que aquele que se exige para o processo penal. Afinal, no sistema interamericano, o que se julga é a responsabilidade internacional do Estado de modo que os critérios probatórios são menos rígidos em face da natural busca pela satisfação dos direitos humanos. Já no processo penal, os *standards* probatórios são, por óbvio, mais elevados até mesmo porque é a liberdade que está em jogo. Logo, quando a CIDH impõe a reabertura de persecuções penais, mesmo nos casos acobertados pelo manto da coisa julgada absolutória, desconsidera os possíveis critérios mais rígidos de ponderação probatória de que se valeram os juízes nacionais⁴².

Dir-se-á que a reabertura dos processos é necessária para impedir a consagração da coisa julgada fraudulenta, vale dizer, a imutabilidade de um comando decisório que foi obtido em um arremedo de processo. Em outras palavras, a atuação da máquina persecutória foi maculada pelo desejo de se sacramentar a impunidade do acusado. Havia, portanto, um desvio de realização da própria Justiça de modo que não seria possível reconhecer a imutabilidade de uma decisão que foi contaminada pelo próprio desrespeito dos atributos essenciais da Justiça, quais sejam: independência e imparcialidade. O argumento é válido e, inclusive, foi consagrado internacionalmente sendo causa motivadora do exercício da jurisdição complementar do TPI⁴³. Afinal, onde há desvio da atividade jurisdicional há comprometimento da imparcialidade o que, em última análise, é o comprometimento da realização da própria Justiça. No entanto, para que o argumento opere validamente torna-se imprescindível a identificação de todos os aspectos indicativos da coisa julgada fraudulenta. Isso leva à análise imperiosa de cada caso não sendo cabíveis afirmações genéricas.

De qualquer modo, quando as medidas reparatórias das violações de direitos humanos envolverem a adoção de medidas persecutórias e punitivas, toda cautela deve ser tomada não

41 Activismo..., op. cit., p. 31-73.

42 “Este relajamiento probatorio sería inobjetable si la Corte se limitara a decidir el objeto del proceso internacional, pero se vuelve perverso cuando ese tribunal ordena a un tribunal penal interno tomar una medida procesal concreta que afecta a individuos que no se ‘allanaron’ y no tuvieron participación alguna en el proceso internacional”. MALARINO, Ezequiel. Activismo..., op. cit., p. 69.

43 Veja-se, a propósito, o disposto no art. 17.2 do E.R.

podendo a equação ser resolvida pela afirmação predeterminada de que os interesses de um grupo são naturalmente superiores aos do outro. A questão não pode ser resolvida, tão somente, pela perspectiva de quem figura como titular dos direitos humanos, mas sim pela análise dos direitos que estão em choque. Ou seja, se de um lado há relevantíssimos direitos das vítimas, de outro, há o direito à liberdade do investigado, ou mesmo do réu. O choque supõe um exame de ponderação para a identificação de qual merece prevalecer. Esta atividade, aliás, é ínsita ao próprio mecanismo decisório que alimenta a Justiça.

O que se quer dizer é que no drama de conflitos entre direitos de igual grandeza, a avaliação sobre qual deverá prevalecer é procedimento imprescindível e que necessariamente tem que ser realizado de forma criteriosa e exaustiva por todos os órgãos encarregados de realizar a Justiça, sejam estes nacionais ou internacionais. O que não se pode admitir no campo da tutela dos direitos humanos é o recurso às formulações genéricas e automáticas, até mesmo em face da própria natureza e importância que estes direitos guardam. É da natureza da Justiça a solução de tais confrontos, bem como a indicação dos caminhos lógicos que por ela foram percorridos. A legitimidade da decisão e a imperatividade de seu comando dependem, em muito, da profundidade de análise ponderativa que for feita.

5.1 A PROBLEMÁTICA DOS CRIMES DE SEQUESTRO

É certo que muito da discussão se esvazia quando o foco do problema leva em conta os crimes permanentes⁴⁴. De fato, a questão do chamado desaparecimento forçado de pessoas é resolvida por muitos sistemas pela perspectiva do crime de sequestro. A ideia central é a de que a ausência de notícias sobre o paradeiro da vítima permitiria deduzir que a privação da liberdade ainda estaria em curso o que conferiria, portanto, um mínimo de justa causa para o ajuizamento de ações penais contra os prováveis responsáveis. Logo, a se admitir como factível a permanência da execução, estariam afastados os problemas relacionados com a prescrição e, também, com a anistia. Afinal, não há que se falar em contagem de prazo prescricional para crime que ainda está sendo cometido. Por sua vez, a anistia, quando válida, opera os seus efeitos para o passado e jamais para o futuro. Não pode, dessa forma, alcançar fatos cuja execução se prolonga mesmo após a sua concessão.

44 São aqueles cujo momento consumativo se prolonga no tempo por vontade e domínio do agente. Como anota Roxin, "son aquellos hechos en los que el delito no está concluido con la realización del tipo, sino que se mantiene por la voluntad delictiva del autor tanto tiempo como subsiste el estado antijurídico creado por el mismo". (*Derecho penal. Parte general. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*. Madrid: Civitas, 1997, p. 329). O prolongamento temporal pode suscitar problemas de conflito temporal de leis. Nesse caso, como a continuidade da conduta decorrer da vontade do próprio agente, natural que se aplique a nova lei, ainda que mais gravosa. Nesse sentido, observa Heleno Claudio Fragoso: "Não há regras especiais para atender à hipótese de ações que configurem crimes permanentes e continuados, havendo sucessão de leis penais. No crime permanente, a ação se protraí com a permanência do resultado antijurídico (ex: sequestro, art. 148 do CP). Neste caso aplica-se a lei nova, pois sob seu império continuou sendo praticada a ação". (*Lições de direito penal. Parte geral*. 17. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 127).

A questão, note-se, não é estranha ao STF. Afinal, quando do julgamento do pedido de extradição 974, formulado pela República da Argentina⁴⁵, reconheceu-se a natureza permanente do desaparecimento forçado de pessoas – qualificado juridicamente como sequestro –, afastando-se, inclusive, a possibilidade de configuração da morte presumida⁴⁶. O entendimento foi reiterado quando do julgamento da extradição 1150, cujas circunstâncias fáticas e jurídicas eram muito semelhantes⁴⁷.

Ainda que os fatos submetidos à apreciação do STF envolvessem eventos cometidos na Argentina, os seus pressupostos em muito se assemelham aos eventos aqui cometidos. É certo que a Lei 9.140/1995, que reconheceu a responsabilidade do Estado brasileiro pela morte e pelo desaparecimento dos presos políticos, constitui um elemento a mais a se ponderar na equação. Mas, de qualquer modo, a lei em nada compromete a admissibilidade das ações intentadas com base na imputação do sequestro. Afinal, a finalidade daquele diploma foi exclusivamente humanitária. Representou, antes de mais nada, o reconhecimento formal da responsabilidade do Estado pelo destino das vítimas, abrindo-se, assim, o caminho para que inúmeras pendências jurídicas pudessem ser resolvidas por seus familiares. Não é possível extrair daquela lei exegese que levasse à redução ou à limitação de qualquer responsabilidade dos agentes públicos ou mesmo do próprio Estado. As mortes ali reconhecidas assim o foram para outros efeitos que não os de natureza penal. A admissão de efeito penal levaria à afirmação de que a lei teria reconhecido o homicídio de todos os desaparecidos, o que, convenhamos, não pode ser realizado pela via de lei. De mais a mais, tal interpretação conduziria ao reconhecimento da prática de mais um crime de caráter permanente, qual seja, a ocultação de cadáver. Afinal, se há morte para fins penais e o paradeiro dos corpos é ainda desconhecido, então, os cadáveres foram e ainda estão sendo ocultados.

Logo, na persecução penal dos crimes de caráter permanente que, supostamente ainda estariam sendo cometidos, é desnecessária qualquer discussão sobre a validade ou não da Lei de Anistia,

45 Julgada em 06 de agosto de 2009. O pedido envolveu a extradição de Manoel Cordeiro Piacentini sobre quem pairava ordem de prisão por força de seu envolvimento em atos cometidos no contexto da repressão aos opositores do governo militar (<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=606492>. Acesso em 30.08.2012).

46 Nesse sentido, oportuna é a transcrição de trecho do voto proferido pelo Ministro Cezar Peluso quando do julgamento da Ext. 974-0: “Como, aliás, se vê e deflui nítido do teor literal do art. 7º do Código Civil em vigor, para que exsurja considerável presunção legal de morte, não basta o mero juízo de extrema probabilidade da morte de quem estava em perigo de vida (inc. I), havendo mister a existência de sentença que, depois de esgotadas as buscas e averiguações, produzidas em procedimento de jurisdição judicial, fixe a data provável do falecimento (par. único). (...) 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 fixar a data do provável 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 tem tratamento normativo completamente diferente e no qual não se presume morte alguma”.

47 Julgada em 19 de maio de 2011. Nesse sentido, merece destaque o voto proferido pela Ministra Carmen Lucia: “Todavia, cumpre salientar que não ocorreu a prescrição da pena referente ao crime de ‘desaparecimento forçado de pessoas’ ou de ‘sequestro qualificado’, sob a análise da legislação de ambos os Estados.” Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=624223>. Acesso em 30.08.2012. É interessante notar que mesmo tendo o julgamento sido proferido alguns meses após o julgamento do Caso Lund, não se valeu o STF de qualquer referência ao julgamento proferido pela CIDH.

sobre a obediência ou não das obrigações internacionais oriundas da CIDH, sobre a aplicação do costume internacional ou ainda sobre a configuração da prescrição. Todos estes aspectos são irrelevantes. A questão é, portanto, eminentemente probatória. Em um primeiro momento, deverão ser colhidos elementos mínimos que confirmem justa causa às ações penais, vale dizer, materialidade e indícios de autoria. Superada esta dimensão de análise, a questão envolverá a transformação da mera probabilidade em certeza positiva da prática criminosa e de sua autoria. Trata-se, contudo, de ônus que recai, exclusivamente, sobre a acusação.

5.2 CRIMES DE CONSUMAÇÃO TEMPORALMENTE DELIMITADA

Neste grupo, são detectadas diversas condutas que foram praticadas e consumadas no contexto da repressão política empreendida pelo regime militar. É o caso, por exemplo, das torturas e dos homicídios. As questões jurídicas são infinitamente mais complexas, já que a ausência de prolongamento temporal das ações posiciona estas em um momento certo e determinado. Por consequência, o padrão de legalidade punitiva há de ser aquele vigente ao tempo das práticas, a menos que a lei posterior, obviamente, seja mais benéfica. É, como se disse, uma exigência compartilhada por inúmeros sistemas jurídicos desde o advento do Estado Constitucional representando, igualmente, patrimônio do direito internacional dos direitos humanos.

Os problemas passam pela ausência de referência penal típica interna e pela ausência de previsões jurídicas impositivas de um regime punitivo mais rigoroso. No caso específico da tortura, não havia, ao tempo daquelas práticas, um modelo interno de referência penal típica. Por sua vez, o decurso de longo prazo suscita a problemática da prescrição já que também não havia disposição jurídica no plano nacional que assegurasse a imprescritibilidade daqueles crimes.

Vem daí o recurso ao costume internacional, mais especificamente do direito penal internacional costumeiro. O costume não é, por si só, incompatível com o direito punitivo. Afinal, há sistemas jurídicos que o adotam, demonstrando que o padrão de legalidade penal pode ser preenchido por outras vias que não, exclusivamente, a do direito positivado. Aliás, durante o processo de construção do direito penal internacional, o costume ocupou posição de importância. Atualmente, contudo, figura em grau secundário como ilustra o próprio art. 21.1.b do ER.

A questão central, portanto, envolve a identificação do padrão de legalidade aplicável às diversas condutas. Se se admitir como possível a vigência da norma costumeira de natureza internacional tendo em vista a natureza dos crimes cometidos – crimes contra a humanidade –, então qualquer raciocínio punitivo haverá de passar pela aplicação deste direito, em sua integralidade, ainda que pelos órgãos jurisdicionais nacionais. A tarefa, contudo, não é simples como normalmente se apresenta.



É que o costume, por sua natureza, exige a identificação de uma prática reiterada em grau e dimensão que apontem para a sua aceitação geral. Qualquer costume, que se pretenda vinculante e obrigatório, deve passar, necessariamente, por este crivo, sobretudo quando dele se pretende extrair uma proibição e, mais do que isto, uma punição aos agentes desobedientes.

A alegação de que o costume internacional assumiria contornos diferentes e que, portanto, estaria sujeito a um nível de exigência mais relaxado em seu diagnóstico, não é integralmente válida. Afinal, a dimensão punitiva envolve o elemento da liberdade do ser humano. Por sua vez, a luta pela defesa da liberdade é secular. É uma luta contra o arbítrio e o abuso de poder. Nela, repousa a própria gênese dos direitos humanos. Nesse caso, as exigências relacionadas à identificação do costume haverão de ser rigorosas.

O que se quer afirmar é que a aplicação do costume, no contexto do direito penal internacional, deve supor uma identificação clara da conduta punível e, também, de seu regime punitivo⁴⁸. E, para tanto, são válidos os vários procedimentos de identificação desde que ao final se tenha, como segura e incontroversa, a existência de uma norma punitiva de aceitação geral. Identificada tal norma, todos estariam compelidos a aplicá-la, ainda que ausente, no plano nacional, expressa disposição a respeito. Não se trata de conclusão nova. Já tinha sido ela afirmada quando da elaboração dos Princípios de Nuremberg.

6 A JUSTIÇA PUNITIVA ENTRE A FINALIDADE E OS MEIOS. EIS O VERDADEIRO DILEMA

Há consenso de que determinadas práticas são abusivas e atentatórias à consciência universal. Há consenso, igualmente, de que os seus responsáveis merecem ser punidos e que a punição é peça fundamental nos processos de reconstrução de sociedades que foram marcadas por intensas e graves violações dos bens mais elementares à dignidade humana. A Justiça punitiva é, portanto, um dos pilares mais importantes da Justiça de Transição já que ela desempenha

48 Como aponta Malarino: “El recurso a la costumbre internacional – al menos en materia penal – debería estar reservado a los casos excepcionálissimos en donde no existe ninguna duda acerca de la existencia y contornos de la norma que se pretende aplicar. La norma consuetudinaria debe ser algo evidente, algo, por decirlo de modo coloquial, que salte a la vista. (...) En otras palabras, en patrón de comportamiento debe ser cierto. No hay lugar para tipos extremadamente vagos o abiertos de derecho consuetudinaria, pues esa afirmación niega los presupuestos de existencia de la norma consuetudinaria” (El crimen contra la humanidad de desaparición forzada de personas en la jurisprudencia argentina: algunos problemas en relación con el principio de legalidad penal. In. MALARINO, Ezequiel. *Derechos humanos y derecho penal*. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana/Ibañez, 2012, p.107).

importante papel para a sedimentação de uma cultura de respeitabilidade dos valores ligados ao Estado de Direito, à democracia e aos direitos humanos.

Mas, quando se fala em Justiça punitiva, fala-se em disponibilidade para a sua realização de forma independente e imparcial. Daí a vedação das anistias ou de outros institutos equivalentes. Isso porque eles impedem, *ab initio*, a realização da Justiça e, via de regra, são empregados como forma de atender interesses de grupos específicos. Somente seriam admissíveis em situações excepcionalíssimas quando não houvesse alternativa à paz, ou seja, quando a punição servir de alimento para o recrudescimento do conflito. De qualquer modo, mesmo no contexto da Justiça de Transição não se admite a punição a qualquer custo. Ao contrário, a punição deve ser justa, o que supõe não só a retribuição do mal praticado, em grau proporcional a sua gravidade, mas também em uma punição que atenda o padrão de legalidade vigente ao tempo dos abomináveis fatos.

O padrão de legalidade punitiva deve, portanto, ser sempre preexistente e não construído para viabilizar a punição. Poderá advir de fontes positivadas ou costumeiras. De qualquer modo, deverá ser previamente definido e em sua integralidade, ou seja, na identificação pormenorizada do fato punível e na fixação da sanção correspondente. A Justiça, portanto, não pode ser medida tão somente pelo resultado para o qual foi ela projetada. Quando a Justiça é manipulada para atender finalidades pré-determinadas, ela perde consideravelmente o valor intrínseco da Justiça, prestando-se, dessa forma, em instrumento para satisfação de uma vontade já previamente estipulada.

No caso brasileiro, é imprescindível que a Justiça se mostre permeável ao direito internacional, especialmente ao direito internacional dos direitos humanos e ao direito penal internacional. Deve, portanto, travar tal diálogo enfrentando todas as questões e dilemas, sob pena de esvaziamento do próprio processo decisório. Não se pode fechar os olhos frente à emergência de uma ordem penal internacional. Quando assim procede, a Justiça simplesmente desconsidera os interesses das vítimas para os quais o direito internacional, há tempos, vem demonstrando maior sensibilidade. Mas, mesmo na perspectiva do direito penal internacional, há princípios e parâmetros que constituem uma herança da modernidade e que estabelecem um limite à condução da própria Justiça. O que se espera de uma Justiça punitiva no contexto da Justiça de Transição é que ela opere em sua integralidade. Ou seja, a Justiça punitiva deve enfrentar as questões postas e que são amplas e representativas de interesses antagônicos, decidindo, fundamentadamente, dentro de todas as opções abertas. É fato que a solução importará em escolhas, o que conduz a opções e renúncias. O fundamental é que estas renúncias estejam fundadas dentro de um juízo de proporcionalidade. Em suma, o relevante é que, ao final, se reconheça que os valores que são resguardados com uma decisão sejam superiores aos valores que ela supostamente renuncia.



REFERÊNCIAS

AMBOS, Kai. *El marco jurídico de la justicia de transición*. Bogotá: Temis, 2008.

———; *Impunidad y derecho penal internacional*. 2. ed., Buenos Aires: Ad-hoc, 1999.

DALLARI, Dalmo de Abreu. Crimes sem anistia. 2. ed., In: TELES, Janaína (org.) *Mortos e desaparecidos políticos: reparação ou impunidade?* São Paulo: Humanitas, 2001, p. 31-33.

FRAGOSO, Heleno Claudio. *Lições de direito penal. Parte geral*. 17. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2006.

LAFER, Celso. *A internacionalização dos direitos humanos. Constituição, racismo e relações internacionais*. Barueri: Manole, 2005.

MALARINO, Ezequiel. Activismo judicial, punitivización y nacionalización: tendencias antidemocráticas y antiliberales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. In. *Derechos humanos y derecho penal*. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana/Grupo Editorial Ibáñez, 2012, p. 31-73.

———; El crimen contra la humanidad de desaparición forzada de personas en la jurisprudencia argentina: algunos problemas en relación con el principio de legalidad penal. In. MALARINO, Ezequiel. *Derechos humanos y derecho penal*. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana/Ibáñez, 2012, p. 97-136.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Curso de direito internacional público*, 2 ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MEZAROBBA, Glenda. O que é justiça de transição? Uma análise do conceito a partir do caso brasileiro. In. PRADO SOARES, Inês Virgínia; KISHI, Sandra Akemi Shimada (Coord.) *Memória e verdade: a justiça de transição no Estado Democrático brasileiro*. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 38-53.

———; *Um acerto de contas com o futuro: a anistia e suas consequências: um estudo do caso brasileiro*. São Paulo: Humanitas; Fapesp, 2006.

PARENTI, Pablo. Informe nacional da Argentina. In. AMBOS, Kai; MALARINO, Ezequiel; ELSNER, Gisela (Ed.) *Jurisprudência latinoamericana sobre derecho penal internacional*. Montivideo: Konrad-Adenauer-Stiftung, 2008, p. 21-66.

PASTOR, Daniel. *El poder penal internacional. Una aproximación jurídica crítica a los fundamentos del Estatuto de Roma*. Barcelona: Atelier, 2006.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 13. ed., São Paulo: Saraiva, 2010.

OLSEN, Tricia D.; PAYNE, Leigh A.; REITER, Andrew G. *Transitional justice in balance: comparing processes, weighing efficacy*. Washington, DC: United States Institute of peace press, 2010.

REALE Jr., Miguel. A Comissão Especial de Reconhecimento dos Mortos e Desaparecidos Políticos. In: TELES, Janaína (org.) *Mortos e desaparecidos políticos: reparação ou impunidade?* 2. ed., São Paulo: Humanitas, 2001, p. 205-210.

REZEK, Francisco. *Direito internacional público. Curso elementar*. 10. ed./3ª tiragem, São Paulo: Saraiva, 2007.

RITZ, Neil J. *Transitional Justice: How emerging democracies reckon with former regimes*. 3. vols. Washington, DC: United States Institute of Peace Press, 1995.

RIZZO, Elieser. Conflitos militares e decisões políticas sob a presidência do general Geisel (1974-1979). In: ROUQUIÉ, Alain (Coord.). *Os partidos militares no Brasil*. Rio de Janeiro: Record, 1980, p. 114-153.

ROXIN, Klaus. *Derecho penal. Parte general. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*. Madrid: Civitas, 1997.

STEPAN, Alfred; LINZ, Juan. *A transição e consolidação da democracia. A experiência do Sul da Europa e da América do Sul*. São Paulo: Paz e Terra, 1999.

TAVARES, André Ramos; AGRA, Walber de Moura. Justiça reparadora no Brasil. In: SOARES, Inês Virgínia de Prado; KISHI, Sandra Akemi Shimada (Coords.) *Memória e verdade. A justiça de transição no estado democrático brasileiro*. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 69-91.

TEITEL, Ruti. *Transitional justice*. New York: Oxford University Press, 2000; BICFORD, Louis. Transitional justice. In: HORVITZ, Leslie Alan; CATHERWOOD, Christopher. *Macmillan encyclopedia of genocide and crimes against humanity*. New York: Facts on file, 2004, v. 3.



TELES, Edson. Brasil e África do Sul: rupturas e continuidades nas transições políticas. In. SOARES, Inês Virgínia Prado; KISHI, Sandra Akemi Shimada (Coord.) *Memória e verdade: a justiça de transição no Estado Democrático brasileiro*. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 119-131.

UPRIMNY, R.; SAFFON, MP. Justicia transicional y justicia restaurativa: tensiones y complementariedades. In. RETTEMBERG A. (ed.) *Entre el perdón y el paredón. Preguntas y dilemas de la Justicia Transicional*. Bogotá: Uniandes, 2005, p. 211-232.

ZILLI, Marcos. O último tango? In. SOARES, Inês Virgínia Prado; KISHI Sandra Akemi Shimada (Coord.) *Memória e verdade: a justiça de transição no Estado Democrático brasileiro*. Belo Horizonte: Fórum, 2009, cap. 4, p. 93-117.

——; *A caverna e as sombras*. Boletim do IBCCrim, , ano 17, n. 201, agosto, 2009, p. 4-5.

ZILLI, Marcos; ASSIS MOURA, Maria Thereza Rocha; MONTECONRADO, Fabíola Girão. Ne bis in idem e coisa julgada fraudulenta. A posição da Corte Interamericana de Direitos Humanos. In. AMBOS, Kai; MALARINO, Ezequiel; ELSNER, Gisela. *Sistema interamericano de protección de los derechos humanos y derecho penal internacional*. Tomo II. Montivideo: Konrad Adenauer Stiftung, 2001, p. 393-423.

——; A justiça de transição no Brasil: um caminho a percorrer. In. AMBOS, Kai; ZILLI, Marcos; ASSIS MOURA, Maria Thereza Rocha de; MONTECONRADO, Fabíola Girão. *Anistia, justiça e impunidade. Reflexões sobre justiça de transição no Brasil*. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

——; International criminal law and transitional justice in Brazil. *International criminal law review*. v. 10, n. 4, 2010, p.509-534.

——; Informe sobre o Brasil In. AMBOS, Kai; MALARINO, Ezequiel; ELSNER, Gisela (Eds.) *Justicia de transición. Informes de América Latina, Alemania, Italia y España*. Berlín: Konrad Adenauer Stiftung, 2009, p. 171-199.

ZYL, Paul Van. Promovendo a justiça transicional em sociedades pós-conflito. *Revista Anistia Política e Justiça de Transição*. Brasília: Ministério da Justiça, n. 1, jan./jul. 2009, p. 32-55.

MARCOS ZILLI

Juiz de Direito. Professor Doutor de Direito Processual Penal nos cursos de graduação e de pós-graduação da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Professor do Curso de Pós-graduação Interdisciplinar Humanidades, Direitos e Outras Legitimidades da Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da Universidade de São Paulo. Membro do Grupo Latinoamericano de Estudos de Direito Penal Internacional promovido pela Fundação Konrad Adenauer.

RESUMO: O texto objetiva fazer uma análise sobre os dilemas que cercam a dimensão punitiva da Justiça de Transição. De um lado, há o reconhecimento de que os crimes internacionais estão associados a um regime punitivo mais rigoroso, o qual não admite concessões para com a impunidade. De outro, há a cultura penal construída pela modernidade, a qual tem no princípio da legalidade penal a sua maior expressão. Logo, a principal questão não é mais a de saber se os agentes de estado devem ou não ser punidos pelos crimes cometidos durante a repressão política do regime militar. A bem da verdade, a principal questão é a de identificar qual o padrão de legalidade que confere legitimidade à punição.

PALAVRAS-CHAVE: Dimensão punitiva da Justiça de Transição; Crimes contra a humanidade e regime militar; Costume internacional e Princípio da legalidade penal.

ABSTRACT: The text aims to make an analysis of the dilemmas surrounding the punitive dimension of Transitional Justice. On one side, there is the recognition that international crimes are associated with a more severe punitive regime, which does not admit concessions to impunity. On the other, there is the criminal culture constructed by modernity which has the principle of criminal legality to its greatest expression. Thus, the main issue is not whether the state agents should or should not be punished for the crimes committed during the political repression of the military regime. In truth, the main issue is to identify the legality standard that gives legitimacy to punishment.

KEY-WORDS: Punitive dimension of Transitional Justice; Crimes against humanity and military regime; International custom and *Nullum crimen sine lege* principle.



LANÇAMENTO DO LIVRO "NÃO CALO, GRITO: MEMÓRIA VISUAL DA DITADURA CIVIL-MILITAR NO RIO GRANDE DO SUL"
PRODUZIDO EM PARCERIA COM O CENTRO DE ACESSORIA MULTIPROFISSIONAL, PORTO ALEGRE, EM 1º DE ABRIL DE 2013.

FONTE: ACERVO DA COMISSÃO DE ANISTIA.



DAS COMISSÕES DE REPARAÇÃO À COMISSÃO DA VERDADE: CONTRIBUIÇÕES DA COMISSÃO SOBRE MORTOS E DESAPARECIDOS POLÍTICOS E DA COMISSÃO DE ANISTIA PARA A COMISSÃO NACIONAL DA VERDADE¹

Marcelo D. Torelly

Coordenador Geral de Memória Histórica da Comissão de Anistia (2007-2013)

Mestre e Doutorando em Direito, Universidade de Brasília.

Conforme desenvolvido alhures, tem-se que o processo de democratização brasileiro estruturase, (i) em um primeiro momento, entre 1970 e 1979, caracterizado pela luta pela Anistia, parcialmente conquistada com a aprovação da Lei n.º 6.683/1979, que viabilizou o retorno de um amplo conjunto de cidadãos à legalidade e o ressurgimento do debate público na sociedade; (ii) num segundo momento, que estende-se de 1979 até 1988, quando a estes movimento pró-anistia somam-se diversos outros, ensejando um movimento político amplíssimo que conquista uma nova Constituição garantidora de um grande rol de direitos e, finalmente; (iii) um terceiro momento, que estende-se até o presente, onde a sociedade civil rearticula-se para cobrar

¹ Este texto deriva de apresentações realizadas em junho de 2011 no seminário *Comissão da Verdade – Perspectivas Brasileiras*, realizado na Universidade Federal do Rio de Janeiro em parceria com a Comissão de Anistia do Ministério da Justiça e o Instituto Max Planck para o Direito Penal Comparado e Estrangeiro (Alemanha); em julho de 2011 ante ao programa de especialização em Direitos Humanos e Processos de Democratização da Faculdade de Direito da Universidade do Chile; e em dezembro de 2011 no seminário "Direito à Verdade e Justiça de Transição nos Países do Cone Sul", realizado Universidade de São Paulo, em parceria com a Comissão de Anistia do Ministério da Justiça, o CELS (Argentina), PRISME/CNRS-Estrasburgo (França) e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento.

efetividade aos direitos conquistados no plano simbólico da Constituição, inclusive aqueles alusivos à anistia.²

Considerando ser esta Constituição de 1988 o diploma jurídico que introduz a anistia aos perseguidos políticos concedida em 1979 no novo Estado de Direito que então se estruturava, avançando ainda na garantia – posta no oitavo artigo de seu Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT) – do direito à reparação a estes anistiados, não é de estranhar-se o amplo protagonismo tido pela agenda reparatória no processo transicional brasileiro. Em cumprimento à determinação tida no artigo 8º do ADCT, o Governo Federal brasileiro criou, durante os governos de Fernando Henrique Cardoso, duas comissões de reparação, uma em 1995, outra em 2001, que passam a promover diversas medidas não apenas para a compensação econômica das vítimas, mas também para sua oitiva, para a divulgação dos fatos encontrados e para a implementação de outras agendas ligadas ao ideário da justiça de transição.

Neste cenário, o presente estudo objetiva discutir qual a contribuição que o conjunto de iniciativas empreendidas no bojo das duas comissões reparatórias existentes representa para a mais recente Comissão Nacional da Verdade. Para tanto, (1) conceituarei o que vem a ser uma comissão da verdade e quais os objetivos mais comumente identificados com esse tipo de instituição na literatura especializada; (2) analisarei os objetivos postos para a comissão da verdade brasileira, cotejando-os com os objetivos e poderes das duas comissões de reparação já existentes para, então; (3) discutirei as diferenças de enfoque e de tipo de reconhecimento de fatos autorizado a cada uma das diferentes comissões; (4) concluindo com uma análise sobre os desafios e possibilidades postos para a sociedade brasileira no atual estágio de desenvolvimento de seu debate transicional.

1. O QUE É UMA COMISSÃO DA VERDADE, QUAIS SEUS OBJETIVOS E SUAS DIFERENÇAS ESSENCIAIS COM O PROCESSO JUDICIAL DE FORMAÇÃO DA VERDADE

Na definição do professor de história da Universidade de Harvard, Charles S. Maier, as comissões da verdade são iniciativas que “procuram estabelecer os fatos relacionados a abusos contra

os direitos humanos tidos sob um regime ou conjunto de práticas governamentais passadas, abstendo-se de processar os perpetradores que depõem sob seus auspícios”³. É relevante o destaque feito pelo autor de que, como regra, as comissões não tem poderes judiciais (dado que se repete na comissão brasileira), mas que isso não necessariamente significa que as informações por elas produzidas não possam ser posteriormente apresentadas ante ao judiciário. A natureza não judicial das comissões da verdade atende, basicamente, a dois fins: primeiramente, o de garantir que a comissão não seja vista pelos perpetradores como uma instituição “contrária” a eles, o que inibiria seu engajamento; em segundo lugar, o de evitar que os comissários e seus agentes sejam obrigados a respeitar os parâmetros de devido processo legal estrito que caracterizam os atos de natureza judicial e que inviabilizariam a concretização da missão de uma comissão extraordinária, cujo tempo de trabalho é, geralmente, diminuto.

Assim como as comissões de reparação possuem ritos diferenciados dos do judiciário, dada a natureza especial da matéria que entendem sanear e do tipo de provas que necessitam produzir,⁴ as comissões da verdade igualmente não podem ficar atadas ao procedimento de produção de verdade processual, sob pena de ou infringirem o direito posto, ou tornarem-se um mecanismo que em nada se difere daqueles do próprio judiciário, com efeito tornando-se inócuas para os fins mais amplos que almejam. É neste sentido que Minow afirma que “para contar a verdade, reconhecer publicamente o que ocorreu e dar atenção aos sobreviventes, uma comissão investigativa pode ser melhor que um julgamento”⁵.

Desde uma perspectiva histórica, torna-se mais fácil compreender essa opção aparentemente paradoxal do Estado em abrir mão de sua jurisdição penal em certos contextos. As comissões da verdade surgem no momento que Teitel classifica como um segundo estágio do desenvolvimento da justiça transicional.⁶ Na literatura, é consensual o entendimento de que a justiça transicional moderna surge como resposta às atrocidades da Segunda Guerra Mundial,⁷ o fracasso da Alemanha em julgar seus crimes da Primeira Grande Guerra faz com que, ao término da segunda, os aliados optem por internacionalizar os julgamentos dos agentes do nazismo, “numa evidente resposta crítica ao passado, a justiça transicional após a Segunda Guerra Mundial começou abstendo-se de promover processamentos no âmbito nacional, procurando, em oposição, submeter as lideranças

3 Maier, 2000, p. 261. Tradução minha. No original: “attempts to establish the facts of human rights abuses under an earlier regime or set of governmental practices, but refrains from prosecuting the perpetrators who testify under its auspices”.

4 De Greiff, 2006

5 Minow, 2000, p. 238. Tradução minha. No original: “for truth telling, public acknowledgment of what happened, and attention to survivors, a commission of inquiry actually may be better than prosecutions”.

6 Teitel: 2003.

7 Elster: 2006, Teitel: 2000



Esse primeiro momento da justiça transicional é, portanto, punitivista e internacionalista, na medida em que uma vitória incontestada das potências aliadas permite a aplicação praticamente consensual de medidas de justiça penal internacional.

acordo (os aliados), mas sim com uma disputa ferrenha entre o modelo sócio-político americano e o modelo sócio-político soviético. Dado este cenário de disputa, no mundo bipolar reduzem-se radicalmente as alternativas internacionalistas, que passam a ser lidas como formas de “intervenção” de uma das potências dominantes. Ainda, muitos dos conflitos no plano interno – e a América Latina é exemplar a este respeito – nada mais são do que conflitos satélites, decorrentes do alinhamento dos grupos políticos internos dos países a ideário de um dos dois blocos geopolíticos, dificultando o consenso interno sobre a legitimidade das ações em curso pelos grupos em conflito.

Nesta segunda fase de desenvolvimento da justiça de transição, portanto, as atrocidades do passado são enfrentadas por meio de mecanismos internos dos Estados, que buscam justamente criar algum tipo de prestação de contas sem reativar conflitos políticos, mas sim abrandando-os. Assim, afasta-se em alguma medida a perspectiva da justiça, que é conflitiva, substituindo-a pelo ideário da “verdade e reconciliação” que “incorpora muito de seu discurso normativo de fora do direito, especialmente da ética, medicina e teologia. Seu propósito não [é] apenas a justiça, mas também a paz para os indivíduos e a sociedade como um todo”⁹. Num cenário internacional conflagrado, as sociedades buscam por fim a seus conflitos, por meio de mecanismos que valoram mais o esclarecimento e a rearticulação social do que a justiça penal. É apenas em uma terceira fase, contemporânea à criação do Tribunal Penal Internacional, que passa-se a discutir de forma mais efetiva a necessidade de compatibilização de medidas de reconciliação, verdade e justiça¹⁰.

8 Teitel: 2003, p.72. Tradução minha. No original: “Seen with the hindsight of history, it was clear that the post-World War I national trials did not serve to deter future carnage. In an evident critical response to the past, the post-World War II transitional justice began by eschewing national prosecutions, instead seeking international criminal accountability for the Reich’s leadership.”

9 Teitel: 2003, p. 82. Tradução minha. No original: “[...] incorporate much of its normative discourse from outside the law, specifically from ethics, medicine, and theology. Its purpose was not merely justice, but peace for both individuals and society as a whole.”

10 Payne; Abrão & Torelly: 2011.

Considerando este contexto, torna-se mais fácil compreender quais os objetivos almejados por uma comissão da verdade: (i) o esclarecimento dos fatos; (ii) o reconhecimento e a devida atenção às vítimas; (iii) a identificação das responsabilidades institucionais (e, quiçá, individuais), com vistas a reforma dos mecanismos que permitiram a perpetração de violações; (iv) a reconciliação nacional, ou, ao menos, o abrandamento da intensidade do conflito político e, finalmente, (v) a prestação de contas quanto ao passado, com eventuais contribuições ao processo de justiça.¹¹

Uma comissão da verdade é, portanto, um mecanismo do Estado com poderes e prerrogativas especiais para a busca da verdade, que não será, ao final, uma verdade judicial (sem, com isso, deixar de ser uma verdade “ajuizável”), e que foca-se muito mais nas vítimas do que nos perpetradores. Nas palavras de Hayner, no processo judicial “somente se solicita o testemunho das vítimas se este é necessário para respaldar uma determinada linha de ação do processo [...] não se chama mais que um muito pequeno número de vítimas e é provável que seus testemunhos sejam diretamente questionados pelos advogados de defesa”¹², enquanto as comissões da verdade “ainda que possam investigar a participação nos abusos de determinados perpetradores individuais e receber dados-chave procedentes dos acusados e de outros integrantes do sistema repressivo, centram grande parte de seu tempo e atenção nas vítimas. Normalmente, recolhem depoimentos de uma ampla gama de testemunhas, vítimas e sobreviventes, e consideram todos estes relatos ao analisar e descrever a pauta geral de acontecimentos. Ao escutar a história das vítimas, quiçá em sessões públicas, as comissões dão voz a estas vítimas e fazem com que o conjunto da população se torne consciente de seu calvário”¹³.

Enquanto um processo judicial objetiva o esclarecimento de um fato isolado, restringindo de forma radical aquilo que irá considerar válido enquanto prova, uma comissão da verdade busca contextualizar e elucidar um grande conjunto de fatos, valendo-se de todos os meios de acesso à informações e de todas as memórias disponíveis. Com isso, em regra, não objetiva esclarecer o contexto concreto de autoria de crimes em concreto (mesmo que isso não lhe seja defeso), mas sim, identificar os padrões sistemáticos de violação de garantias fundamentais, permitindo, a um só tempo, um amplo reconhecimento social das vítimas e, ainda, o pleno conhecimento da arquitetura institucional que permitiu a perpetração das violações, propiciando o conjunto de elementos necessários para amplas reformas das instituições utilizadas para a prática de atividades criminosas e ilegais.

11 Hayner: 2008, pp. 54-62

12 Hayner: 2008, p.58. Tradução minha. No original: “sólo se pide el testimonio de las víctimas si éste es necesario para respaldar una determinada línea de acción del proceso [...] no se suele llamar al estrado más que a un número muy reducido de víctimas y es probable que sus testimonios sean directamente cuestionados por los abogados defensores [...]”

13 Hayner: 2008, p.59. Tradução minha. No original: “aunque pueden investigar la participación en los abusos de determinados perpetradores individuales y recibir datos clave procedentes de los acusados y otros integrantes del sistema represivo, gran parte de su tiempo y atención se centra en las víctimas. Normalmente, recogen testimonios de una amplia gama de testigos, víctimas y sobrevivientes, y consideran todos esos relatos al analizar y describir la pauta general de los acontecimientos. Al escuchar las historias de las víctimas, quizá en sesiones públicas, las comisiones logran dar voz pública a las víctimas y hacen que el conjunto de la población sea consciente de su calvario”



2. OS OBJETIVOS ESPECÍFICOS DA COMISSÃO NACIONAL DA VERDADE BRASILEIRA E UM COMPARATIVO DE PODERES COM AS COMISSÕES DE REPARAÇÃO

A ideia de constituir uma Comissão da Verdade no Brasil consolidou-se durante a Conferência Nacional de Direitos Humanos e foi referendada enquanto compromisso de Estado pelo Decreto Lei que aprovou o III Plano Nacional de Direitos Humanos (PNDH-III). No primeiro semestre do ano de 2010, uma comissão, formada por representantes da Casa Civil da Presidência da República, do Ministério da Justiça, do Ministério da Defesa, da Secretaria de Direitos Humanos, da Advocacia-Geral da União, da Comissão Especial sobre Mortos e Desaparecidos Políticos (CEMDP) e por um representante da Sociedade Civil, redigiram um projeto de lei para a Comissão da Verdade, encaminhado ao Congresso Nacional pelo então presidente Luiz Inácio Lula da Silva. O PL n.º 7.376/2010, posteriormente aprovado, tornou-se a Lei n.º 12.528, sancionada pela presidente Dilma Rousseff em 18 de novembro de 2011, que definiu como lapso temporal para a Comissão Nacional da Verdade (doravante CNV) o mesmo definido constitucionalmente para a Comissão de Anistia, qual seja, do ano de 1946 ao ano de 1988, num período mais amplo que aquele da ditadura militar (1964-1985), e apresenta os principais objetivos da Comissão da Verdade brasileira, que serão sintetizados a seguir.

2.1. OBJETIVOS DA COMISSÃO NACIONAL DA VERDADE BRASILEIRA

a) Esclarecer fatos e circunstâncias de graves violações de direitos humanos

Neste item, importa destacar uma característica crucial da CNV brasileira: o Estado já reconheceu mortes e desaparecimentos políticos por meio da CEMDP, criada pela Lei n.º 9.140/1995, bem como inúmeras formas de perseguição política, entre elas exílios, banimentos, expulsões do país, demissões e afastamento de postos de trabalho, expulsão de escolas e universidades, por meio de sua Comissão de Anistia, criada por medida provisória de 2001, convertida posteriormente na Lei n.º 10.559/2002. Neste sentido, o que objetiva a Comissão da Verdade é verificar os meios e contextos em que ocorreram estas graves violações, focando-se não somente nas mais graves, como a tortura, mas também em outras

mais sistemáticas e cujas instituições perpetradoras passaram por poucas reformas com vistas à não repetição.

A atribuição para a localização dos restos mortais dos desaparecidos políticos, mesmo após a eventual aprovação da CNV, segue sendo responsabilidade da CEMDP, nos termos da Lei nº 9.140, mas, como se verá no próximo item, a CNV poderá avançar fortemente na busca de informações.

b) Promover esclarecimento circunstanciado de torturas, mortes e desaparecimentos, identificando autorias

O trabalho da CEMDP gerou o livro-relatório *Direito à Memória e à Verdade*, que apresenta, em termos gerais, as condições de desaparecimento ou morte de aproximadamente 500 pessoas, não obstante, o trabalho da Comissão não focou-se nem nas circunstâncias específicas de cada um dos ocorridos, nem na identificação de possíveis autores. Ademais, nem a CEMDP, nem a Comissão de Anistia, procurou circunstanciar casos de tortura. Nas duas comissões, mas, ainda mais presentemente na Comissão de Anistia, existem centenas de denúncias de tortura, porém, a oitiva de eventuais responsáveis pelos aparelhos de segurança não era necessária para o processo de reparação, não tendo-se averiguado tais registros.

Para além da verificação circunstanciada, chama atenção a indicação de identificação de autoria, na medida em que outras comissões da região, como a chilena, focaram-se apenas na identificação dos fatos.

c) Identificação das estruturas e locais das violações aos direitos humanos

A disposição de identificar estruturas e locais das violações guarda, na prática, dois objetivos distintos. No que diz respeito à identificação das estruturas, a possibilidade de empreender reformas institucionais e aprimoramentos legislativos que evitem a repetição. No que diz respeito à identificação de locais, o cumprimento de obrigações estatais alusivas ao direito à memória e à verdade.

d) Encaminhamento das informações obtidas aos órgãos responsáveis pela localização dos restos mortais dos mortos e desaparecidos e colaboração com o Poder Público para o esclarecimento de todas as violações aos direitos humanos

Conforme já posto, a atribuição de localização dos restos mortais das vítimas segue sendo da CEMDP, sendo mais relevante destacar a determinação de cooperação com o poder público para

o esclarecimento de demais violações. Embora a CNV não tenha atribuições judiciais, não há vedação para que as informações por ela produzidas sejam apropriadas por outras instituições para fins legais e judiciais. Em pelo menos três situações, é possível extrair-se benefícios desta disposição, mesmo considerada a lei de anistia de 1979: (i) para o esclarecimento do caso *Gomes Lund e outros*, onde o Brasil foi condenado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos; (ii) para a geração de subsídios para ações contra crimes de Estado tidos pós-1979 e; (iii) para o esclarecimento, eventualmente por via judicial, dos crimes continuados, como sequestros e desaparecimentos forçados ainda não esclarecidos.

e) Recomendação de medidas e políticas públicas de não repetição

A CNV tem a faculdade de indicar aos poderes de estado que adotem medidas objetivando que as violações apuradas não se repitam. Em análises comparativas com comissões análogas, destacam-se as recomendações de reformas no sistema e aparelhos de segurança pública, a proposição de depuração e vedação de acesso a cargos públicos de responsáveis por graves violações contra os direitos humanos (processos de “lustração” e “vetting”), a reforma dos currículos e planos pedagógicos do ensino fundamental e médio, bem como a revisão dos módulos de formação do pessoal de segurança e a criação de cursos sobre direitos humanos e segurança cidadã, no âmbito específico das escolas de polícia.

f) Promoção da reconstrução histórica sobre as graves violações contra os direitos humanos

Talvez, o objetivo central da CNV, define com precisão o objetivo de qualquer comissão da verdade. A atual narrativa oficial sobre os crimes de Estado no Brasil incorre naquilo que Cohen define como um “estado de negação”, onde “a narrativa reconhece que algo ocorreu, mas recusa aceitar a categoria definidora destes atos”¹⁴. Especificamente, diversos setores sociais “justificam” violações aos direitos humanos como se fossem parte necessária de um mecanismo de defesa social, ou, como se, por estarem insertas em um contexto de conflito político, deixassem de ser violações. O processo da CNV permitirá tanto o correto entendimento destes atos, como, ainda, contribuirá para o esclarecimento de muitos outros, até então desconhecidos. Valendo-me novamente de Hayner: “no processo de coleta de testemunhos e publicação de um informe oficial uma comissão proporciona o reconhecimento também oficial de amplos feitos por muito tempo silenciados”¹⁵, assim, a CNV tornará público um passado que grande parte do Brasil ainda desconhece.

¹⁴ Cohen: 2005, p. 98. Tradução minha. No original: “la narrativa reconoce que algo ha sucedido, pero recusa aceptar la categoría asignada a sus actos”

¹⁵ Hayner, 2008, p.56. Tradução minha. No original: “en el proceso de recogida de testimonios y de publicación de un informe oficial una comisión proporciona un reconocimiento también oficial de hechos largo tiempo silenciados”

2.2. CONTRIBUIÇÕES DAS COMISSÕES DE REPARAÇÃO PARA A CNV E COMPARATIVO DE PODERES

Para começar a comparação das comissões de reparação com a Comissão da Verdade é importante primeiro refletir sobre o porquê da opção da via administrativa para os processos de reparação em detrimento da via judicial, expressa nas leis n.º 9.140/1995 e 10.559/2002.

Os programas de reparações em massa ocorrem pela via administrativa e não pela via judicial, basicamente por duas razões: Primeiramente, a dificuldade de obtenção de provas, que tornaria impossível a reparação pela via judicial. O grau de exigência do judiciário para fornecer uma reparação, pensado para resolver as lides interindividuais ordinárias, seria de uma complexidade probatória tal que dificilmente uma vítima conseguiria “provar” que foi vítima e obter reparação. Em segundo lugar, porque o processo de reparação tem um objetivo não judicial, que também está presente na Comissão da Verdade, de devolver à vítima o senso de pertencimento à comunidade política, de reconquistar sua confiança cívica.¹⁶ A vítima, que foi violada pelo Estado, hoje é reparada pelo Estado em um processo de reconciliação, coisa que não seria possível dentro do processo judicial por sua característica adversarial. Numa comissão de reparação, assim como numa comissão da verdade, a vítima não está ali contra o Estado, mas sim exercendo um direito seu de reconhecimento.¹⁷

A Comissão Especial de Mortos e Desaparecidos, criada em 1995, teve o objetivo de reconhecer pessoas mortas ou desaparecidas por razões políticas e localizar seus restos mortais, e a Comissão de Anistia, criada em 2001, de conceder reparação moral e econômica a todos aqueles atingidos por atos institucionais ou complementares, de exceção, punidos pela via laboral, banidos, exilados, expulsos de instituição de ensino, entre outros, tendo sido agregadas as suas atribuições a realização de vários projetos e ações de memória a partir de 2007. Ou seja: a CEMDP teve um foco mais estreito enquanto a Comissão de Anistia tem um foco mais amplo. Para comparar os poderes das duas comissões de reparação com a CNV, podemos eleger dez categorias-chave, ilustrada na Quadro 01:

16 Correa: 2010

17 Baggio: 2010

Quadro 01 - Comparativo de Poderes entre as Comissões

Poder	Comissão Especial sobre Mortos e Desaparecidos Políticos (1961-1985)	Comissão Anistia (1946-1988)	Comissão Nacional da Verdade (1946-1988)
Solicitar documentos públicos e privados	Sim	Sim	Sim
Solicitar documentos ainda classificados como secretos	Não	Não	Sim
Requisitar informações	Sim	Sim	Sim
Convidar testemunhas e depoentes	Sim	Sim	Sim
Convocar testemunhas e depoentes	Não	Não	Sim
Ouvir pessoas sob cláusula de confidencialidade	Não	Não	Sim
Realizar e solicitar pareceres técnicos	Sim	Sim	Sim
Realizar e solicitar perícias	Sim	Não	Sim
Promover audiências públicas	Não	Sim	Sim
Promover recomendações	Não	Não	Sim
Requisitar proteção para pessoa sob risco ou ameaça	Não	Não	Sim
Fazer recomendações de reformas institucionais	Não	Não	Sim

FONTE: Torelly, 2012, p.295.

Da leitura do quadro, é possível verificar que, na prática, a CNV possui poucos (mas relevantes) poderes que as duas comissões de reparação já não tivessem, valendo destacar, portanto, essas diferenças, bem como os diferentes lapsos de tempo e objeto entre as comissões.

A CNV poderá convocar pessoas que entenda importante ouvir, diferentemente das duas comissões de reparação, que valeram-se apenas de depoimentos espontâneos ou mediante

convite, tendo ainda a possibilidade de manter a identidade de suas fontes em sigilo. Pode também solicitar documentos que ainda estejam sob classificação de sigilo. Igualmente, a CNV, assim como a CEMDP, pode solicitar perícias, poder que a Comissão de Anistia não detinha. Este poder é especialmente importante para o circunstanciamento das violações, que é um dos objetivos da Comissão. Embora a CEMDP já possuísse originalmente este poder, seu objeto de atuação era mais estreito, o que permitirá que sejam solicitadas perícias e produção de provas forenses ante a diversas situações novas. Assim como a Comissão de Anistia, a CNV poderá realizar audiências públicas, algo fundamental, considerando o amplo universo de pessoas a serem ouvidas. A CNV tem a faculdade de solicitar proteção para pessoas que, com ela, queiram contribuir e estejam sob ameaça (ou venham a ser ameaçadas após seu depoimento), garantindo assim maior proteção a suas fontes. Finalmente, a CNV tem uma prerrogativa exclusiva relevantíssima: o poder de fazer recomendações com vistas a não repetição das violações. No estudo da literatura comparada, este é um dos poderes mais referidos no que comporta a construção de “legados” das comissões da verdade. As recomendações, para além de atacarem problemas estruturais legados pelo autoritarismo, ainda cumprem a função de criar um precedente legítimo para as lutas sociais futuras, auxiliando e legitimando as mobilizações da sociedade por reformas estruturais democratizantes.

Para além destes novos poderes, importa destacar que a CNV terá um âmbito cronológico de atuação igual ao da Comissão de Anistia, valendo-se do prazo fixado no ADCT. Esse lapso de tempo é quinze anos maior do que o previsto para a CEMDP. Ainda, terá um objeto a investigar que é bem mais amplo que o da CEMDP, incluindo todas as violações a direitos humanos do período, sem ter, de outro lado, um espectro tão amplo quanto o da Comissão de Anistia, que igualmente reparou a prática de diversos atos administrativos de viés autoritário.

3. DIFERENÇAS DE ENFOQUE E TIPOS DE VERDADE PRODUZIDAS PELAS COMISSÕES

Considerando os poderes e tipo de objeto ao qual cada comissão se dedica, é possível analisar as diferenças de enfoque que cada órgão dá para questões-chave do processo transicional, compiladas no Quadro 02.

Quadro 02: Diferença de Enfoque entre a CEMDP, CA e CNV

	Comissão Especial sobre Mortos e Desaparecidos Políticos (1961-1985)	Comissão Anistia (1946-1988)	Comissão Nacional da Verdade (1946-1988)
Reconhecimento das vítimas	Sim	Sim	Sim
Reconhecimento oficial de fatos	Apenas mortes e desaparecimentos	Apenas perseguição política (de variados tipos)	Amplo: fatos e circunstâncias ligados à violação de direitos humanos
Presunção de veracidade das informações recebidas	Parcial (aceita indícios contrários às versões do regime e os reconhece)	Sim	Não
Verificação de autoria dos fatos reconhecidos	Não (responsabilidade estatal abstrata)	Não (responsabilidade estatal abstrata)	Sim (responsabilidades individuais e institucionais)
Produção de narrativa histórica sobre os fatos	Individualizada	Não	Sim
FONTE: Leis n.º 9.140/1995, 10.559/2002 e 12.528/2011.			

Em seus 10 anos de atuação, a Comissão de Anistia recebeu, aproximadamente, 70 mil pedidos e reconheceu mais de 35 mil casos de perseguições políticas, nos mais variados espectros. Para tanto, realizou, até dezembro de 2009, 696 sessões e 15 audiências públicas. Já a CEMDP, em 12 anos de trabalho, pode verificar o desaparecimento e morte de aproximadamente 400 pessoas, tendo produzido o livro-relatório *Direito à Memória e à Verdade*, lançado em 2007, que contém uma narrativa individualizada sobre cada uma das vítimas fatais ou desaparecidas durante a ditadura.

A Comissão de Anistia trabalha com a presunção de veracidade das alegações a ela trazida. Em regra, quando a Comissão analisa processos a ela remetidos, considera que as informações prestadas e os documentos encaminhados são verdadeiros, exceto quando há existência de indícios suficientes de que não o são. A CA tem acesso à documentação disponível no Arquivo Nacional e no antigo Serviço Nacional de Informações (SNI), o que permite afirmar com segurança se dada pessoa foi, ou não, perseguida política. A CEMDP tem uma presunção parcial de veracidade, na medida em que depende de um conjunto mais robusto de informações para afirmar que alguém foi morto ou está desaparecido, em função de sua atuação política. Neste

sentido, uma das grandes críticas presentes no livro-relatório *Direito à Memória e à Verdade* quanto à atuação da CEMDP, é quanto ao fato de que coube às vítimas o ônus de mostrar que o seu familiar estava morto ou desaparecido por circunstâncias políticas, dada esta presunção parcial de veracidade da informação. A Comissão da Verdade não trabalha, por sua vez, com a presunção de veracidade das informações, e justamente por isso tem poderes investigatórios mais amplos, o que melhora a qualidade da “verdade” que produz, inclusive para eventual utilização judicial posterior.

Assim, a Comissão de Anistia tem a possibilidade de reconhecer que um determinado conjunto de provas é suficiente para confirmar que houve perseguição a um determinado cidadão, sem o reconhecimento específico da veracidade de cada um daqueles fatos alegados. Exemplificativamente, se a pessoa alegar que foi detida em dez diferentes oportunidades e a Comissão tiver provas de, pelo menos, uma destas prisões, a CA reconhece que houve a perseguição política, mas não verifica cada um dos casos concretos alegados. Por isso, não é possível utilizar um processo da CA como prova, por exemplo, no âmbito judicial, de que alguém fora preso em dado local. A CA não circunstancia individualmente as perseguições que reconhece no plano geral.

A CEMDP, por sua vez, considera a existência de informações falsas do Regime sobre mortes e desaparecimentos, portanto, ela reconhece uma verdade negativa. Reconhece, por exemplo, que a perícia que foi empreendida em um determinado caso é falsa, que o laudo não é verdadeiro, etc. Ou seja: produz uma espécie de contrainformação.

Para facilitar a diferenciação destas formas e limitações na produção de “verdades”, apresento-as, de forma sistematizada, no Quadro 03.

Quadro 03: Tipo de verdade produzida pelas comissões (reconhecimento de fatos)

Comissão Especial sobre Mortos e Desaparecidos Políticos (1961-1985)	Comissão Anistia (1946-1988)	Comissão Nacional da Verdade (1946-1988)
Reconhece que um determinado conjunto de provas é suficiente para confirmar que houve perseguição política a um determinado cidadão, sem reconhecimento específico da veracidade de cada um dos fatos alegados.	Considerando que existem informações oficiais do regime falsas sobre a maioria das mortes e desaparecimentos, ocorre reconhecimento negativo da verdade (negação da versão), com parcial reconhecimento dos fatos narrados relacionados ao evento mortis.	Tem a possibilidade de reconhecer amplamente a veracidade de fatos narrados (“circunstanciá-los”), inclusive confrontando provas e versões.
FONTE: Leis n.º 9.140/1995, 10.559/2002 e Lei 12.528/2011.		



4. CONCLUSÕES: LIMITES E POSSIBILIDADES PARA O APROVEITAMENTO DO ACERVO DAS COMISSÕES DE REPARAÇÃO NA CNV E OS DESAFIOS PENDENTES DE SUA AGENDA POLÍTICA

O trabalho prévio das comissões de reparação ajuda a diminuir o número potencialmente infinito de situações que surgirão em denúncias e audiências públicas da CNV. Boa parte das Comissões da Verdade exitosas partiu de algum tipo de acervo prévio, como a comissão chilena, que detinha os arquivos da Vicária da Solidariedade. A CNV conta com os arquivos do projeto *Brasil Nunca Mais*, que são uma excelente fonte não oficial e que se encontram em um processo de digitalização, bem como com os acervos oficiais da CEMDP, da Comissão de Anistia, e mais de 16 milhões de documentos desclassificados e disponíveis no Arquivo Nacional. São pontos de partida relevantíssimos, especialmente considerando-se o prazo de funcionamento de dois anos para as oitivas e produção do relatório final.

Fatos já reconhecidos pela CEMDP e pela CA, dentro do quadro de limitações já apresentado, não precisam ser novamente arguidos ou provados, o que também acelera os trabalhos. E fatos alegados que não foram investigados – como o exemplo acima posto do cidadão que alega dez prisões e prova documentalmente apenas uma – constituem indícios úteis para novas investigações. Em vez de partir do zero, a CNV partirá de um conjunto de informações já investigadas e com razoável reconhecimento de veracidade.

A utilização do acervo das comissões de reparação, não obstante, apresenta alguns desafios políticos e operacionais.

Primeiro, o nível de estruturação das informações existentes. O recente debate tido nos meios de comunicação sobre o relato/depoimento do perseguido político Pérsio Arida, publicado pela Revista Piauí, e que recebeu resposta do único agente do regime militar brasileiro condenado judicialmente em uma ação declaratória de que fora um torturador, Carlos Alberto Brilhante Ustra, publicado pelo jornal Folha de S. Paulo, ilustra esse desafio. Após a publicação do artigo

de *memória*, o ex-agente do regime apresenta *informações documentais* que entendem fragilizar o testemunho, valendo-se da evidente vantagem de quem detém não apenas memórias, mas também registros formais do passado.

A informação trazida pelo perseguido político às comissões existentes (e também a que será trazida às por criar) sempre será no formato de um depoimento, por mais estruturada que seja, será sempre uma memória, e não um documento. É uma fonte de informação que mistura, na narrativa fatos, experiências, sensações, todos fortemente matizados pela experiência do trauma e da violação de direitos. Do outro lado, sejam verdadeiras ou falsas, as informações que os ex-agentes do regime detêm em arquivos públicos ou privados são informações estruturadas na forma de documentos, redigidos no decurso dos fatos, e não a três décadas de distância. Certamente, muitos dos milhares de depoimentos já recolhidos pelas comissões de reparação esbarrarão em obstáculos similares. Nesse sentido, é fundamental a compreensão de que o objetivo da Comissão da Verdade não é o esclarecimento pormenorizado de cada uma das violações individuais, mas sim a identificação dos padrões de violação e aqueles por elas responsáveis. Para tanto, testemunhos, documentos e perícias funcionam de maneira complementar. Mais ainda: é importante o compromisso da CNV com o desmonte de versões falsas da história, documentadas de forma intencionalmente errônea por agentes da repressão.

Um segundo desafio para o uso dos arquivos já existentes é o baixo nível de informatização de seus sistemas de registro, tanto na Comissão de Anistia quanto na CEMDP. Os sistemas de informação digital de ambos os acervos foram produzidos para a tramitação processual, e não para a pesquisa histórica, o que implica na necessidade de que sejam reformulados para a pesquisa por meio de categorias úteis para a investigação da CNV, aludindo os locais onde ocorreram as perseguições, o gênero e a etnia dos perseguidos, os movimentos políticos dos quais faziam parte, etc.

Um terceiro grande desafio é o aproveitamento dos depoimentos daqueles que não mais poderão comparecer ante à CNV, seja por terem falecido, seja por já não mais terem condições de saúde para tanto. Especialmente junto ao acervo da Comissão de Anistia, é possível encontrar centenas de depoimentos em áudio e vídeo, além de, mais recentemente, uma ampla gama de depoimentos gravados com perseguidos políticos por faculdades de história de diferentes instituições de ensino federal, por meio do projeto *Marcas da Memória*.¹⁸

Como conclusão, tem-se que a apropriação pela CNV do acervo já produzido pelas comissões de reparação será fator-chave para seu êxito. Num país onde a reparação é o eixo-estruturante

das políticas de justiça transicional¹⁹, seus arquivos constituem não apenas o maior acervo sistematizado do período, como, ainda, são os únicos arquivos a reunirem não apenas os documentos oficiais da repressão, mas também as memórias e a versão das vítimas sobre aqueles mesmos fatos.

Ademais, é fundamental a compreensão da oportunidade política aberta pela instituição de uma Comissão da Verdade para a legitimação social das memórias das vítimas, negadas pelo regime, e para a construção de um “senso comum democrático”²⁰, que só pode ser alcançado pela ampla mobilização social que um processo de busca pela verdade pode produzir. Hayner assevera que, para as vítimas, tais comissões “mais que dizer-lhes uma nova verdade, serve para reconhecer formalmente a verdade que em geral já conheciam”²¹.

Desta maneira, a CNV pode formalmente reconhecer a verdade que não só já é conhecida de muitos, como já fora objeto de reparação por parte do Estado, mas é ainda objeto de negacionismo por alguns setores da sociedade. A comparação dos poderes dados a cada uma das comissões dá conta do amplo mandato que as comissões de reparação já exerceram, fortalecendo o argumento de que o momento político da Comissão da Verdade, muito mais que sua forma jurídica, podem ser determinantes para a produção de avanços no processo de esclarecimento histórico²² e consolidação democrático. Muito mais do que reportar, espera-se da CNV capacidade de articulação e mobilização social para o avanço da agenda dos direitos humanos no Brasil. Igualmente, os trabalhos da CNV recebem ampla atenção midiática nacional e internacional, permitindo a divulgação de uma história por muitos ainda desconhecida e que as comissões de reparação puderam fazer chegar a um número muito restrito de brasileiros.

Finalmente, se é possível afirmar que o processo de reparação às vítimas levado a cabo pelas duas comissões de reparação produziu um grande avanço na agenda dos direitos humanos no Brasil, é, então, absolutamente assertivo afirmar que a implementação da Comissão Nacional da Verdade será mais um passo decisivo em tal processo. Se é reconhecido que a ausência de justiça é o maior déficit da transição brasileira, a implantação de uma política de Estado do porte desta para o esclarecimento histórico sinaliza, pelo menos, que aqueles defendem a impunidade não mais o poderão fazer escondidos no biombo do esquecimento.

19 Abrão; Torelly, 2011

20 Torelly, 2010.

21 Hayner, 2008, p.56. Tradução minha. No original: “más que para decirles una nueva verdad, sirve para reconocer formalmente la que en general ya sabían”

22 Em outra análise, descrevemos como tal momento, de luta por “verdade e justiça” caracteriza uma terceira fase em nossa luta pela anistia. Cf.: Abrão; Torelly, 2012.

REFERÊNCIAS

ABRÃO, Paulo; TORELLY, Marcelo D. (2010) Justiça de Transição no Brasil: a dimensão da reparação. In: *Revista Anistia Política e Justiça de Transição*. Brasília, n.º 04, Janeiro/Junho de 2010, pp.108-138.

ABRÃO, Paulo; TORELLY, Marcelo D. (2011). As dimensões da justiça de transição no Brasil, a eficácia da Lei de Anistia e as alternativas para a verdade e a justiça. In: PAYNE, Leigh; ABRÃO, Paulo; TORELLY, Marcelo D. (org.). *A Anistia na Era da Responsabilização*. Brasília/Oxford: Ministério da Justiça/Universidade de Oxford.

ABRÃO, Paulo; TORELLY, Marcelo D. (2012). Mutações no conceito de anistia na Justiça de Transição brasileira: a terceira fase da luta pela anistia. In: *Revista de Direito Brasileira*. São Paulo: Conpedi/Revista dos Tribunais, Ano 02, vol.03, jul.-dez. 2012, pp.357-379.

BAGGIO, Roberta (2010). Justiça de transição como reconhecimento: limites e possibilidades do processo brasileiro. In: SANTOS, Boaventura de Sousa; ABRÃO, Paulo; MACDOWELL, Cecília; TORELLY, Marcelo D. (org.). *Repressão e Memória Política no Contexto Ibero-Brasileiro*. Brasília/Coimbra: Ministério da Justiça/Universidade de Coimbra, pp. 260-284.

COHEN, Stanley (2005). *Estado de Negación*. Buenos Aires: Universidad de Buenos Aires/British Council.

CORREA, Cristián (2010). Programas de reparação para violações em massa aos direitos humanos: aprendizados das experiências da Argentina, Chile e Peru. In: *Revista Anistia Política e Justiça de Transição*. Ministério da Justiça: Brasília, n.º 03, Jan/Jun 2010, pp. 140-173.

DE GREIFF, Pablo (2006). Justice and Reparations. In: DE GREIFF, Pablo (org.). *The Handbook of Reparations*. Oxford e Nova Iorque: Oxford University Press, pp. 451-477.

ELSTER, Jon *Rendición de Cuentas – La Justicia Transicional en Perspectiva Histórica*. Buenos Aires: Katz. (2006).

Hayner, Priscilla. *Verdades Innombrables*. Ciudad de Mexico: Fondo de Cultura Económica, 2008.

MAIER, Charles S. (2000). Doing history, doing Justice - the narrative of the historian and of the truth commission. In: ROTBERG, Robert I.; THOMPSON, Dennis (org.). *Truth v. Justice - the morality of truth commissions*. New Jersey: Princeton University Press, pp. 261-278.



MINOW, Martha (2000). The hope for healing - what can truth comission do? In: ROTBERG, Robert I.; THOMPSON, Dennis (org.). *Truth v. Justice - the morality of truth commissions*. New Jersey: Princeton Univeristy Press, pp. 235-260.

MONTENGRO, Antonio T.; RODEGHERO, Carla S.; ARAÚJO, Maria Paula (orgs.). *Marcas da Memória: história oral da anistia no Brasil*. Recife: UFPE, 2012.

PAYNE, Leigh; ABRÃO, Paulo; TORELLY, Marcelo D. (org.) (2011). *A Anistia na Era da Responsabilização*. Brasília/Oxford: Ministério da Justiça/Universidade de Oxford.

TEITEL, Ruti G. *Transitional Justice*. Oxford e Nova Iorque: Oxford University Press. (2000).

TEITEL, Ruti G. (2003). Transitional Justice Genealogy. In: *Harvard Human Rights Journal*. Vol. 16, pp. 69-94.

TORELLY, Marcelo D. (2010). Justiça transicional, memória social e senso comum democrático: notas conceituais e contextualização do caso brasileiro. In: Santos, Boaventura de Sousa *et alli* (Org.). *Repressão e memória política no contexto ibero-americano*. Brasília/Coimbra: Ministério da Justiça/Centro de Estudos Sociais da Universidade de Coimbra, pp.102-121.

TORELLY, Marcelo D. (2012). *Justiça de Transição e Estado Constitucional de Direito*. Perspectiva Teórico-Comparativa e Análise do Caso Brasileiro. Coleção Fórum Justiça e Democracia, Vol. 02. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

MARCELO D. TORELLY

Foi Coordenador-Geral de Memória História da Comissão de Anistia do Ministério da Justiça (2007-2013) e Gerente do projeto de cooperação internacional para o desenvolvimento e ampliação de políticas de justiça de transição, ênfase Sul-Sul, mantido pelo Governo Federal e o Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (2008-2013). Em 2013, foi pesquisador visitante do Institute for Global Law and Policy, Harvard Law School (Estados Unidos). É Mestre e Doutorando em Direito pela Universidade de Brasília, autor da obra Justiça de Transição e Estado Constitucional de Direito, tendo ainda trabalhos sobre justiça de transição e direitos humanos disponíveis em alemão, espanhol, inglês e português.

Realizou a presente pesquisa no ano de 2011, com bolsa do Centro de Direitos Humanos da Faculdade de Direito da Universidade do Chile.

RESUMO: O presente estudo objetiva discutir qual a contribuição que o conjunto de iniciativas empreendidas no bojo da Comissão Especial sobre Mortos e Desaparecidos Políticos (1995-2007) e na Comissão de Anistia do Ministério da Justiça (2001-presente) representa para a mais recente Comissão Nacional da Verdade. Para tanto, (1) conceitua o que vem a ser uma comissão da verdade e quais os objetivos mais comumente identificados com esse tipo de instituição na literatura especializada; (2) analisa os objetivos postos para a comissão da verdade brasileira, cotejando-os com os objetivos e poderes das duas comissões de reparação já existentes para, então; (3) discute as diferenças de enfoque e de tipo de reconhecimento de fatos autorizado a cada uma das diferentes comissões; (4) concluindo com uma análise sobre os desafios e possibilidades postos para a sociedade brasileira no atual estágio de desenvolvimento de seu debate transicional

PALAVRAS-CHAVE: Justiça de Transição; Brasil; Comissão Nacional da Verdade; Comissão Especial Sobre Mortos e Desaparecidos Políticos; Comissão de Anistia; Direito à Verdade.

ABSTRACT: This paper aims to analyze the contributions of the Special Commission on Deaths and Disappearances (1998-2007) and the Amnesty Commission (2001-present) to the newly established National Truth Commission. To do so (1) it conceptualize what a truth commission is and the most recurrent goals this kind of institution have; (2) analyzes the goals of the Brazilian NTC comparing its powers and prerogative with the previous commission; (3) focus on the different kinds of truth each of the three commissions establishes; (4) and concludes with considerations on the challenges and possibilities the NTC process brings for transitional justice in Brazil.

KEY-WORDS: Transitional Justice; Brazil; National Truth Commission; Special Commission on Deaths and Disappearances; Amnesty Commission; Right to Truth.



APRESENTAÇÃO TEATRAL DURANTE 71ª CARAVANA DA ANISTIA EM IBIÚNA-SP, 15 DE JUNHO DE 2013.

FONTE: ACERVO DA COMISSÃO DE ANISTIA.



CONCLUSÕES

PUNIR E/OU PERDOAR: A APOSTA EM UMA JUSTIÇA RESTAURADORA E INSTAURADORA¹

Mireille Delmas-Marty

Professora Emérita do Collège de France, Membro da Academia de Ciências Morais e Políticas (França)

Eu não faço parte dos países do Cone Sul. Sou, então, uma testemunha que tenta aprender e compreender. Assim, tentei compreender o que o tema da Justiça de Transição pode trazer à reflexão jurídica. Porque é um tema, eu diria, antes de tudo, dos mais difíceis de se estudar. Primeiramente por razões emocionais, passionais. Eu senti essa manhã, visitando o Memorial da Resistência, aqui em São Paulo: há tanta emoção e há tanto sofrimento por trás das questões em debate, que o direito pode parecer algo um tanto seco em relação à toda essa massa de emoção, de paixão e sofrimento. Creio, que ao contrário, precisamos mais do que nunca do direito nos períodos de transição, não somente para punir, mas sobretudo para prevenir: isto, nunca mais.

Mas a dificuldade não é somente de ordem emocional; eu diria que ela é também de ordem técnica, do ponto de vista jurídico. Porque ao observar o que se passa nos períodos de transição com a justiça de transição, percebemos que os antigos modelos de justiça estão ultrapassados. O modelo soberanista puro e duro – o direito de punir como monopólio do Estado – está manifestadamente ultrapassado. Mas os novos modelos, que poderiam nos ajudar a pensar essas situações, não foram ainda construídos.

É verdade que, ao mesmo tempo em que eles são difíceis de estudar, os períodos de transição são os mais interessantes. São os mais interessantes porque estimulam o que gosto de chamar de “forças imaginantes do direito”. Não é o direito imaginário, é o direito trabalhando, são as

1 Traduzido da intervenção oral em francês por Pedro Charbel e Kathia Martin-Chenut, revisado por Deisy Ventura.

forças imaginantes do direito. Porque esses períodos de transição nos convidam a inovar e, se possível, antecipar. Nós mencionamos, no início deste seminário, a “antecipação militante”: é preciso antecipar.

Isso, em geral, é verdade, mas é particularmente verdadeiro em direito penal, pois no direito penal há pouco tempo passou-se de um modelo soberanista (direito de punir como monopólio do Estado) a modelos que preparam para o universalismo. Mesmo se ainda não há uma justiça penal universal, estamos no caminho – e, ao longo de todo esse colóquio, deu-se provas disto.

Eu diria, comparando os países do Cone Sul com o que se conhece na Europa Ocidental, que nesta última a justiça de transição foi, sobretudo, os processos do pós-guerra; os processos, tanto perante jurisdições internas, quanto internacionais: o Tribunal de Nurembergue e o Tribunal de Tóquio. Julgava-se os crimes ligados à Guerra. E o que é interessante é a reflexão à época desenvolvida de maneira premonitória – estou pensando no curso realizado no inverno seguinte ao final da Guerra pelo filósofo Karl Jaspers. Ele colocava a seguinte questão: por que julgar? Para lutar contra a impunidade, certamente. No entanto, em 1945, ele via além. Ele via, no processo de Nurembergue, “um sinal precursor, ainda que frágil e ambíguo, da ordem mundial que a humanidade de hoje começa a sentir que lhe é indispensável”. À época, essa ordem mundial ainda era utópica.

Mas, nos países do Cone Sul, as transições são mais recentes, são muito mais recentes. E elas se situam, por consequência, em um movimento muito mais amplo da internacionalização do direito – o que foi muito bem desenvolvido, ontem, por Tarciso Dal Maso – conforme diversas variantes. Ele falou da variante humanitária; da variante pacificadora (situação de retorno à paz depois do conflito); e da variante defensiva (reação contra o terrorismo). O que nos conduz, de fato, ao direito internacional penal e ao direito internacional dos direitos humanos.

No entanto, na atualidade, a ideia do pós-guerra de uma “ordem mundial” que seria indispensável à humanidade se torna menos utópica, ela adentra de fato na realidade. Ela entra no direito positivo, mas se torna muito mais complexa do que se poderia imaginar nos anos 45-50. O crime contra a humanidade foi mencionado diversas vezes. A negação da humanidade. O Sr. Garretón falou em ofensa à humanidade inteira.

Então, qual é essa ordem mundial que teria se tornado indispensável à humanidade? Do que se fala quando se menciona uma ordem mundial? Seria como no direito penal interno, uma “ordem jurídico-moral”, que considera que a punição é o preço a pagar pelo erro, é a retribuição? Seria uma “ordem política”, que conecta a justiça à restauração da paz nacional? Ou seria uma “ordem social”, que exprimiria uma solidariedade, mas que anunciaria uma solidariedade em escala



MIREILLE DELMAS-MARTY PROFERE A CONFERÊNCIA DE ENCERRAMENTO DO COLÓQUIO INTERNACIONAL DIREITO À VERDADE E À JUSTIÇA NOS PAÍSES DO CONE SUL, EM MESA PRESIDIDA POR CELSO LAFER. SÃO PAULO, 02 DE DEZEMBRO DE 2011.

FONTE: ACERVO DA COMISSÃO DE ANISTIA.

mundial, que anunciaria, de fato, não só a restauração da ordem nacional, mas a instauração de uma verdadeira ordem mundial? É a questão que começa a ser posta.

E eu diria que os países do Cone Sul ilustram essas diferentes visões da ordem. Porque a uma visão adicional da punição, acrescenta-se a importância da reparação, acrescenta-se a importância da conciliação e da reconciliação, e, finalmente, o direito de saber (*droit de savoir*) – que figura no título do próprio colóquio: o direito à verdade, a “função da informação”, para retomar a fórmula da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Então, na verdade, introduziram-se as figuras, eu diria enigmáticas, do perdão e da verdade – é difícil definir uma e outra – as quais fazem com que o crime saia do campo estritamente jurídico, o que representa uma complexidade suplementar.

Em suma, as novas figuras que nasceram na América Latina, notadamente através das Comissões da Verdade e Reconciliação, e ilustradas, hoje, por meio da recente lei brasileira que acaba de ser adotada sobre a Comissão da Verdade, convidam a alargar a reflexão sobre a justiça de transição. No fundo, além do debate punir ou perdoar, a justiça de transição deflagra o que eu chamaria de “odisseia”: uma grande viagem no espaço e no tempo, porque trata-se de justiças



que atravessam os diferentes espaços normativos, nacional e internacional, como se viu nas duas partes do colóquio; justiças que articulam o tempo da justiça com o tempo da verdade, com o tempo do perdão – em que ordem as coisas devem ser feitas? É preciso julgar antes, perdoar em seguida? Exercer o direito à memória depois? Ou na ordem inversa? Ver-se-á que a escolha não está fechada. E, finalmente, trata-se de justiças que realizam uma dupla aposta: de restaurar o vínculo comunitário nos países em escala nacional, mas também de instaurá-lo – e é com esse último ponto que eu gostaria de finalizar mais tarde – em escala mundial. Essa é uma aposta muito difícil de ganhar.

I. A TRAVESSIA DOS ESPAÇOS JURÍDICOS

Eu creio que a grande novidade do direito internacional penal é posicionar a punição no cruzamento entre os espaços nacional e internacional. E quando se estuda esse cruzamento não se pode jamais esquecer que nós estamos apenas no começo do processo, de um processo que levará, sem dúvidas, décadas para se estabelecer por completo. Portanto, nós vemos apenas o começo.

Creio que é necessário recordá-lo para compreender a diversidade de práticas. Porque se tomarmos o direito de punir *stricto sensu*, eu diria que ele é dividido entre os Estados e a comunidade internacional, em nome do princípio de complementariedade, já reconhecido pelo Estatuto do Tribunal Penal Internacional. Mas se tomarmos a reparação, ela se refere, sobretudo, às jurisdições nacionais, embora se comece a vê-la entrar no campo internacional por meio de um despacho indicando a reparação adequada e de um fundo de indenização previstos pelo Estatuto do TPI. Assim, vê-se que a indenização e a reparação são deslocadas ao espaço mundial.

Em contraste, se considerarmos a conciliação e a reconciliação, elas permanecem restritas a comissões nacionais. Não se tem, ainda, uma grande comissão de reconciliação em nível mundial, e eu não creio que isso acontecerá tão cedo. Quanto ao direito “de saber”, essa função de informação – eu me valho da expressão utilizada pela Corte Interamericana – eu diria que ele interessa tanto à comunidade nacional quanto à mundial. O direito de conhecer a história interessa a cada povo, mas na esfera mundial é preciso começar a pensar a construir uma história do mundo, para evitar que os povos se afrontem.

Assim, trata-se de uma travessia dos espaços existentes; então, façamos juntos essa pequena viagem, a qual já temos feito ao longo de todo o colóquio.

PUNIÇÃO

No concernente à punição propriamente dita, há, então, esse princípio de complementariedade, que realiza a partilha entre o papel das jurisdições nacionais – a princípio são estas jurisdições que julgam, se elas tem a capacidade e a vontade de fazê-lo – e o TPI (não entrarei em detalhes sobre as condições técnicas necessárias), o qual possui uma competência, na verdade, subsidiária.

Mas, mesmo quando o TPI intervém, ou quando os tribunais penais internacionais *ad hoc* intervêm, o papel destes não vai além do pronunciamento da pena; eles não possuem os meios necessários para fazer executar a pena pronunciada. Enquanto há hipertrofia do Poder Executivo em nível nacional em certos contextos políticos, ao contrário, em nível mundial, há lacuna ou um poder executivo debilitado. Desse modo, a justiça internacional, mesmo quando é competente, é debilitada. Ela é debilitada também em termos quantitativos: poucos são os casos julgados. Quando avaliamos o balanço do Tribunal, a relação entre o número de casos julgados e o orçamento utilizado, é extremamente chocante se nos limitarmos à análise dos números. Mas podemos também dizer que esse é o preço a ser pago... Em seguida, qualitativamente – falou-se, na tarde de hoje, da pena –, no plano internacional ou do TPI, a pena é centrada no encarceramento. Houve, felizmente, o desaparecimento da pena de morte, mas, por outro lado,

a pena não é diferenciada, há poucos meios de individualização da pena, há simplesmente um encarceramento mais ou menos longo.

Admitir que há princípios comuns, mas que há margem, à condição de que esta margem seja controlada, que ela não sirva de alibi para a arbitrariedade de Estados que renacionalizem completamente a situação.

Então, será que há, nessa nova justiça conhecida na esfera mundial, algo como uma heresia? Essa palavra foi pronunciada na tarde de hoje. Muitos penalistas tendem a pensar que os grandes princípios como o da legalidade ou o da responsabilidade não são respeitados por esta justiça. Podemos, também, falar de um “choque de cultura” – expressão que também ouvi – entre o direito interno e o direito internacional. E Kathia Martin-Chenut falou ontem sobre o risco de uma hipertrofia penal.

Em todo caso, é um choque que explicaria, talvez, o debate sobre as medidas de clemência. Pois a clemência pode se traduzir pela impunidade, é verdade, mas ela não exprime a irresponsabilidade: embora ela não suprima o erro, ela suprime suas consequências penais, exclusão que é realizada por razões de política criminal. E é por isso que ela toca intimamente os Estados.



A clemência se apoia no esquecimento (prescrição, anistia), ou no perdão (graça, indulto). A clemência é um gesto simbólico, fortemente simbólico, que pode reforçar a solidariedade no seio do grupo e que pode, em certos casos, condicionar o retorno à paz. Mas há uma condição, e ela é difícil de ser cumprida: é preciso evitar a passagem da política criminal à simples política, ou seja, o favorecimento dos criminosos mais poderosos. Quando há crimes, e vocês bem sabem, cometidos, por vezes, no mais alto escalão do Estado, a clemência pode se transformar em uma espécie de “truque mágico” – expressão utilizada por Paul Ricoeur – “que permite apagar os crimes da memória oficial”. Neste caso, ela não funciona. Ao invés de favorecer o retorno à paz, a clemência ameaça condenar as memórias a uma vida subterrânea malsã, o que quer dizer que há a memória oficial e as memórias concorrentes que não têm o direito de se expressar. E, aí, as tensões são agravadas.

Eu acredito que a solução não é puramente de direito internacional – creio que ainda não chegou o tempo de renunciar à soberania penal – mas se trata de combinar os diferentes espaços normativos que se entrelaçam: em nível internacional, o entrelaçamento entre o direito internacional penal e o direito internacional dos direitos humanos – e até o direito internacional humanitário; e também o entrelaçamento entre o direito internacional (independentemente de sua especialidade) e o direito interno. A questão, no estágio atual da História em que nos encontramos, seria como reintroduzir um pouco de diversidade nacional na jurisprudência das jurisdições internacionais. Reintroduzir quer dizer, aqui, contextualizar a visão universal, reintroduzir na posição das jurisdições penais internacionais um pouco de contexto nacional – contextos políticos, contextos econômicos, contextos culturais...

É o que faz a Corte Europeia de Direitos Humanos e ela é, com frequência, criticada por isso. Pessoalmente, eu penso que algo indispensável no estágio atual é a noção de margem nacional de apreciação. Admitir que há princípios comuns, mas que há margem, à condição de que esta margem seja controlada, que ela não sirva de alibi para a arbitrariedade de Estados que renacionalizem completamente a situação. Ora, se esta condição é preenchida, se há juízes internacionais que controlam a margem de apreciação nacional, esta seria uma maneira de ordenar o múltiplo, de respeitar certo pluralismo e, ao mesmo tempo, caminhar para um direito comum. Pertinente do ponto de vista da punição, poderíamos perguntar se a margem nacional não seria diferente conforme o tipo de medida de clemência (prescrição, anistia ou graça/indulto) ou eventualmente das imunidades. Nós não tratamos diretamente desta questão, mas quando o caso do General Pinochet foi mencionado, havia, por trás dele, a questão das imunidades. Há assim, talvez, uma variabilidade a ser procurada.

Em todo caso, o que eu diria é que, em um período de transição, a justiça dita penal – ou seja, a justiça em sua função punitiva – é ela própria uma transição entre o universalismo e o relativismo.

Porque, de um lado, tem-se o reconhecimento universal de uma comunidade mundial, que tem os meios de processar e julgar aqueles que transgridem suas proibições; e, do outro lado, tem-se o relativismo do direito de punir que permanece sob o monopólio dos Estados soberanos. E há uma transição a ser feita entre esses dois extremos, nós estamos entre os dois. E isso é verdade também para as outras funções de reparação, reconciliação e “direito de saber”.

REPARAÇÃO, CONCILIAÇÃO E RECONCILIAÇÃO

Houve, ontem, uma discussão sobre conciliação e reconciliação. Eu diria que o papel motriz foi desempenhado – e isso foi lembrado por Louis Joinet no filme transmitido no início deste seminário – pelas vítimas na América Latina. Foram elas que contribuíram para a sensibilização da opinião, para o fortalecimento dos direitos das vítimas, para que estes direitos fossem, em seguida, levados em consideração pela jurisprudência de cortes regionais de direitos humanos. A Corte Interamericana e a Corte Europeia não reconheceram imediatamente o direito das vítimas, isso levou tempo. Esse foi um fenômeno importante e que teve, em seguida, continuidade por meio da elaboração dos princípios fundamentais e diretrizes concernentes ao direito de acesso à justiça e à reparação para as vítimas de violações de direitos humanos e ao direito humanitário (relatório Bassiouni apresentado à Comissão de Direito Internacional da Organização das Nações Unidas e adotado em 2005). Há toda uma série de textos internacionais, mas o desencadeador, em princípio, foi a ação de famílias das vítimas e, por conseguinte, há todo um trabalho sendo feito e que nos conduz, para além do direito das vítimas propriamente dito, à questão – que está no âmago desse colóquio, e que eu compreendi melhor esta manhã, visitando o Memorial da Resistência – do “direito de saber”. Questão que foi magnificamente resumida pelo Presidente do Grupo Verdade e Democracia como o direito de um povo de conhecer sua história, o direito de um povo de conhecer a responsabilidade de uns e de outros.

Então, esse é o tema que foi lançado pelo Secretário Geral da ONU, em 2004, e é o tema que se reencontra nas Comissões Verdade e Reconciliação, em seguida, nas Comissões da Verdade. É um tema que coloca a questão do tempo, de temporalidade, do desafio ao tempo. Porque o tempo da justiça corresponde raramente ao tempo da reconciliação; ele pode corresponder ao tempo da verdade, mas não se trata do mesmo tipo de verdade: há a verdade judicial e a verdade histórica. Mas em todo caso, o tempo da justiça corresponde raramente ao tempo da reconciliação. A justiça deve necessariamente preceder a reconciliação? – É isso o que se tende a pensar na Europa. Ou ela deve ser consecutiva à reconciliação e deve ocorrer somente se esta fracassar? – Essa é a posição da Comissão da África do Sul, da qual falamos na tarde de hoje. Ou, ainda, se ela deve ser consecutiva ou eventualmente funcionar paralelamente ao direito à memória e ao direito de julgar – é um pouco a questão posta com a nova lei brasileira.



II. O DESAFIO DO TEMPO

PUNIR E PERDOAR

Na verdade, no debate dentro da visão pós Segunda Guerra Mundial, dentro da visão de Nurembergue, a ideia é de que não há paz sem justiça. Pune-se primeiro e perdoa-se depois, eventualmente. “Não há paz sem justiça” é o fundamento da justiça penal internacional, e daí o título do célebre livro de Kelsen “*Peace through Law*”, a paz através do direito.

Essa é, então, uma ordem imutável: pune-se antes, perdoa-se depois. Mas é uma ordem que questiona as práticas tradicionais de clemência – sobre a qual eu já falei e não repetirei. É uma ordem que questiona a prescrição, a anistia, a graça; às vezes com fortes resistências, como se viu em certo número de Estados. Daí as tentativas para enquadrar esse risco de impunidade, como o encontro mencionado ontem – organizado em 1992 por iniciativa da Comissão Internacional de Juristas e da Comissão Nacional Consultiva de Direitos Humanos –, que declarou que “a impunidade absoluta é uma negação de justiça e uma violação do direito internacional”. Há uma ressalva, nesse documento de 1992, no sentido de que as “soluções nacionais não podem impedir o pleno respeito aos engajamentos internacionais”. Contudo, “limitações podem, em certas circunstâncias excepcionais, ser consentidas ao direito de punir, a fim de favorecer o retorno à paz e a transição para a democracia”. Mas o ponto mais importante que foi observado – e eu o retomo porque me parece particularmente essencial – é que essas limitações devem obedecer a três condições: primeiramente, a exclusão da autoanistia – condição, na verdade, política; em segundo lugar, como condição jurídica, a garantia do direito das vítimas e de seus herdeiros à indenização (tem que existir espaço para a indenização, para a reabilitação – trabalho das Comissões da Verdade e Reconciliação); como terceira condição – que é a mais recente e que é ilustrada pela nova lei brasileira – a preservação do direito das vítimas e de seus herdeiros “de saber”. E, aqui, o interessante é que, no preâmbulo desse texto, a perspectiva não é política nem jurídica, mas cultural. Eu cito o texto: “o futuro de um povo não pode ser construído sobre a ignorância ou a negação de sua história” (dito de forma diversa: sobre a mentira) e “o conhecimento por parte de um povo da história de seu sofrimento pertence a seu patrimônio cultural e como tal deve ser preservado”. É isso o que se pode ver no Memorial da Resistência.

Essa emergência de um direito “de saber” é uma nova concepção, que se encontra no âmago das Comissões da Verdade, e que intervém não necessariamente em um segundo tempo, após a justiça. Elas foram concebidas, em princípio, como um segundo tempo, mas, finalmente, nos damos conta que pode se tratar de um tempo essencial, tão importante quanto a justiça.

CONHECER, PERDOAR, PUNIR

Podemos mencionar quão distante se encontra de nossa realidade, por exemplo, o artigo primeiro do Édito de Nantes (1585), através do qual o Rei da França, Henrique IV, para pôr fim às guerras religiosas e restabelecer a paz, ordenou aos seus súditos “que a memória de uma parte e outra (...) permanece extinta e adormecida como algo que não aconteceu”. Não seria possível escrever isso hoje. Estava escrito, mas, aliás, não funcionou, pois as famílias mantiveram a memória.

Ao contrário, as Comissões da Verdade substituem a anistia-amnésia por uma missão de investigar violações de direitos, levar a público esse inquérito e fazer recomendações. E isso, sem dúvida, é um progresso essencial.

III. A APOSTA DE UMA JUSTIÇA RESTAURATIVA E INSTAURATIVA

A partir desses diferentes caminhos que eu rapidamente resumi, temos os meios para rever a aposta por uma justiça que será, por fim, restauradora e instauradora? Isto é, uma justiça que não se limite a restabelecer a ordem rompida pelo crime através da punição – justiça retributiva –, mas que se esforce para restaurá-la e reconstruir uma comunidade dividida, rasgada pelo conflito? À concepção retributiva clássica da justiça penal se acrescenta esse objetivo, que é ambicioso, de reconstruir um vínculo orgânico que una os membros de uma comunidade.

Mas essa restauração do vínculo nacional pode ser acompanhada – ainda que seja ambicioso, são pistas para o futuro, para a próxima geração – da instauração de um futuro vínculo mundial? É preciso restaurar o vínculo comunitário nacional, é o que realizam, tanto os juízes nacionais quanto as Comissões da Verdade e Reconciliação. Mas instaurar um vínculo comunitário mundial é muito mais difícil. Então, se nos contentarmos em contrapor a diversidade de direitos nacionais à unidade do direito internacional – direito internacional penal, direito internacional de direitos humanos – o risco não é chegarmos a estabelecer um vínculo mundial; o risco é o da rejeição da justiça internacional.

Eu creio que é preciso ir em direção a uma perspectiva mais aberta – e essa poderia ser a sequência desse colóquio – da procura de princípios diretores comuns que não imporiam a uniformidade, mas que contribuiriam para uma reaproximação progressiva. E é ainda preciso levar em conta a temporalidade – não somente uma odisseia no espaço, mas também um odisseia no tempo – de práticas nacionais, no prolongamento do princípio de complementariedade, o qual já

está inscrito no Estatuto do TPI, adicionando-se à harmonização estritamente do direito penal – a qual já está sendo feita –, a harmonização de procedimentos de reconciliação e verdade. Porque, se desejamos que um dia ela exerça um papel não somente em escala nacional, mas em escala mundial, é preciso, talvez, refletir sobre tal harmonização.

Esses princípios comuns poderiam se inspirar na jurisprudência das cortes de direitos humanos, a Corte Interamericana, em primeiro lugar, e a Corte Europeia de Direitos Humanos, que seguiu as pistas abertas pela Corte Interamericana; os princípios poderiam se inspirar nas propostas contidas no relatório de 1992, que eu citei anteriormente, que foram retomados pela Subcomissão de Direitos Humanos da ONU e em seguida pelo relatório Bassiouni. Mas o que é interessante notar na análise dos relatórios em questão é que, dentre todos esses princípios, alguns são comuns às diferentes formas de justiça: justiça estritamente penal, reconciliação ou reparação.

São princípios importantes: a independência, e a imparcialidade, dos juízes ou dos membros das Comissões Verdade e Reconciliação. É importante saber como os membros são nomeados, como se garante a sua independência e sua imparcialidade, como se protegem as vítimas, os acusados e as testemunhas, como se salvaguarda uma prova, como se publica um relatório... São princípios comuns à justiça estritamente penal e à justiça instauradora ou à justiça restauradora.

Em seguida, há outros princípios que seriam próprios aos procedimentos de reconciliação e de verdade, como a interdição da autoanistia, o direito de vítimas de obter reparação, e, mais amplamente, o famoso direito “de saber”; o direito das vítimas “de saber” e o direito do povo de conhecer sua história.

Esses princípios comuns seriam suficientemente flexíveis para: permitir, em escala mundial, aplicações diversificadas; reconhecer uma margem nacional de apreciação; mas ao mesmo tempo, legitimar diversas maneiras de combinar, de articular a punição e a reconciliação. Não impor a punição como precedente necessário à justiça, mas preservar a justiça prevendo a punição quando os criminosos se recusarem a reconhecer a verdade dos fatos estabelecidos contra eles.

Parece-me – mas vocês me considerarão talvez como uma idealista, uma utopista – que tais princípios permitiriam instaurar um vínculo comunitário mais amplo, que não oponha as diversas concepções nacionais, mas que dê à noção “de interesses da justiça”, que está inscrita no estatuto do TPI, uma significação aceitável por todos. Essa seria uma maneira de clarificar a decisão do procurador do TPI, quando ele decide processar ou não processar, em função dos “interesses da justiça”. De que justiça se trata, nacional ou internacional, não está claro no estatuto. E tal princípio diretor permitiria, talvez, clarificar as coisas, clarificar, também, o lugar, na decisão de

processar, dos procedimentos de reconciliação. No fundo, eu milito por uma maneira de evitar uma concepção rígida demais do direito internacional que seria, finalmente, contraprodutiva e contrária à ideia de comunidade mundial.

Assim, eu penso, e essas serão minhas últimas palavras, que nessa lenta construção de uma justiça e de uma paz mundial, os países do Cone Sul têm uma imensa parte de responsabilidade. Eles já a assumiram, e devem continuar a assumi-la, à condição de ultrapassar, certamente, a tese do soberanismo, para mostrar o caminho ao universalismo. Não um universalismo unificador, suprimindo diferenças, mas um universalismo aberto e pluralista, que eu gosto de chamar de pluralismo ordenado.

Mas eu não gostaria de concluir esse colóquio repleto de emoções sem fazer uma homenagem. Uma homenagem às mulheres e aos homens que pagaram com suas vidas pelos seus sonhos de democracia. Eu penso que, além das diferenças de cada país, legadas pela História, é preciso unir nossos esforços para que o sacrifício dessas mulheres e desses homens não tenha sido em vão. Acho que esse colóquio é um sinal forte que vocês quiseram lançar, e eu gostaria de agradecê-las por tê-lo feito e por terem me dado a ocasião de dizer-lhes publicamente.

Obrigada.



EXPOSIÇÃO DE FOTOS NO SAGUÃO DO CONGRESSO INTERNACIONAL JUSTIÇA DE TRANSIÇÃO NOS 25 ANOS DA CONSTITUIÇÃO DE 1988, REALIZADA CONJUNTAMENTE COM A 69ª CARAVANA DA ANISTIA, EM BELO HORIZONTE, EM 24 DE MAIO DE 2013.

FONTE: ACERVO DA COMISSÃO DE ANISTIA.



MATERIAL DE DIVULGAÇÃO DO PROJETO CINEMA PELA VERDADE, REALIZADO EM PARCERIA COM O INSTITUTO CULTURA EM MOVIMENTO, EM JUNHO DE 2012.
FONTE: ACERVO DA COMISSÃO DE ANISTIA.



SESSÃO DO PROJETO CINEMA PELA VERDADE 1ª EDIÇÃO, REALIZADO NA UNIVIX, EM VITÓRIA, EM 31 DE MAIO DE 2012.
FONTE: ACERVO DA COMISSÃO DE ANISTIA.

ESPECIAL CINEMA PELA VERDADE



O *CINEMA PELA VERDADE* É UMA MOSTRA DE FILMES QUE ENFOCA O PERÍODO DA DITADURA CIVIL-MILITAR NO BRASIL E AS SUAS CONSEQUÊNCIAS.



CINEMA PELA VERDADE

Instituto Cultura em Movimento – ICEM

No dia 10 de maio de 2013, o município de Feira de Santana (BA) recebeu a Mostra *Cinema Pela Verdade* com a exibição do filme *Eu Me Lembro*, de Luiz Fernando Lobo. O estudante universitário Paulo Fabrício dos Reis Silva, responsável pela sessão, já em sua segunda participação como Agente Mobilizador da Mostra, promoveu esta exibição, durante a abertura do Congresso de Direito da Universidade Estadual de Feira de Santana (UEFS), para um público de 200 espectadores. A sessão foi seguida de debate com professores da própria UEFS e promotores de justiça do Estado da Bahia.

Com essa sessão, o Estado da Bahia foi o primeiro Estado do Brasil a receber as exibições de filmes sobre o período da ditadura civil-militar que integraram a 2ª edição da Mostra *Cinema Pela Verdade* no ano de 2013.

No Acre, a sessão de abertura da 2ª edição da Mostra *Cinema Pela Verdade* aconteceu no dia 7 de junho de 2013, com a exibição do filme *Marighella* e contou com uma participação ilustre, a presença de Clara Charf, ex-companheira de Marighella. Clara participou do debate, após a exibição do filme, e emocionou o público com sua história de vida e vitalidade aos 87 anos.



SESSÃO DE ABERTURA DA MOSTRA EM RIO BRANCO (AC), EM 7 DE JULHO DE 2013, COM O FILME "MARIGHELLA"

FONTE: INSTITUTO CULTURA EM MOVIMENTO/ACERVO DA COMISSÃO DA COMISSÃO DE ANISTIA.

Esses são exemplos das muitas sessões realizadas pela mostra *Cinema Pela Verdade* em 2013, já em sua 2ª edição.

“Nada melhor do que trabalhar com os próprios universitários para estimular o contato com o cinema nacional.”

O *Cinema Pela Verdade* é uma mostra de filmes que enfoca o período da ditadura civil-militar no Brasil e as suas consequências. Ainda como um projeto, foi apresentado pelo Instituto Cultura em Movimento (ICEM), do Rio de Janeiro, no ano de 2011 à III Chamada Pública do Projeto Marcas da Memória, da Comissão de Anistia do Ministério da Justiça. Após ter sido selecionado, foi colocado em prática, em sua 1ª edição, no ano de 2012, e em sua 2ª edição, em 2013.

As exibições dos filmes da Mostra *Cinema Pela Verdade* são gratuitas e abertas ao público, e ocorrem em universidades dos 27 Estados do Brasil. Após as sessões, são promovidos debates com acadêmicos, pesquisadores, ex-presos e perseguidos políticos, pessoas ligadas a movimentos sociais, culturais e de direitos humanos, além de participações especiais de diretores ou da equipe de produção dos filmes exibidos.

Todas as sessões são promovidas por Agentes Mobilizadores, estudantes universitários selecionados e capacitados para desenvolver este trabalho e que se dedicam a divulgar a Mostra no ambiente acadêmico, mobilizando o público para participar das sessões e articulando a presença dos debatedores.

A Mostra é, portanto, realizada pelo ICEM, em parceria com o Ministério da Justiça, através da Comissão de Anistia. O ICEM tem uma longa experiência no desenvolvimento de projetos ligados à difusão do audiovisual, e entende que o cinema é uma valiosa ferramenta para a promoção de debates sobre diversas temáticas. Considera que o cinema é um meio que oportuniza a reflexão e o debate sobre as mais diversas questões que permeiam a sociedade, seus conflitos e suas virtudes.

O ICEM é uma organização da Sociedade Civil de Interesse Público (OSCIP), fundada em 2002, com atuação em todas as 27 unidades da federação. Nascido da bem sucedida experiência do projeto *Cinema em Movimento*, rede nacional de agentes culturais, organizada em torno da distribuição gratuita de filmes brasileiros.

Luciana Boal Marinho, Vice-Presidente do ICEM, resume essa parceria com a Comissão de Anistia: *“nós, do ICEM, acreditamos que projetos como o Cinema Pela Verdade são fundamentais para dar mais acesso à produção nacional. E ter as universidades como palco dessas sessões é investir na formação de um público crítico e articulado. Nada melhor do que trabalhar com os próprios universitários para estimular o contato com o cinema nacional.”*





SESSÃO COM ALEXANDRE VALENTE, DIRETOR DO FILME "500 O SANGUE DOS ANJOS"; NA FACULDADE SÃO LUCAS, RONDÔNIA, EM 2012.

1ª EDIÇÃO DA MOSTRA. NA FOTO DA DIREITA, A PARTIR DA ESQUERDA: A AGENTE MOBILIZADORA ANA CAROLINA CARDOSO, O DIRETOR ALEXANDRE VALENTE E A VICE-PRESIDENTE DO ICEM, LUCIANA BOAL MARINHO.

FONTE: INSTITUTO CULTURA EM MOVIMENTO/ACERVO DA COMISSÃO DA COMISSÃO DE ANISTIA.



“O Cinema Pela Verdade está fazendo algo fantástico. Além de contar a história brasileira, faz as pessoas perceberem que, do mesmo modo que a ditadura foi estimulada pelo plano internacional, a resistência do povo também se deu de forma integrada (...). O nosso projeto é um instrumento privilegiado dessas novas formas de fazer política hoje.”

significa, a contrário senso, memória. Em sua atuação, o órgão reuniu milhares de páginas de documentação oficial sobre a repressão no Brasil e, ainda, centenas de depoimentos, escritos e orais, das vítimas de tal repressão. E é deste grande reencontro com a história que surgem não apenas os fundamentos para a reparação às violações como, também, a necessária reflexão sobre a importância da não repetição destes atos de arbítrio.

Se a reparação individual é um meio de buscar reconciliar cidadãos cujos direitos foram violados, que têm então a oportunidade de ver o Estado reconhecer que errou, devolvendo-lhes a cidadania e, se for o caso, reparando-os financeiramente, por sua vez, as reparações coletivas, os projetos de memória e as ações para a não repetição têm o claro objetivo de permitir à toda a sociedade conhecer, compreender e, então, repudiar tais erros. A afronta aos direitos fundamentais de qualquer cidadão singular igualmente ofende a toda a humanidade, e é por isso que tais violações jamais podem ser esquecidas. Esquecer a barbárie equivaleria a nos desumanizarmos.

Partindo destes pressupostos e, ainda, buscando valorizar a luta daqueles que resistiram – por todos os meios que entenderam cabíveis – a Comissão de Anistia passou, a partir de

A realização da Mostra objetiva atender às missões legais da Comissão de Anistia, promovendo o direito à reparação, memória e verdade, e permitindo que a sociedade civil e os anistiados políticos concretizem seus projetos de memória.

Criada em 2001, por meio de medida provisória, a Comissão de Anistia do Ministério da Justiça passou a integrar em definitivo a estrutura do Estado brasileiro no ano de 2002, com a aprovação de Lei n.º 10.559, que regulamentou o artigo 8º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.

Com o objetivo de promover a reparação de violações a direitos fundamentais praticadas entre 1946 e 1988, a Comissão configura-se em espaço de reencontro do Brasil com seu passado, subvertendo o senso comum da anistia enquanto esquecimento. A anistia no Brasil

2008, a realizar sessões de apreciação pública, em todo o território nacional, dos pedidos de anistia que recebe, de modo a tornar o passado recente acessível a todos. São as chamadas *Caravanas da Anistia*. Com isso, transferiu seu trabalho cotidiano das quatro paredes de mármore do Palácio da Justiça para a praça pública, para escolas e universidades, associações profissionais e sindicatos, bem como a todo e qualquer local onde perseguições ocorreram. Assim, passou a ativamente conscientizar as novas gerações, nascidas na democracia, da importância de hoje vivermos em um regime livre, que deve e precisa ser continuamente aprimorado.

Para Paulo Abrão, Presidente da Comissão de Anistia do Ministério da Justiça, *“o Cinema Pela Verdade está fazendo algo fantástico. Além de contar a história brasileira, faz as pessoas perceberem que, do mesmo modo que a ditadura foi estimulada pelo plano internacional, a resistência do povo também se deu de forma integrada (...). O nosso projeto é um instrumento privilegiado dessas novas formas de fazer política hoje.”*

E complementa: *“eu, sinceramente, acredito que essa nova geração de hoje, que está sendo atingida pelos filmes do Cinema Pela Verdade, é a geração da mudança mais perene pro Brasil. E que bom que o projeto esteja alcançando esses corações e mentes, porque essas sementes que estão sendo plantadas certamente impregnarão as ações políticas que essa geração implementará no nosso futuro.”*

A união destas experiências, destes ideais, do ICEM e da Comissão de Anistia com os objetivos do *Cinema Pela Verdade*, repercutem nos resultados alcançados pela Mostra, nas duas edições até agora realizadas.

DEBATES

Para repensar e revisitar este momento histórico, a Mostra *Cinema Pela Verdade* aposta na utilização de material audiovisual como um excelente instrumento de resgate desta memória. A partir dos debates, cria-se um espaço para a troca de conhecimento entre debatedores e estudantes, fomentando assim a discussão do tema.

João Otávio Malheiros, ex-militante político e debatedor na sessão de 19 de Junho de 2013, na UFMA, em São Luis (MA), após a exibição do filme *Eu me Lembro*, de Luiz Fernando Lobo, relatou: *“eu me lembro de vários e vários militantes (...) e não eram celebridades, não eram pessoas que eram famosas, ou ficaram famosas, era gente simples do povo, camponeses, operários, alguns, eu conheci.”*



DEBATE APÓS A SESSÃO DE "EU ME LEMBRO," NA UFMA, EM 19 DE JUNHO DE 2013.

FONTE: INSTITUTO CULTURA EM MOVIMENTO/ACERVO DA COMISSÃO DA COMISSÃO DE ANISTIA.

Estes debates, muitas vezes, acabam por trazer à tona relatos e depoimentos de personagens até então desconhecidos dessa história, pessoas "comuns," mas que, de alguma maneira, foram afetadas pelos eventos ocorridos no período da ditadura. Pessoas que trazem algo novo para o público presente nessas sessões, inclusive para os integrantes da Comissão de Anistia.

Exemplo disso ocorreu na primeira sessão na Universidade de Brasília (UnB), na 1ª edição da Mostra, em 2012, com a exibição do filme *Hercules 56*, de Silvio Da-Rin. A sessão contou com a presença do próprio diretor, bem como do Reitor José Geraldo de Sousa Junior, que compartilhou de histórias importantes sobre Brasília. Neste debate, houve o depoimento de Wilom Wander Lopes, estudante da UnB no período de 1965 a 1970, que relatou que, após "sumirem" com Honestino Guimarães – símbolo da violência da ditadura dentro do campus – assumiu, em seu lugar, a presidência da Federação dos Estudantes da Universidade de Brasília (FEUB). O debatedor Cristiano Paixão, Conselheiro da Comissão de Anistia, participou deste debate e ressaltou, ali mesmo, a importância da exibição dos filmes e dos debates por fazer chegar a ele um depoimento de um personagem histórico, pois esse mesmo, estudioso do assunto há anos, não conhecia o depoente, tampouco sua trajetória na militância acadêmica. Outro destaque também foi o professor Deusdedith Junior, perito em Guerrilha do Araguaia, e que pode oferecer seu ponto de vista para o público presente.



JÚLIA MOTTA, DIRETORA DE PRODUÇÃO DO "CINEMA PELA VERDADE" EM 2012; JOSÉ GERALDO DE SOUSA JUNIOR, REITOR DA UNB; SILVIO DA-RIN, DIRETOR DE HÉRCULES 56, E MAURÍCIO CAMPOS, AGENTE MOBILIZADOR.

FONTE: INSTITUTO CULTURA EM MOVIMENTO/ACERVO DA COMISSÃO DA COMISSÃO DE ANISTIA.

Os debates permitem que os jovens estudantes universitários de hoje, que já nasceram fora do contexto da ditadura, se aproximem deste período a partir dos relatos trazidos por personagens que vivenciaram este processo. Isso contribui para a formação de uma nova geração de cidadãos conscientes de que as violações de direitos ocorridas naquela época fazem parte do passado – apesar de, sem dúvida, ainda estarmos vivendo um processo de redemocratização, ainda não totalmente planejada, ainda em construção – e que será papel destes mesmos jovens lutar pela manutenção de um ambiente de democracia, que é algo pelo que vale a pena lutar.

“Meus inimigos, mas também meus amigos, estão no poder. E, no poder, não há amigo que não passe a ser inimigo. Sinto-me cercado, corro para a universidade, o último reduto de ideologia, e é especial que tenham professores que participaram de período tão tenebroso e, hoje, possam trazer luzes”, disse o Professor Carlos Alberto Almeida, debatedor do Distrito Federal.



Zuleica, ex-militante e ex-estudante da UnB, também em debate na 1ª edição da Mostra na UnB, em 2012, sobre os estudantes da universidade daquela época, declarou que *“nem todos ali eram militantes, muito menos pertencentes a organizações políticas clandestinas. Sem dúvida, porém, a maioria esmagadora se colocava numa atitude crítica com relação ao regime, ao qual se opunham por diversos séquitos que implicavam em diferentes temas e motivações: para muitos (talvez a maioria), não estava em xeque apenas o regime, mas o próprio sistema”*.

SELEÇÃO DOS FILMES

Na 1ª edição da Mostra, em 2012, foram selecionados três documentários que trazem diferentes enfoques sobre a ditadura no Brasil: *Cidadão Boilsen* (2009), de Chaim Litewski, que mostra a participação da sociedade civil na ditadura; *Condor* (2007), de Roberto Mader, que mostra a ditadura em outros países da América do Sul e revela um pouco do que foi a Operação Condor; e *Hércules 56* (2006), de Silvio Da-Rin, uma reflexão sobre a luta armada no Brasil, a partir do sequestro do embaixador americano Charles Burke Elbrick.

Para compor a 2ª edição da Mostra foram selecionados quatro títulos, sendo dois documentários nacionais e dois filmes de ficção internacionais. Em *Eu me Lembro* (2012), de Luiz Fernando Lobo, acompanhamos, por meio da ação das Caravanas da Anistia, a história de pessoas que sofreram no período da ditadura, reconstruindo a luta dos perseguidos por reparação, memória, verdade e justiça. O filme *Infância Clandestina* (2011), do diretor argentino Benjamin Ávila, oferece uma visão da ditadura e seus impactos pelos olhos de uma criança. O segundo documentário nacional, *Marighella* (2011), de Isa Grinspum Ferraz, sobrinha de Carlos Marighella, apresenta ao público uma visão humana do tio, o maior inimigo da ditadura militar no Brasil. *NO* (2012),

a ficção chilena de Pablo Larraín, faz um recorte da ditadura no Chile, abordando a campanha contra a manutenção do ditador Pinochet.

“É uma sensação muito boa porque quando esse filme foi feito, a gente sempre soube que ele teria uma exibição restrita. (...) Ele precisa de um circuito universitário, de um circuito militante.”

Luiz Fernando Lobo, diretor do filme *Eu me Lembro*, ao falar sobre a participação do filme na Mostra, comenta que *“é uma sensação muito boa porque quando esse filme foi feito, a gente sempre soube que ele teria uma exibição restrita. (...) Ele precisa de um circuito universitário, de um circuito militante.”*

Com essa seleção de filmes, a Mostra *Cinema Pela Verdade* ampliou a discussão do período da ditadura civil-militar para além das fronteiras do país, contemplando a relação com as ditaduras contemporâneas do Cone Sul.

AGENTES MOBILIZADORES

O *Cinema Pela Verdade* é formado por um grupo de pessoas empenhadas no resgate da história do país. Os Agentes Mobilizadores são estudantes universitários, selecionados em todo o Brasil, para serem responsáveis pela promoção e realização das sessões dos filmes nas universidades.

Para selecionar os Agentes Mobilizadores, o ICEM conta com o apoio de universidades de todos os Estados do país. As coordenações dos cursos das áreas de humanas das universidades indicam alunos com o perfil condizente com a proposta da Mostra. São jovens universitários, na faixa de 18 a 30 anos, que passam por um processo de seleção e capacitação para se tornarem os articuladores do *Cinema Pela Verdade* em seus Estados. Os agentes são os responsáveis pela articulação e mobilização local – incluindo universidades, debatedores, parceiros e imprensa – promovendo e divulgando as sessões. Além disso, ao final de cada edição da Mostra, produzem um relatório sobre as atividades desenvolvidas e os resultados do seu trabalho.

O processo de capacitação dos 27 Agentes Mobilizadores da 2ª edição da Mostra, representando todo o país, ocorreu no Hotel Fazenda Santa Bárbara, em Paulo de Frontin, município da região serrana do Estado do Rio de Janeiro. Lá, eles receberam orientações de como proceder para promover e realizar as sessões dos filmes em seus Estados, contaram com a participação dos conselheiros da Comissão de Anistia, Carolina Proner e Cristiano Paixão, assistiram os quatro filmes selecionados para a Mostra e participaram de debates e dinâmicas de interação.

A coordenação do *Cinema Pela Verdade* contou com o apoio da orientadora pedagógica Adriana Facina, pós-doutora em Antropologia e professora do Museu Nacional/UFRJ; ela desenvolveu o Manual dos Agentes. Trata-se de uma apostila distribuída como material didático do curso de capacitação dos Agentes Mobilizadores. O conteúdo desse material diz respeito à metodologia de condução dos debates, informações sobre os filmes da Mostra, contexto histórico e glossário de nomes de personagens históricos referidos nos filmes.

Durante a capacitação, os Agentes recebem aulas de teatro com o professor Carlos Pimentel. O intuito da atividade é estimular a integração através de jogos teatrais gerando, assim, um maior conhecimento de si mesmo e do outro.



CARLOS PIMENTEL E OS AGENTES MOBILIZADORES NA AULA DE TEATRO.

FONTE: INSTITUTO CULTURA EM MOVIMENTO/ACERVO DA COMISSÃO DA COMISSÃO DE ANISTIA.

Esse processo de capacitação é fundamental para que os Agentes Mobilizadores conheçam um pouco mais sobre os fatos relacionados ao período da ditadura, e possam entender o seu papel no contexto do *Cinema Pela Verdade*. E para que, também, tenham a oportunidade de se integrar com o grupo de agentes vindos dos quatro cantos do país, e, assim, possam trocar suas experiências.



AGENTES MOBILIZADORES EM 2013.

FONTE: INSTITUTO CULTURA EM MOVIMENTO/ACERVO DA COMISSÃO DA COMISSÃO DE ANISTIA.

Segundo Iago Oliveira Campos, Agente Mobilizador de Goiás que participou da capacitação da 2ª edição da Mostra, *“foi uma boa oportunidade para compreender como funcionam as estruturas das Comissões de Mortos e Desaparecidos, de Anistia e da Verdade, fazendo a diferenciação entre elas.”*

Luiza Ramos Homem, Agente Mobilizadora de Pernambuco, após participar da semana de capacitação, resume: *“acho que o conjunto de pessoas que se reuniram esse ano tem uma sintonia e uma vontade de construir uma mostra muito bonita no país todo, e isso é o pontapé principal pra alcançar coisas boas.”*

RESULTADOS DA MOSTRA CINEMA PELA VERDADE

Os resultados quantitativos das duas edições da Mostra *Cinema Pela Verdade* foram altamente significativos, considerando que o tempo de execução de cada edição não passa de três meses, isto é, muitas sessões são realizadas num curto período de tempo.

Os quadros abaixo demonstram os resultados de cada edição da Mostra, por regiões do Brasil.

MOSTRA CINEMA PELA VERDADE - 1ª EDIÇÃO - ANO 2012					
REGIÃO	UNIVERSIDADES	SESSÕES	DEBATES	DEBATEDORES	PÚBLICO
Norte	24	52	51	104	4.697
Nordeste	30	73	68	160	7.486
Centro-Oeste	13	25	21	44	2.967
Sudeste	13	26	24	52	2.673
Sul	11	25	25	52	2.578
TOTAL BRASIL	91	201	189	412	20.401

MOSTRA CINEMA PELA VERDADE - 1ª EDIÇÃO - ANO 2012					
REGIÃO	UNIVERSIDADES	SESSÕES	DEBATES	DEBATEDORES	PÚBLICO
Norte	20	54	54	94	3.956
Nordeste	29	85	83	152	8.150
Centro-Oeste	15	35	34	56	3.245
Sudeste	14	31	30	65	2.834
Sul	10	26	26	47	2.052
TOTAL BRASIL	88	231	227	414	20.237

PESQUISA

A cada sessão, a Mostra realiza uma pesquisa com o público presente. Um questionário é distribuído aos espectadores que o preenchem com suas respostas. São questões relativas à faixa etária e, obviamente, à ditadura e ao processo de anistia política no Brasil.

Os dados levantados são esclarecedores e apontam para um desconhecimento sobre a profundidade e importância deste período da história brasileira, entre os jovens universitários. Isso se deve, obviamente, a uma educação formal básica que trata deste tema ainda de maneira

tímida no Brasil, onde podemos encontrar livros de história que encaram os fatos ocorridos de forma contraditória; uns contam a história pelo viés do Golpe, e, outros, pelo viés da Revolução. Qual é o enfoque pedagógico-programático da educação básica brasileira sobre esse período da nossa história? Ainda não está claro...

Indo aos números observados nesta pesquisa, o *Cinema Pela Verdade* contou com um público prioritariamente na faixa dos 20 e 30 anos, representando 45% dos espectadores. Já as pessoas com até 20 anos representaram 29% do total e, de 30 a 40 anos, 15%. Quando perguntados se já ouviram falar sobre anistia política, 13% responderam que nunca ouviram falar, 59% já ouviu superficialmente e 18% sabem com profundidade. E esse público soube do assunto pela escola (42%) ou pelos meios de comunicação (34%).

A pesquisa também revela que 31% dos espectadores conhecem alguém que sofreu algum tipo de perseguição ou repressão durante o regime militar e 19% conhecem pessoas que sofreram algum tipo de tortura.

Sobre os julgamentos dos crimes cometidos pela ditadura, 56% são a favor, 21% são a favor se forem julgados também os crimes da resistência à ditadura, e 16% são contra.

Sobre o fato dos espectadores saberem o que é a Comissão de Anistia, 51% responderam não saber e 47% disseram saber.

A Mostra foi avaliada por 49% dos espectadores como muito boa, no quesito estrutura e organização, e 46% consideraram os filmes e debates excelentes.

3ª EDIÇÃO DA MOSTRA CINEMA PELA VERDADE

No ano de 2014, ocorre a 3ª edição da Mostra *Cinema Pela Verdade*. As sessões ocorrerão entre os meses de abril e maio em todos os 27 Estados do país. Neste período de Mostra, serão realizadas 135 sessões de filmes.

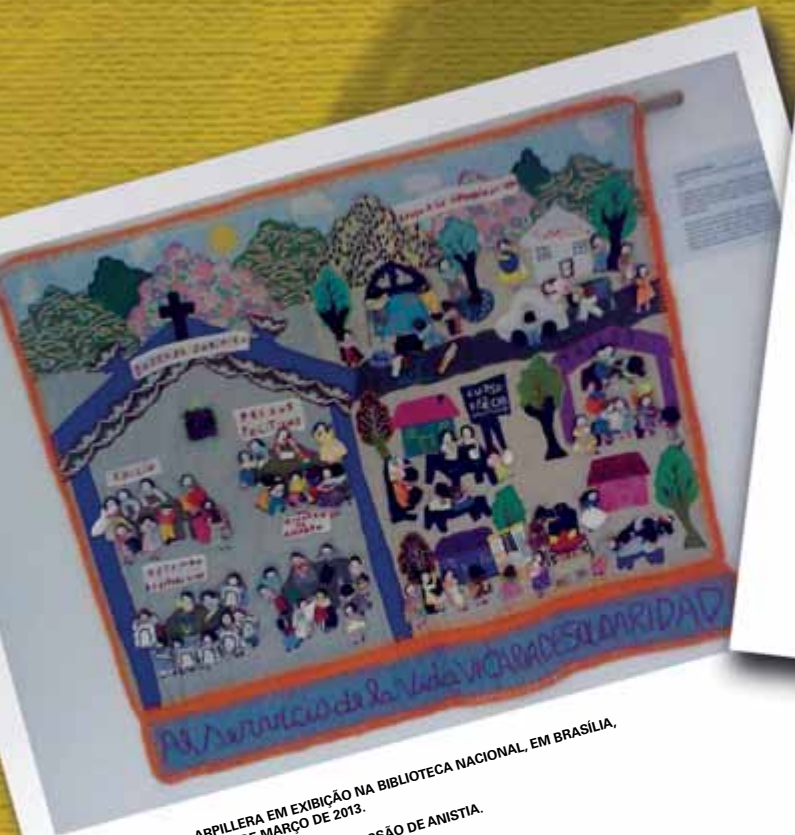
Agentes Mobilizadores, devidamente capacitados, estão dando início ao trabalho de mobilização e promoção das sessões em seus estados de origem, com locais e datas ainda a serem definidos.



Os filmes selecionados para a 3ª edição são:

- (1) *Camponeses do Araguaia - A Guerrilha Vista Por Dentro* (2010), de Vandrê Fernandes Barros, documentário em que camponeses falam da amizade com os “paulistas”, como chamavam os militantes do PC do B que lutaram na Guerrilha do Araguaia durante a ditadura militar, e revelam as atrocidades cometidas pelo exército brasileiro na região entre 1972 e 1974.
- (2) *Repare Bem* (2012), de Maria de Medeiros, documentário que relembra a luta do jovem guerrilheiro Eduardo Leite “Bacuri”, morto em 1970 nas mãos da ditadura militar brasileira, depois de 109 dias de tortura. Sua companheira, Denise Crispim, perseguida e presa durante a sua gravidez, consegue fugir para o Chile depois do nascimento de Eduarda. Lá, encontra seus pais exilados, os quais dedicaram toda a sua vida à luta pela liberdade. A violência da repressão volta a atingir a família com o golpe de Augusto Pinochet, obrigando pais e filhos a se dispersar pelo mundo.
- (3) *Ainda Existem Perseguidos Políticos* (2012), documentário produzido com o apoio da Comissão de Anistia, que tem por objetivo fomentar o debate sobre a ausência de uma efetiva transição democrática no Brasil, pós-Ditadura Civil-Militar implantada no País a partir de 1964. Identifica semelhanças no agir do Estado, no passado e, atualmente, demonstrando que a cultura do autoritarismo permanece arraigada em algumas instituições estatais brasileiras. Apresenta também imagens do projeto que levou este debate para os mais variados públicos (quilombolas, universitário, LGBTT, assentados do MST, comunidades periféricas etc.) desenvolvido pela Acesso - Cidadania e Direitos Humanos, em parceria com a Comissão de Anistia.

A Mostra *Cinema Pela Verdade* continuará promovendo suas sessões e seus debates acerca da ditadura civil-militar brasileira e suas consequências para a sociedade brasileira. Esclarecer fatos, jogar luz sobre os acontecimentos, são as missões desta Mostra; o uso do cinema para alcançar estes objetivos, envolvendo jovens universitários, é, talvez, a maneira mais eficiente de resgatar esta memória.



ARPILLERA EM EXIBIÇÃO NA BIBLIOTECA NACIONAL EM BRASÍLIA,
EM 22 DE MARÇO DE 2013.
FONTE: ACERVO DA COMISSÃO DE ANISTIA.



FONTE: ACERVO DA COMISSÃO DE ANISTIA.

DOCUMENTOS



**AS DIRETRIZES DE BELFAST SOBRE
ANISTIA E RESPONSABILIZAÇÃO**

**SENTENÇA DO V TRIBUNAL
INTERNACIONAL PARA APLICAÇÃO DE
JUSTIÇA RESTAURATIVA DE EL SALVADOR**

**SENTENÇA SUPREMA CORTE DE JUSTIÇA
DA NAÇÃO ARGENTINA - CUMPRIMENTO
OBRIGATÓRIO DAS RECOMENDAÇÕES
DA COMISSÃO INTERAMERICANA DE
DIREITOS HUMANOS**



Realização: 

 University of
ULSTER

Patrocínio: 

AS DIRETRIZES DE BELFAST SOBRE ANISTIA E RESPONSABILIZAÇÃO*

INTRODUÇÃO

OBJETIVOS DAS DIRETRIZES

As Diretrizes de Belfast sobre Anistia e Responsabilização objetivam auxiliar todos aqueles que buscam decidir e avaliar as decisões que envolvam processos de anistia e de responsabilização durante conflitos ou repressões ou em seu termo. As Diretrizes visam:

- Identificar as várias obrigações e objetivos levando em consideração a proteção dos direitos humanos;
- Explicar o status legal da anistia dentro do marco das múltiplas obrigações que os Estados devem concertar;
- Auxiliar os Estados no reconhecimento do papel positivo de certas formas de anistia para o avanço de políticas de transição e nos objetivos de transformação do conflito;
- Apresentar as formas que a anistia e os processos e instituições vinculados a ela possam orientar seu desenvolvimento convergindo para a responsabilização; e
- Recomendar abordagens que permitam a participação pública e revisões independentes das decisões para estatuir e garantir a anistia.

Estas Diretrizes estão divididas em quatro partes: Princípios Gerais; Âmbito da Anistia; Condições da Anistia; e Adoção, Implementação e Revisão da Anistia. Todas as diretrizes devem ser interpretadas de acordo com os Princípios Gerais assentados na Parte A.

COMPOSIÇÃO DO GRUPO DE ESPECIALISTAS

As Diretrizes de Belfast foram escritas por um Grupo de Especialistas de profissionais e acadêmicos do campo dos direitos humanos respeitados internacionalmente. Dentro das limitações necessárias para manter o grupo em um formato prático de trabalho, os participantes foram selecionados baseados nos seguintes critérios:

- *Geografia*: de modo a refletir as diferentes regiões do mundo e as áreas onde haja incidência de experiências recentes de tratamento de violações hediondas dos direitos humanos;
- *Disciplina/Experiência Profissional*: de forma a reunir expoentes dotados de experiências de campo e acadêmicas, em lei, criminologia, Psicologia e Ciência Política; e,
- *Abordagem orientada para a Anistia*: para que existissem pontos de vista diferentes de como as anistias podem ser empregadas durante e após essas atrocidades em massa.

O Grupo de Especialistas foi composto pelos seguintes membros:¹

- Barney Afako, advogado em Uganda e consultor jurídico nos processos de paz em Uganda e Darfur, no Sudão.
- Mahnoush H. Arsanjani, Comissário, Comissão de Investigação Independente de Bahrein e ex-Diretor da Divisão de Codificação, ONU. Escritório de Assuntos Jurídicos.
- Christine Bell, Professora de Direito Internacional Público na Universidade de Edimburgo.
- Chaloka Beyani, Professor de Direito Internacional da London School of Economics e Observador Especial para a proteção dos Direitos Humanos das Pessoas Deslocadas Internamente, ONU.
- Michael Broache, Fellow no programa de Doutorado em Ciência Política da Universidade de Columbia.
- Colm Campbell, Professor de Direito, “Transitional Justice Institute” (Instituto de Justiça de Transição), Universidade de Ulster.
- Mark Freeman, Diretor Executivo, Institute for Integrated Transitions (Instituto de Transições Integradas).
- Tom Hadden, Professor Emérito de Direito, da Queen’s University de Belfast e Professor de Direito, Instituto de Justiça de Transição, Universidade de Ulster.

- Brandon Hamber, Professor de Conflitos e Paz, Diretor do Instituto de Pesquisa de Conflitos Internacionais, Universidade de Ulster.
- Hurst Hannum, Professor de Direito Internacional da Escola de Direito e Diplomacia Fletcher, Universidade Tufts.
- David Kretzmer, Professor Emérito de Direito Internacional, Universidade Judaica de Jerusalém.
- Suzannah Linton, Professora de Direito Internacional da Universidade de Direito de Bangor.
- Kieran McEvoy, Professor de Direito e Justiça de Transição do Instituto de Criminologia e Justiça Penal da Queen's University de Belfast.
- Louise Mallinder, Reader em Direitos Humanos do Instituto de Justiça de Transição, Universidade de Ulster.
- William A. Schabas, Professor de Direito Internacional, Universidade de Middlesex; e Professor de Direitos Humanos e Presidente do Centro Irlandês dos Direitos Humanos da Universidade Nacional da Irlanda Galway.
- Ronald C. Slye, Professor de Direito, Universidade de Direito de Seattle; Comissário na Comissão da Verdade, Justiça e Reconciliação, no Quênia.
- Yasmin Sooka, Diretor Executivo da Fundação para os Direitos Humanos na África do Sul.
- Joe William, Diretor Fundador e Conselheiro Sênior do Conselho Nacional da Paz no Sri Lanka, Ex-Conselheiro-Sênior de Desenvolvimento da Unidade do Programa de Apoio no Sri Lanka, da Agência Canadense de Desenvolvimento Internacional, e Estudante de PhD na Escola de Estudos Sociais e Internacionais da Universidade de Bradford.

Os membros do Grupo de Especialistas realizaram workshops em 2011 e 2012. Foi acordado, no início, que a nenhum dos membros seria autorizado manter-se divergente ou ressaltar-se. As Diretrizes refletem, destarte, a opinião unânime do Grupo de Especialistas.

Antes da publicação, as Diretrizes circularam entre os profissionais e acadêmicos como parte de um processo de consulta confidencial para assegurar que as mesmas atendessem às necessidades dos múltiplos atores e refletissem os diversos pontos de vista sobre anistia.

A BASE DE DADOS

As recomendações adotadas nas Diretrizes estão amparadas em extensas fontes e evidências que incluem:

- Tratados internacionais e leis internacionais costumeiras;
- Decisões de cortes penais internacionais e organismos de direitos humanos;



- Declarações, diretrizes, resoluções e outros referenciais da ONU;
- Documentos de políticas da ONU e de outros organismos internacionais;
- Legislações nacionais;
- Jurisprudência Nacional;
- Relatórios das comissões da verdade;
- Acordos de Paz;
- Artigos acadêmicos;
- Ponto de vista do Grupo de Especialistas;
- *Feedback* recebido durante o processo de consultas.

Os dados que apoiam cada Diretriz são resumidamente revistos no Guia Explicativo que acompanha este. Além disso, o Comentário das Diretrizes irá fornecer uma análise detalhada de todos os dados relevantes.² Esta irá fornecer, entre outras coisas, exemplos específicos de onde os Estados adotaram medidas como as que se propuseram nas Diretrizes.

Na avaliação da legitimidade e da legalidade das várias formas de anistia, estas Diretrizes referem-se às anistias formuladas no âmbito das leis internacionais. Não existe nenhum padrão legal internacional para alguns aspectos do desenvolvimento da anistia, tal e como a facilitação de mecanismos para maior participação das vítimas. Nestes casos, as Diretrizes assentam sua base em estudos de caso individuais e em pesquisas existentes para a formulação das políticas recomendadas.

As Diretrizes não estão estruturadas de modo a determinar a aceitação de uma anistia específica, mas sim como elementos que podem ser combinados e balanceados para efetivamente criar ou atingir uma avaliação da aceitação geral da anistia. Dependendo de um contexto particular, alguns elementos contidos nestas podem ser mais relevantes do que outros.

PARTE A – PRINCÍPIOS GERAIS

DIRETRIZ 1. BALANCEANDO AS OBRIGAÇÕES MÚLTIPLAS DOS ESTADOS E OS OBJETIVOS NA PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS

- a) Em resposta à violência em massa perpetrada durante conflitos e situações de repressão, os Estados detêm várias obrigações no concernente à proteção dos direitos humanos e à restauração ou estabelecimento da paz e da estabilidade. Quanto aos hediondos atentados aos direitos humanos³ e sobre o que tange ao tema dos crimes internacionais, as seguintes obrigações devem ser cumpridas:

- i. O dever de investigar os fatos e os responsáveis;
- ii. O dever de processar os que forem considerados responsáveis;
- iii. O dever de prestar ajuda às vítimas;
- iv. O dever de prevenir que estes crimes e abusos não ocorram novamente; e,
- v. O dever de garantir a proteção efetiva dos direitos humanos no futuro.

Tais obrigações correspondem aos direitos das vítimas à verdade, à justiça, à reparação e à garantia de que tais acontecimentos não se darão mais. Nem sempre é possível cumprir todas as obrigações de forma rápida ou simultânea. O direito internacional não oferece ampla orientação no modo como os Estados devem priorizar o seu cumprimento. Os Estados têm o dever de satisfazer cada uma delas, no limite do possível, e devem buscar desenvolver mecanismos complementares, ao invés de cumprir com uma obrigação enquanto negligenciam as outras.

- i. Na busca do cumprimento destas obrigações, os Estados devem guiar-se por amplas e objetivas políticas, que podem incluir:
- ii. Finalizar o conflito ou a repressão;
- iii. Restaurar a ordem pública ou a estabilidade;
- iv. Estabelecer estruturas democráticas e o império da lei;
- v. Negociar as causas subjacentes do conflito ou da repressão; e,
- vi. Promover a reconciliação, a paz sustentável e outros objetivos afins.

Da mesma forma que as obrigações listadas acima, estas políticas objetivas podem não ser concluídas de forma rápida ou simultânea e, portanto, devem ser balanceadas entre si e entre as obrigações dos Estados.

- a) As anistias podem ser desenvolvidas de modo a convergirem com as obrigações do Estado e as amplas políticas objetivas.

DIRETRIZ 2. RESPONSABILIDADE

Todos os responsáveis por qualquer violação hedionda dos direitos humanos e por infrações contra o direito internacional devem ser imputados. Somando-se aos mecanismos legais de responsabilização, que normalmente iniciam o processo individual, existem mecanismos não legais que, em alguns contextos, são preferidos. Os elementos chave para um processo efetivo de responsabilização incluem:



- a) Investigar e identificar indivíduos e instituições que podem ser responsabilizados por suas ações, decisões e omissões;
- b) Responsabilizar tais indivíduos ou instituições mediante processo, no qual devem depor e explicar seus atos;
- c) Sujeitar estes indivíduos ou instituições a um processo no qual as sanções possam ser impostas ao indivíduo e as reformas impostas às instituições. Sanções apropriadas podem incluir prisão, expulsão de órgãos públicos, limitação dos direitos políticos e civis, retratação e contribuição material ou de valor simbólico às vítimas a título de reparação.

Como será discutido na Diretriz 5, dependendo de como for implementada ou classificada, a anistia pode contribuir para o processo de responsabilização.

DIRETRIZ 3. O PAPEL DAS ACUSAÇÕES

- a) O direito internacional impinge obrigações aos Estados no que se refere à acusação e à punição de crimes internacionais (ver a Diretriz 6) e as infrações equivalentes normalmente são criminalizadas nas leis nacionais. A acusação pode servir para fortalecer a condenação destes casos e pode também contribuir com certo número de outros objetos de legitimação, tais quais detenção, retribuição, reabilitação e reconciliação.
- b) A extensa e grave incidência de casos de violação dos direitos humanos ou de conflitos violentos no seio da sociedade interpõe, com frequência, desafios jurídicos, políticos, e econômicos, ademais das mudanças sociais, facultando o amplo emprego das acusações. Raramente é possível, ou prático, processar todos os infratores.
- c) Na prática, todos os sistemas legais, incluindo o direito criminal internacional, permitem alguma autonomia sobre quais suspeitos ou quais incidentes devem ser escolhidos e, assim, priorizar a acusação. Em alguns casos, os promotores podem decidir pela não continuidade do processo, se este não for mais de interesse público. No desenvolvimento das estratégias para a seleção e priorização dos crimes que serão investigados, pode-se decidir não processar outros crimes, ou atrasá-los, até que outros crimes de maior prioridade sejam julgados. Onde atrocidades em massa são perpetradas, os casos não selecionados ou sem prioridade podem, inclusive, abranger crimes mais sérios.

- d) Como será discutido adiante, na Diretriz 5, as anistias cuidadosamente planejadas em conjunto com um processo seletivo podem ser coerentes com as obrigações internacionais dos Estados e podem ser objetivos legitimados do Estado em resposta ao grande espectro dos atos criminais. Dependendo do desenvolvimento e da implementação, as anistias podem facilitar os objetivos tradicionalmente associados à acusação, incluindo detenção (caso a anistia esteja condicionada ao desarmamento e à não reincidência) e estigmatização (caso a anistia esteja condicionada à confissão pública).

DIRETRIZ 4. O PAPEL DAS ANISTIAS

- a) As anistias são usadas para uma variedade de propósitos durante os conflitos e repressões ou no caso de transições políticas. Em seus diferentes estágios, os objetivos positivos incluem:
 - i. Incentivar a rendição e o desarmamento dos combatentes;
 - ii. Persuadir os governantes autoritários a deixarem o poder;
 - iii. Criar confiança entre as partes beligerantes;
 - iv. Facilitar os acordos de paz;
 - v. Libertar os prisioneiros políticos;
 - vi. Incentivar o retorno dos exilados; e,
 - vii. Garantir incentivos aos infratores para que participem da elucidação da verdade ou em programas de reconciliação.

- a) Em todos os contextos em que as anistias se sobreponham a crimes graves, é importante saber distinguir entre as anistias legítimas e as ilegítimas. As anistias ilegítimas geralmente são incondicionais e objetivam impedir investigações e garantem a impunidade de pessoas responsáveis por crimes graves. As anistias são legítimas quando forem feitas objetivando a criação de condições institucionais e de segurança para a proteção sustentável dos direitos humanos e onde é necessário que os infratores se comprometam com a adoção de medidas orientadas a garantir a verdade, a responsabilização e a reparação.

DIRETRIZ 5. CONECTANDO AS ANISTIAS ÀS RESPONSABILIDADES

As anistias podem ser concedidas para complementar ou funcionar em sequência com os processos de responsabilização judicial ou não, de forma a garantir as múltiplas obrigações do



Estado. Tais abordagens combinadas podem:

- a) Prover uma parte da verdade e da responsabilização para casos que não forem selecionados para serem processados;
- b) Focar os recursos limitados para os casos que forem considerados de alta prioridade ou nos quais o autor dos crimes não cumprir os termos da anistia;
- c) Contribuir com uma abordagem mais ampla de objetivos de transformação de conflitos que vá além do foco exclusivo do julgamento (ver a Diretriz 4); e,
- d) Prover maior consistência dentro das obrigações internacionais dos Estados do que as anistias irrestritas que obstam toda e qualquer acusação e perseguição penal.

PARTE B. ÂMBITO DAS ANISTIAS

DIRETRIZ 6. AS ANISTIAS E AS OBRIGAÇÕES INTERNACIONAIS DE PERSEGUIÇÃO PENAL

- a) A responsabilização deve ser feita nos casos onde crimes internacionais e graves violações dos direitos humanos foram cometidos. Contudo, o direito internacional permite certa flexibilidade e autonomia na consideração das anistias.
- b) Nenhum tratado internacional proíbe explicitamente as anistias. O artigo 6 (5) do Protocolo Adicional II da Convenção de Genebra, relativo a conflitos armados nacionais, incentiva os Estados a oferecerem anistia ao fim das hostilidades. As anistias normalmente são avaliadas pela incompatibilidade com os tratados que proíbem crimes específicos, e com a interpretação do direito internacional e das obrigações para resolver o caso dentro dos parâmetros dos direitos humanos.
- c) Crimes internacionais, tais como genocídio, infrações à Convenção de Genebra, tortura e desaparecimentos, geralmente são proibidos pelos tratados. Tais tratados requerem que os Estados ratifiquem leis nacionais com penas efetivas para estes crimes. A Convenção de Genebra de 1949 também determina que os Estados busquem os acusados de tais crimes e os tragam para julgamento. As convenções que tratam de tortura e desaparecimentos solicitam que os Estados enviem seus casos às autoridades competentes para que sejam processados, porém estes

tratados também estipulam que a autoridade deve decidir se vai ou não processar estes crimes da mesma maneira que outros crimes. Ao tomar esta decisão, os sistemas penais nacionais podem aplicar os princípios do direito, por exemplo, através do exercício da autonomia no desenvolvimento de estratégias de seleção sobre quais casos perseguir, penalmente. Tais estratégias também são empregadas pelas cortes internacionais e mistas. Como resultado, os Estados não estarão necessariamente violando suas obrigações se, durante a aplicação dos critérios de processo penal não processarem todos os agressores ou todos os crimes. A decisão de selecionar ou dar prioridade a um determinado caso deve ser feita baseada em critérios objetivos e transparentes. Como indicado na Diretriz 5, as anistias cuidadosamente elaboradas podem complementar as estratégias de seleção de processos penais.

- d) Crimes contra a humanidade e crimes de guerra durante os conflitos armados nacionais foram definidos no Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional (ICC) e, onde o ICC tem jurisdição, ele processa as acusações. Estes desenvolvimentos, juntamente com os tribunais de direito internacional e as opiniões das autoridades, propiciaram clareza quanto à natureza dos crimes e contribuíram para a construção da opinião que suportasse a existência das proibições de anistias para crimes internacionais. No entanto, outras fontes de opiniões jurídicas, assentadas em tribunais domésticos ou híbridos, juntamente com as práticas de anistias, não refletem uma proibição categórica, explícita ou estabelecida das anistias para crimes internacionais.
- e) No escopo dos direitos humanos existem diferenças no âmbito das cortes regionais dos direitos humanos, onde há a obrigação de processar os crimes violentos contra os direitos humanos, ou onde os Estados têm competência suficiente para investigar e julgar os casos e providenciar soluções que contemplem os afetados. As anistias ratificadas nas diferentes regiões do planeta podem ser submetidas a diferentes padrões.

DIRETRIZ 7. CRIMES QUE SE QUALIFICAM PARA A ANISTIA

- a) Os critérios para determinar quais ações se qualificam para receberem anistia devem ser claramente especificados e limitados para minimizar o potencial de conflitos com as obrigações aplicáveis para o processamento penal dentro do estabelecido no cerne do direito penal internacional e dos direitos humanos. Encontrar o balanço entre limitar os crimes amparados pela anistia e preencher os objetivos da anistia pode ser um desafio. Por exemplo, retirar do processo os crimes de guerra pode dissuadir alguns



dos combatentes de se renderem, se estiverem inseguros quanto ao fato de suas ações durante o conflito serem consideradas crimes de guerra.

- b) Podem ser várias as limitações do escopo dos crimes qualificáveis para anistia, incluindo:
 - i. Listar explicitamente os crimes que não estão incluídos no escopo da anistia;
 - ii. Garantir anistia a uma lista reduzida de crimes políticos e conflitos com diretrizes de como distinguir os crimes políticos dos comuns; e,
 - iii. Garantir anistia aos crimes listados.

Quando a anistia for restrita a crimes políticos ou de conflitos ou que crimes pacíficos forem excluídos da anistia, os autores dos crimes comuns e daqueles excluídos da anistia continuarão sujeitos à acusação. Quando o agressor tiver cometido tanto os crimes inclusos quanto os excluídos da lista de anistia, é possível oferecer-lhe uma anistia parcial. Como definido na Diretriz 16, a implementação de anistias parciais requer determinações individuais de como será aplicada.

- a) A exclusão dos seguintes atos da anistia, sujeitos às várias obrigações dos Estados, pode servir para reforçar sua legalidade e legitimidade:
 - i. Crimes Internacionais graves;
 - ii. Outros atos de violência contra as pessoas, mas que não sejam elevados à categoria de crimes internacionais; e,
 - iii. Atos ou crimes motivados por ganho pessoal ou por malícia.

Como definido na Diretriz 8, estas restrições dos atos e dos crimes excluídos de uma anistia podem ser combinadas com as restrições dos beneficiários.

DIRETRIZ 8. BENEFICIÁRIOS

- a) O propósito de cada anistia e as circunstâncias políticas dentro do Estado irão determinar quais pessoas a anistia deverá incluir ou excluir. As leis locais e/ou o direito internacional também irão influenciar na escolha dos beneficiários.
- b) A anistia deve ser clara quanto aos critérios de determinação sobre quais agressores podem recebê-la, assim como sobre a definição de quais categorias estão impedidas de beneficiar-se dela. As decisões podem ser feitas baseadas em:

- i. Ser membro ou afiliado de uma instituição estatal ou de um organismo não estatal;
e,
 - ii. Nível hierárquico dentro da instituição ou organismo ou posição de elevada responsabilidade dentro do mesmo.
- a) As anistias que distinguem os beneficiários baseando-se na sua afiliação devem levar em consideração as diferenças das responsabilidades dos filiados a uma instituição estatal e daqueles que não respondem às leis locais. Estas diferenças podem ser, por exemplo, resultado dos regulamentos internos do uso da força, da existência prévia de anistias, imunidades e indenizações. As responsabilidades criadas para as diferentes categorias de crime acorde o direito internacional devem ser levadas em consideração. Por exemplo, os direitos humanos internacionais normalmente se aplicam apenas às ações dos Estados e à algumas convenções internacionais, como a Convenção Contra a Tortura cujo cumprimento compete, exclusivamente, aos representantes dos Estados. A aplicação de tal distinção, no entanto, pode prejudicar os esforços para a reconciliação dos que eram, previamente, antagonistas.
- b) As anistias que se distinguem pelo nível hierárquico podem excluir os líderes políticos e militares, ao mesmo tempo em que oferecem anistia aos infratores de nível mais baixo. Tal distinção deve ser balanceada com a responsabilização, o que pode ser problemático nos casos em que os indivíduos de nível hierárquico superior são a parte interessada na transição política. As anistias que excluem os indivíduos de nível hierárquico superior podem recorrer ao princípio de responsabilidade de comando, descrito no direito internacional e às estratégias dos tribunais internacionais e dos híbridos que focam suas ações sobre aqueles que são os “mais responsáveis”.
- c) Dentro do Direito Internacional, os subordinados são passíveis de acusação de crimes internacionais que cometeram enquanto seguiam ordens de seus superiores. Contudo, nos casos em que são obrigados por lei a obedecerem a seus superiores, eles podem ser liberados de tais acusações quando ficar provado de que não tinham conhecimento de que tal ato redundaria em ofensa aos direitos humanos. A capacidade mental e a coerção são levadas em consideração em todos os níveis de crime, para efeitos de isenção de responsabilidade criminal. Além disso, os fatores mitigadores, tais como os esforços feitos para que os acusados compensem as vítimas e cooperem com as autoridades judiciais, a idade, a escolarização, a situação econômica e social do acusado, todos podem ser levados em consideração na hora da sentença. Os princípios envolvidos no alívio ou na mitigação da pena podem ser utilizados na anistia. Quando for oferecida anistia aos agressores de menor monta, conforme a Diretriz 11,



a anistia pode ser concedida condicionalmente à participação destes no processo de responsabilização não judicial.

- d) As anistias concedidas à crianças responsáveis por atos criminosos nacionais ou internacionais devem receber uma atenção especial. O direito internacional e a maioria dos direitos nacionais prevê uma idade mínima para a responsabilidade legal. Quando um indivíduo for menor de idade na época do crime não é passível de ser imputado pelo mesmo e não deve ser incluído no escopo de uma anistia. Quando o acesso a programas de reintegração e de desmobilização dependerem da participação no processo de anistia deve-se tomar cuidado no direcionamento das necessidades da criança que não se enquadre na anistia, pelo fato de não ser responsabilizada devido à sua idade. As crianças que estão acima da idade mínima de responsabilidade legal, mas que contem com idade inferior aos 18 anos na época em que o crime foi cometido podem ser responsabilizadas legalmente por seus atos. Neste caso, pode-se incluí-las no processo de anistia, desde que se tenha o cuidado quanto ao direcionamento de suas necessidades particulares e de suas experiências.

DIRETRIZ 9. ESCOPO TEMPORAL

- a) Para evitar ambiguidade, as anistias devem determinar as datas de início e fim em que os crimes selecionados foram cometidos. Este período deve ser o menor possível para que os objetivos legais possam ser alcançados. A seleção destas datas pode afetar a legitimidade da anistia (ex. quando as datas forem estrategicamente selecionadas para excluir alguns eventos ou crimes cometidos por uma facção ou em que a data de início é o objeto de contestação).
- b) O crime de desaparecimento foi caracterizado como um crime recorrente nos tratados internacionais e nas leis de alguns tribunais nacionais e internacionais. Como tal crime deve ficar em suspenso até que todos os fatos da pessoa desaparecida sejam esclarecidos, as anistias não devem barrar as investigações, independentemente de quando o desaparecimento ocorreu.

DIRETRIZ 10. ESCOPO GEOGRÁFICO

Quando um conflito ou uma política de repressão estatal afetar principalmente uma região do país, a anistia pode ser limitada aos crimes cometidos dentro de tal região. Esta limitação minimiza a impunidade, mas pode arriscar-se a tratar diferentemente as vítimas de dentro ou de fora da região afetada. Quando não se determina o escopo geográfico, a anistia é válida para

todo o território do país. Pode ser aplicada também quando nacionais cometem crimes fora de seu país, mas de acordo com a Diretriz 18, tais anistias não podem impedir o Estado, onde foram cometidos os crimes, de exercer sua jurisdição.

PARTE C. CONDIÇÕES DA ANISTIA

DIRETRIZ 11. CONDIÇÕES PRÉVIAS PARA BENEFICIÁRIOS DA ANISTIA

Em ordem à obtenção da benesse da anistia, agressores devem satisfazer algumas condições específicas. Estas condições podem possibilitar que futuras violências sejam evitadas e facilitar a responsabilização e a garantia, para as vítimas, do direito à verdade e à reparação. O crivo ao qual serão submetidos os que estiverem dispostos a serem enquadrados, acorde os requisitos, está balizado por um conjunto de fatores. Assim, o contexto político e de segurança, as abordagens culturais para o conhecimento da verdade e para a justiça e a extensão da participação de suas ações no passado que requererá aceitação ou repúdio. Estabelecer um horizonte de condições mais amplo pode resultar em uma participação minorada dos agressores, ao mesmo tempo em que esta lista pode garantir a legitimidade e a legalidade da anistia e o posterior assentimento das obrigações internacionais do Estado no tocante à investigação e à propositura de soluções. Quando os indivíduos não atenderem aos critérios para beneficiar-se da anistia, esta deve ser suspensa. As pré-condições para a verificação de uma concessão de anistia podem incluir:

- a) Inscrição individual;
- b) Rendição e participação no desarmamento e em programas de reintegração e desmobilização;
- c) Participação nos processos de justiça tradicional ou de reparação;
- d) Revelação de todo e qualquer envolvimento pessoal em crimes, sujeito às penalidades cabíveis por falso testemunho;
- e) Cessão de informações sobre o envolvimento de terceiros em crimes;
- f) Testemunho (público ou não) no comitê da verdade, inquéritos públicos ou em outros processos de elucidação da verdade;



- g) Testemunho nos julgamentos daqueles que não receberam anistia ou não se qualificaram para recebê-la;
- h) Entrega dos bens que tiverem sido adquiridos ilegalmente;
- i) Contribuição, de forma material ou simbólica, para às reparações.

DIRETRIZ 12. CONDIÇÕES DE CONDUTA DOS BENEFICIÁRIOS DA ANISTIA

- a) Para aumentar a legitimidade e a legalidade de uma anistia, os indivíduos beneficiados devem portar-se de maneira a cumprir com as condições impostas para que não sejam revogados os seus benefícios. Tais condições são os meios do Estado para responsabilizar as pessoas que tentarem abusar do processo de concessão de anistia e pode contribuir para a participação dos beneficiários nos processos de reconciliação em andamento. No entanto, a incerteza quanto à durabilidade da anistia (se é permanente ou não) pode torná-la menos atrativa aos olhos dos agressores. Assim, as condições que podem ser impostas para que a anistia seja mantida podem ser as seguintes:
 - i. Não romper com as condições em que a anistia foi garantida;
 - ii. Não incorrer em novos crimes políticos ou relacionados a conflitos ou qualquer outro tipo de atividade criminosa; e
 - iii. Proibição temporária de posse de armas perigosas, dos direitos de se eleger ou de assumir cargo público, e/ou servir à polícia ou às forças armadas.
- a) Algumas das condições para a anistia, listadas na Diretriz 11 (c) até (i) podem ser incluídas ao invés de pré-condição, como condições para a conduta futura seguida da outorga de anistia.
- b) Para facilitar a execução das condutas futuras, a anistia pode garantir aos agressores imunidade em processos legais por um período de tempo limitado que, após o seu transcurso, pode tornar-se permanente, caso o agressor cumpra com todas as condições de conduta esperada, ou ser revogada se tais condições não foram cumpridas. Se o indivíduo incorrer em atividades proibidas durante o período de imunidade temporária, esta pode ser revogada imediatamente.
- c) Um processo formal e independente deve ser estabelecido de modo a fiscalizar tais condições de conduta esperada e para revisar ou julgar o cumprimento destas

condições. O processo deve especificar os critérios e regras para determinar o cumprimento das condições, e o conselho tomador de decisão deve estar amparado por recursos apropriados. Quando a anistia for revogada, processos criminais devem ser instaurados para o crime original e para quaisquer outros, subsequentes.

PARTE D. ADOÇÃO, IMPLEMENTAÇÃO E REVISÃO DA ANISTIA

DIRETRIZ 13. ADESÃO ÀS LEIS NACIONAIS

Enquanto todos os sistemas legais preveem certa forma de leniência dentro de seus processos de justiça criminal, a garantia de anistia durante ou após o conflito ou a repressão pode, eventualmente, sofrer coação por parte das leis internas de um país. Para que a anistia tenha lastro de validade no escopo da lei nacional deve, precipuamente, lastrear sua competência vinculando-se a toda a legislação doméstica formal de relevância. Quando ocorrer que tais normas não são respeitadas, os tribunais nacionais devem ter independência e autoridade para declarar inconstitucional a anistia, ou mesmo solicitar que a legislação seja submetida a emendas.

DIRETRIZ 14. MÉTODO DE PROMULGAÇÃO E CONSULTA PÚBLICA

- a) A anistia deve ser promulgada, fazendo uso de uma gama de mecanismos de natureza executiva e legislativa, tal como disposto no escopo dos processos legais internos de cada país. O mecanismo escolhido deve ter capacidade e versatilidade suficiente para que a anistia possa subsequentemente receber emendas ou ser anulada. Uma anistia promulgada por meio constitucional apresenta maior resistência à modificação.
- b) Na preparação de um processo de anistia, a consulta pública contribui para o aumento da sua legitimidade. Tal consulta deve envolver, quando for apropriado, os grupos potencialmente marginalizados tais como as vítimas, mulheres, crianças, refugiados, minorias e ex-combatentes e pode ser conduzida de várias formas, incluindo audiências públicas, pesquisas de opinião, estudos de grupo e considerações sobre as opiniões escritas.



- c) Algumas anistias foram endossadas via *referendum* nacional, o que pode servir para aumentar a sua legitimidade. Isto pode implicar na realização de votações considerando acordos de paz ou uma nova constituição que inclui as disposições da anistia de maneira a estabelecer uma conexão com esforços ampliados, de modo a alcançar a paz e a democracia. De maneira alternativa, a anistia pode ser o único foco de um *referendum*. Em assim fazer, garante-se que a votação da anistia não será influenciada por outros fatores. Nos casos em que as minorias são vitimizadas por um dado governo que representa a maioria da comunidade, pode ser mais interessante demandar uma maioria aprimorada para assegurar que uma votação positiva seja obtida em cada comunidade afetada.
- d) Fomentar a participação pública é um componente do processo de desenvolvimento da anistia, porém não é suficiente para garantir a legitimidade ou a legalidade de uma anistia que poderia, de outra maneira, atentar contra as leis domésticas ou o direito internacional.
- e) As “auto-anistias” são anistias adotadas unilateralmente por regimes responsáveis por crimes internacionais ou por graves violações aos direitos humanos e que, amiúde, chegaram ao poder de forma ilegal. Sujeitas a obrigações estatais, estas anistias devem ser consideradas como, *prima facie*, ilegais e ilegítimas.

DIRETRIZ 15. EFEITOS LEGAIS

- a) As anistias podem ter várias consequências legais para os indivíduos beneficiados, de acordo com os crimes contemplados. Elas podem incluir:
 - i. Prevenção contra a abertura de novas investigações criminais;
 - ii. Encerramento das investigações em curso e dos julgamentos em andamento;
 - iii. Redução das sentenças de encarceramento;
 - iv. Liberação de indivíduos recolhidos ao sistema prisional;
 - v. Garantia de perdões;
 - vi. Eliminação de registros criminais; e,
 - vii. Limitação das responsabilidades civis.
- a) Quando um processo de anistia socava as responsabilidades civis, seja de maneira explícita, na legislação da própria anistia, ou de maneira implícita, quando o acesso aos direitos civis depende de condenação criminal prévia, devem ser considerados programas de compensação administrativa para fornecer soluções reparadoras às vítimas.

- b) Se um processo de anistia tiver sido desenvolvido de modo a distinguir entre as diferentes categorias de crimes cometidos, os efeitos legais da anistia podem ser diferenciados entre as categorias de beneficiados pela mesma. Crimes mais graves podem receber apenas reduções de sentença, conforme previsão em lei, enquanto os crimes menos graves podem receber anistia total. Esta abordagem oferece um elemento de proporcionalidade nas consequências legais para as diferentes categorias de agressores e pode também reforçar a legalidade e a legitimidade da anistia.

DIRETRIZ 16. ADMINISTRANDO A ANISTIA

- a) Para as anistias com limitações e condições é necessária a aplicação de um processo para determinar se um indivíduo se enquadra ou não no seu escopo. Os processos de implementação de anistias podem ser supervisionados pelos tribunais nacionais, por conselhos providos de capacidade consultiva que se reportam ao governo, comissões de anistia ou comissões da verdade com poder de garantir ou recomendar anistia. A instituição responsável pela administração de uma situação de anistia deve:
 - i. Ser independente;
 - ii. Representar os diversos setores sociais;
 - iii. Estar habilitada a implementar a anistia;
 - iv. Ter jurisdição e poderes legais para cumprir seu mandato de forma efetiva; e,
 - v. Ter recursos suficientes para determinar se o indivíduo se enquadra na anistia e, se for o caso, monitorar a adesão às condições nos períodos prescritos.

- a) O envolvimento das vítimas e das comunidades afetadas pelos processos de implementação da anistia serve, geralmente, para aumentar a legitimidade desta. Isto pode ser alcançado permitindo-se que os indivíduos vitimizados e os membros da comunidade participem das audiências e, conseqüentemente, na determinação quanto à aprovação ou não dos pedidos individuais no tocante à composição da anistia. Para garantir a existência de uma participação efetiva é importante informar as vítimas, com antecedência, de quando e onde estas audiências ocorrerão, fornecer ou facilitar apoio legal e/ou apoio financeiro para viagens ou outras despesas relacionadas à participação na audiência e garantir o apoio e proteção às testemunhas. Quando as vítimas estiverem em presença de agressores em audiências de anistia, deve-se tomar cuidado para evitar que a vítima passe novamente por um processo traumático. As vítimas devem ser informadas da decisão final da anistia antes que esta se torne pública.



- b) Os processos de administração da anistia devem levar em consideração os direitos processuais dos candidatos ao benefício da mesma. Estes podem apelar das decisões dos organismos de implementação da anistia junto a tribunais independentes.

DIRETRIZ 17. ANULAÇÃO DA ANISTIA

- a) São raros os casos em que países, tribunais nacionais ou legisladores anularam uma anistia já implementada. Para criar a possibilidade de anulação, pode-se prever no instrumento legal nacional que ampara a anistia uma cláusula de revisão judicial futura. No entanto, a incerteza criada por esta cláusula tende a enfraquecer os objetivos da anistia, quais sejam, alcançar estabilidade, a proteção dos direitos humanos e a reconciliação. Além disso, no caso de anulação da anistia, outros obstáculos para a responsabilização criminal podem persistir.
- b) Quando a legislação da anistia limitar explicitamente o seu escopo, porém este escopo, pela sua abrangência, alcançar outros casos, não é necessária a anulação das anistias concedidas para a reabertura dos casos. Contudo, devem ser consideradas todas as limitações ou condições previstas pela legislação da anistia.

DIRETRIZ 18. CORTES INTERNACIONAIS E ANISTIAS NACIONAIS

- a) Apesar das anistias barrarem os procedimentos penais dentro dos Estados nacionais onde foram promulgadas, elas não podem impedir os tribunais internacionais, híbridos ou estrangeiros, de exercerem a sua jurisdição. Tais tribunais podem decidir, dentro de sua jurisdição, pelo reconhecimento ou não da anistia.
- b) Quando um tribunal internacional ou híbrido tiver jurisdição, um estado pode ser solicitado a, face às obrigações do tratado, cooperar com este tribunal. Tal cooperação pode incluir a entrega de uma pessoa que foi beneficiada com a anistia nacional para ser julgada perante o tribunal internacional.
- c) Estes tribunais têm o poder de condenar os indivíduos, mas não podem declarar a anistia inconstitucional ou mesmo ordenar que um Estado anule a sua anistia. Desta forma, mesmo que um tribunal declare que uma anistia não é válida no espectro internacional, a mesma continua válida em seu território nacional. Na prática isto garante que a maioria dos agressores julgados siga beneficiando-se das anistias dentro de seu Estado.

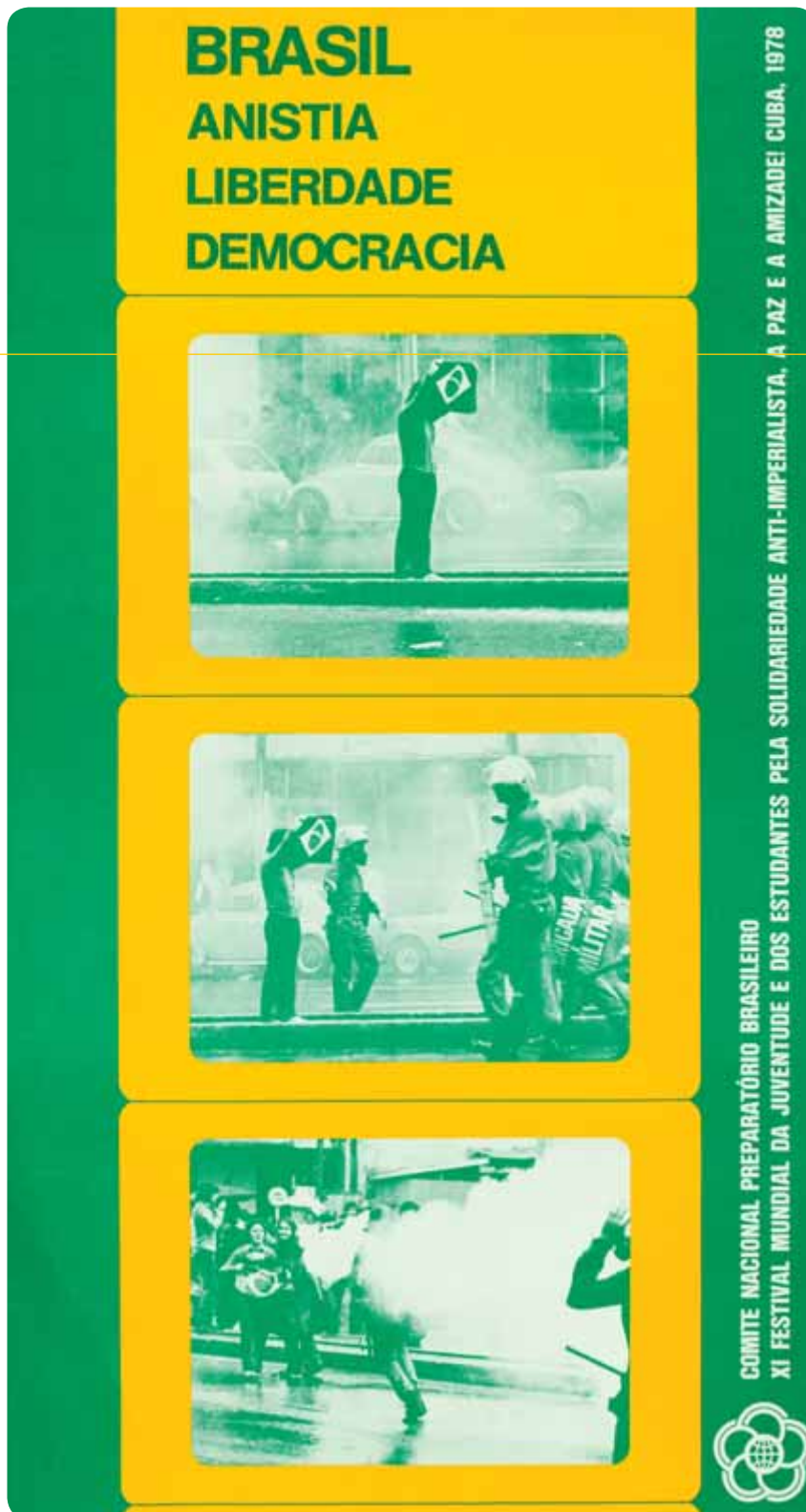
- d) Os tribunais regionais de direitos humanos podem determinar que um Estado, sobre o qual tem jurisdição, está violando suas obrigações internacionais no que tange à concessão de anistia. Quando violações forem encontradas, estes tribunais podem recomendar uma série de ações a serem cumpridas, incluindo a anulação da anistia. Caso o Estado aceite tal medida, o efeito da anistia, no âmbito da lei doméstica, perde sua força e finda.

Notas Finais:

1 Rodrigo Uprimny Yepes (Diretor do Centro de Estudo de Direito, Justiça e Sociedade (Dejusticia); e Professor Associado de Direito da Universidade Nacional da Colômbia); Maria Paula Saffon (aluna de PhD. da Universidade da Columbia, Departamento de Ciência Política e Pesquisadora Associada do Dejusticia); e Nelson Camilo Sánchez (Pesquisador Coordenador do Dejusticia; e Professor Associado de Direito da Universidade Nacional da Colômbia) foram convidados para representar os pontos de vista da América Latina no Grupo de Especialistas e contribuir na discussão, porém não tiveram condições para endossar a versão final.

2 O “Explanatory Guidance” (Guia Explicativo) de Louise Mallinder consta no que segue destas Diretrizes. O “Commentary” de Mallinder será publicado em 2014.

3 A expressão “violação hedionda dos direitos humanos” é utilizada aqui para denotar os atos que consistem em crimes graves no escopo dos arcabouços legais nacionais ou internacionais e, quando perpetrados por um governo, importam na violação das obrigações atinentes aos direitos humanos assumidas por este Estado. Isto inclui aquelas ações cuja proibição foi celebrada nos tratados de direitos humanos internacionais ou nacionais, tais como a tortura e outros atos cruéis, desumanos ou degradantes; as execuções extrajudiciais, ou arbitrarias; a escravidão e os desaparecimentos forçados. Também contemplam atos como o estupro e outras formas de crimes sexuais que, dependendo da circunstância, podem ser considerados crimes de guerra ou tortura.



CARTAZ ANISTIA 27 ANOS.

FONTE: ACERVO DA COMISSÃO DE ANISTIA.



SESSÃO DE ANISTIA E HOMENAGENS À CARLOS MARIGHELLA, SALVADOR, 04 DE DEZEMBRO DE 2011.

FONTE: ACERVO DA COMISSÃO DE ANISTIA.

MARIGHELLA

100 ANOS





SENTENÇA DO V TRIBUNAL INTERNACIONAL PARA APLICAÇÃO DE JUSTIÇA RESTAURATIVA DE EL SALVADOR*

San Salvador, 20 a 22 de março de 2013.

“Quando um muro separa uma ponte une (...)
Você corta um verso, eu escrevo outro
Você me prende vivo, eu escapo morto
De repente olha eu de novo
Pertubando a paz, exigindo troco
Vamos por aí eu e meu cachorro
Olha um verso, olha o moço chegando
Que medo você tem de nós, olha ai...”
(Pesadelo, de Maurício Tapajós e Paulo César
Pinheiro)

* Tradução: Luciana Ruttscheidt. Graduada em direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS), foi assistente voluntária do Tribunal Internacional para Aplicação de Justiça Restaurativa em El Salvador, selecionada pelo Programa de Cooperação BRA/08/021 – Cooperação para o intercâmbio internacional, desenvolvimento e ampliação das políticas de justice de transição do Brasil”, mantido pela Comissão de Anistia do Ministério da Justiça, a Agência Brasileira de Cooperação do Ministério das Relações Exteriores, e o Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento.

EL SALVADOR: VERDADE, JUSTIÇA E REPARAÇÃO

SENTENÇA DO QUINTO TRIBUNAL INTERNACIONAL PARA APLICAÇÃO DE JUSTIÇA RESTAURATIVA EM EL SALVADOR¹

Cidade de San Salvador, 20 a 22 de março de 2013.

I. Vítimas

1. Execuções extrajudiciais
 - a) Rafael Palacios Campos;
 - b) Pedro Andrade, Bonifacio Hernández, Coronado Hernández, Pedro Jovel, Francisco Leiva, Enemecio Recinos Leiva e Fidencio Velasco;
 - c) Adelaida Alemán com seu filho, que levava no ventre; Angelita Recinos e Teresa Alvarenga, também torturada.
2. Privação de liberdade e torturas
 - a) Rosa Rivera Rivera y Fernando Bonilla;
 - b) José Álvarez Salazar;
 - c) Vilma Gladys Vasquez.
3. Desaparecimento forçado
 - a) Lisbeth Carminda Castro Sánchez

¹ Daqui pra frente, referido apenas por "o Tribunal"

4. Massacre do Rio Lempa

Não foram identificadas nem quantificadas todas as vítimas do massacre.

II. Tribunal

- Presidente: José María Tomás, magistrado, presidente do Tribunal de Apelação de Valência e presidente da Fundação pela Justiça, Valência, Espanha;
- Vice-presidenta: Gloria Giralt de García Prieto, salvadorenha, vítima e lutadora pela justiça;
- Juiz: Belisario dos Santos Junior, advogado, ex-Secretário de Justiça e Defesa da Cidadania do Estado de São Paulo, membro da Comissão de Mortos e Desaparecidos e membro da Comissão Internacional de Juristas, São Paulo, Brasil;
- Juíza: Carol Proner, advogada, doutora em Direito Internacional, coordenadora do Mestrado em Direitos Fundamentais e Democracia, UNIBRASIL, Curitiba, Conselheira da Comissão de Anistia do Brasil;
- Juiz: José Ramón Juaniz, advogado, membro da Associação
- Valenciana de Juristas Democratas, Valência, Espanha;
- Juiz: Rodolfo M. Aseretto, advogado, coordenador da Área de Direitos Humanos do Comitê de Igrejas para Ajudas de Emergência, Asunción del Paraguay, Paraguai;
- Juíza: Sueli Aparecida Bellato, vice-presidenta da Comissão de Anistia do Ministério da Justiça, Brasília, Brasil;
- Secretário: Henri Paúl Fino Solórzano, El Salvador;
- Assistente do Secretário: José Elí Callejas Madrid, El Salvador;
- Colaboradora: Giovanna Frisso, Brasil;
- Colaboradora: Luciana Ruttscheidt da Cunha, Brasil;
- Colaborador: Cristián Cruz Rivera, Chile.

III. Representação das vítimas

1. Berta Celina Morán Hernández, estudante de Direito;
2. Sandra Marisol Aguilar Ramírez, advogada;
3. María Josefina Blanco, advogada;



4. Mirla Guadalupe Cabajal Amaya, advogada;
5. Silvia Patricia Cuéllar, advogada;
6. Claudia María Hernández Galindo, advogada;
7. Ana María Joma Sales, advogada;
8. Roxana Beatriz Marroquín, advogada;
9. Evangelina Lisbeth Martínez Munguía, advogada;
10. Franchesca Marina Mata Guzmán, advogada;
11. Sonia Guadalupe Méndez, advogada;
12. Elsa Aracely Guadalupe Peña Ramos, advogada;
13. Liliana Adelí Rivas, advogada;
14. Wilber Alemán Alemán, advogado;
15. Pedro Antonio Martínez, advogado.

IV. Justificação

Como se constatou nas sessões deste Tribunal, as vítimas de graves violações de direitos humanos em El Salvador – e a sociedade como um todo – continuam sem conhecer a verdade, e continua sendo-lhes negada a merecida e necessária reparação integral. Muitas permanecem sem ter a quem relatar sua história e os danos que sofreram; outras tantas nem sequer foram reconhecidas como tal. À exceção do Tribunal, hoje, e, há mais de duas décadas, da Comissão da Verdade², não houve um espaço público e seguro em que as vítimas pudessem narrar suas experiências de luta, as marcas da violência sofrida, a dor da perda, suas expectativas de justiça e a esperança de uma vida digna.

Ainda não se admitem nem se assumem as responsabilidades pelas graves violações de direitos humanos, pelos crimes de guerra e pelos delitos contra a humanidade que ocorreram antes e

² Dita Comissão realizou um trabalho muito importante, mas é sabido que não teve a oportunidade de escutar as muitas vítimas e que o período investigado não abarcou todo o conflito, mas apenas do ano prévio à guerra até a sua finalização.

durante a guerra. Os culpados por estes fatos, que causaram profundos danos físicos e morais a tanta gente, continuam acobertados e protegidos pelo manto da impunidade; esta ilegítima proteção continua, apesar dos diferentes governos que se sucederam desde 1993. A inércia estatal perante o assunto distancia o país dos compromissos emanados da normativa de direitos humanos nas esferas nacional e internacional, tornando vulneráveis as obrigações com as quais se comprometeu, e o afasta das vítimas. Essa omissão permite caracterizar a responsabilidade internacional do Estado.

As razões apresentadas em 2009 para a constituição do Tribunal infelizmente continuam atuais. Mas se enganam aqueles que veem nesta declaração uma irrelevância em sua atuação, pois o Tribunal se constitui com e para as vítimas, que nos têm feito um chamado ao qual – agradecidos e com humildade – correspondemos para construir um espaço de reprovação à conduta do Estado salvadorenho e dos malfeitores, que buscam impor o silêncio sobre o passado. Com isto, o Tribunal se apresenta e se reconhece como uma plataforma legítima, necessária e democrática de reivindicação dos direitos humanos. Suas sentenças repudiam os horrores cometidos e afirmam que ninguém tinha o direito de produzi-los, reconhecendo a nobreza e a dignidade das vítimas, que, com seus exemplos de luta contra a impunidade, sem dúvida fazem latente os fracassos do sistema legal nacional de justiça, que lhes nega este direito inalienável.

No ano da realização do quinto Tribunal se comemorou o vigésimo aniversário da publicação do informe da Comissão da Verdade, que foi criada pelos acordos que possibilitaram o fim da guerra em El Salvador. O trabalho desta Comissão foi de grande importância para o esclarecimento de alguns fatos ocorridos desde 1980 até o cessar fogo e por assinalar diretamente, com nome e sobrenome, vários dos seus responsáveis.

O trabalho da Comissão também foi importante por ter feito recomendações às partes signatárias dos acordos³ – principalmente ao Governo – que deveriam cumprir sem procrastinação, adoção de medidas relacionadas para erradicação das causas estruturais diretamente vinculadas com os fatos examinados, para a promoção de reformas institucionais de modo a prevenir a repetição das atrocidades e para alcançar a reconciliação nacional.

Lamentavelmente, algumas das recomendações foram cumpridas parcialmente enquanto muitas e importantes foram descumpridas, como, por exemplo, as recomendações de afastar da Força Armada de El Salvador e da administração pública as pessoas que aparecem no informe com algum grau de responsabilidade pelos fatos; de impossibilitar a ocupação de cargos públicos



por aqueles que apareceram envolvidos nos crimes; de fazer funcionar o sistema de justiça para sancionar os autores dos crimes; de adotar todas as medidas necessárias para dismantelar os “Esquadrões da Morte” e erradicá-los definitivamente.

Às recomendações anteriores deve-se agregar: a descentralização de funções da Corte Suprema de Justiça, sobretudo as do presidente da mesma; o fortalecimento da Procuradoria para a Defesa dos Direitos Humanos; a criação de um recurso simples, rápido e acessível para a reparação material de vítimas de violações de direitos; a ratificação de diversos instrumentos internacionais para a proteção e defesa dos direitos humanos; a reparação moral e material das vítimas de violações ocorridas durante o conflito, e a criação do Foro da Verdade e Reconciliação.

Entretanto, o informe também estava dirigido ao povo salvadorenho, para empoderá-lo e dar-lhe forças para seguir em frente com sua histórica luta pelo cumprimento dos seus direitos. Com efeito, no informe se indica que corresponde à sociedade tomar as decisões fundamentais que conduzam à plenitude da paz, tendo a mesma a capacidade de decidir sobre as responsabilidades antigas e as novas conquistas. A possibilidade de perdão está em suas mãos. Ademais, é a sociedade salvadorenha – calejada com a aprendizagem dolorosa da guerra – quem deve dirimir o litígio dos rumos a serem tomados.

Aqui também se encontra a razão de ser deste Tribunal. Porque nos tem sido permitido estar junto ao povo, que pretende sanar suas feridas, que se apropria, se une e luta para viver dias melhores com o conhecimento da verdade de seu passado, com a consciência dos desafios do presente e olhando para o futuro com sonhos de justiça.

V. Casos

O Tribunal conheceu casos individuais de execução extrajudicial, privação ilegal de liberdade, torturas, desaparecimento forçado e de um massacre. Os testemunhos escutados são exemplos das perseguições e ataques contra camponeses, estudantes, religiosos e membros da luta pelos direitos dos trabalhadores, sobretudo desde o final da década de 1960 e durante o período da guerra⁴. Ademais, ao estudar os antecedentes dos casos e escutar as denúncias na voz das próprias vítimas e considerando também as audiências dos anos anteriores, o Tribunal reconhece padrões comuns, sistemáticos e generalizados de violações de direitos humanos. A partir dos testemunhos escutados e das demais provas apresentadas, foram estabelecidos e atestados os fatos que seguem descritos.

4 BETANCUR, BELISARIO. “Cronología de la violencia”, DE LA LOCURA A LA ESPERANZA. La guerra de 12 años en El Salvador. Informe da Comissão da Verdade, Revista Estudios Centroamericanos (ECA). Ano XLVIII. Universidad Centroamericana “José Simeón Cañas”, San Salvador, p.177 e 178. mar. 1993.

1. Execuções extrajudiciais

a. Rafael Palacios Campos

O sacerdote Rafael Palacios Campos era comprometido com as comunidades cristãs de base e com a visão da igreja popular em El Salvador. Realizou seu trabalho pastoral próximo ao jesuíta Rutilio Grande e, por suas convicções e sua prática, teve diversas e sérias diferenças com setores da cúria local; por isso, sofreu exclusões e abandono. Devido às suas atividades com as comunidades cristãs de base na cidade de Santa Tecla⁵, Armando de Paz o acusou de ser comunista. De Paz era advogado e militar de ultra direita⁶. Nesta época, o padre Palacios foi ameaçado pela autodenominada União Guerreira Branca (UGB), que deixou pintado em um vidro de seu carro e na porta de sua casa desenhos de mãos brancas: este era o símbolo característico deste esquadrão da morte.

Em 1979, depois do assassinato de Octavio Ortiz (outro sacerdote) e de quatro seminaristas, padre Palacios aceitou o pedido do bispo Óscar Arnulfo Romero e foi por ele designado para trabalhar na paróquia da cidade de Mejicanos. Padre Palacios também continuou seus trabalhos de base em outra comunidade, a de Nueva San Salvador. No momento em que a perseguição aos sacerdotes da Igreja Católica mais vinculados ao povo se intensificou, também o padre Palacios passou a ser mais importunado pelas forças do regime.

No dia 18 de junho, Armando de Paz foi assassinado. Em aparente represália, no dia seguinte, depois de tomar café da manhã na casa da família de Raquel Pérez Cañas, o padre Palacios foi vítima de uma emboscada quando se dirigia ao seu carro. Eram, pelo menos, quatro indivíduos desconhecidos, vestidos como civis, que se aproximaram em um veículo verde e em outro preto. Os agressores tentaram sequestrar a vítima mas, frente à sua resistência, a executaram na confluência da oitava avenida Sul com a segunda rua Poente, na referida cidade. O sacerdote foi atingido por mais de 15 disparos, incluindo o "*tiro de gracia*"⁷. Na cena do crime foi encontrada munição calibre 35. Ao local se dirigiram agentes da Guarda Nacional, que o isolaram, mas ante as demonstrações de indignação da vizinhança, os agentes se retiraram.

O homicídio do sacerdote Rafael Palacios afetou diretamente seus quatro irmãos, alguns dos quais tiveram que abandonar o país. Isso gerou a desagregação da família. Também foram muito prejudicadas emocionalmente as pessoas integrantes das comunidades cristãs de base, as quais

5 Na época, o nome desta cidade era Nueva San Salvador – capital do departamento de La Libertad – mas era mais conhecida pelo nome de Santa Tecla, tal como se denomina na atualidade.

6 O major Armando De Paz era dirigente da Organização Democrática Nacionalista (ORDEN), uma corporação paramilitar criada no início da década de 1960.

7 N. da T. O citado "*Tiro de gracia*" trata-se do tiro final, que leva a vítima à morte de uma forma mais rápida.



o padre Palacios acompanhava, inclusive várias destas se viram obrigadas a sair de El Salvador. A família da vítima nunca teve conhecimento de qualquer investigação judicial do crime.

Neste caso, além da prova documental, o Tribunal recebeu o testemunho de Carlos Palacios, irmão da vítima, e de Raquel Pérez de Cañas, integrante da Comunidade Cristã de Base de Santa Tecla. Nestas declarações, foi responsabilizado o Estado Maior da Força Armada de El Salvador (FAES) pelo planejamento do crime.

b. Enemecio Recinos Leiva, Pedro Andrade, Bonifacio Hernández, Coronado Hernández, Pedro Jovel, Francisco Leiva e Fidencio Velasco, camponeses do Distrito de Santa Marta

No contexto de uma sistemática repressão na zona rural salvadorenha – a menos de um ano do início da guerra e da estratégia militar da “tierra arrasada” por parte do Estado salvadorenho⁸ – em 28 de fevereiro de 1980, no distrito de Santa Marta, município de Victoria, departamento de Cabanas, efetuou-se uma operação conjunta com participação da FAES, da Guarda Nacional e dos paramilitares da ORDEN. Estava dirigida contra a população local, por participar de círculos bíblicos e integrar comunidades cristãs de base, além disso, eram pessoas que estavam se organizando em torno da luta por fazer suas reivindicações sociais mais necessárias.

A maioria das pessoas conseguiu fugir para as montanhas ou se esconder. Entretanto, à margem de procedimentos legais e tratamento humanitário, foram detidos e executados Enemecio Recinos Leiva, Pedro Andrade, Bonifacio Hernández, Coronado Hernández, Pedro Jovel, Francisco Leiva e Fidencio Velasco. Nenhum deles estava armado. O cadáver de Enemecio foi encontrado por seu sobrinho, Gerardo Leiva: estava com seus pés e mãos atados, com um disparo por baixo da mandíbula, que explodiu sua cabeça, e outro nas costas.

Os sete camponeses executados foram enterrados de forma clandestina, em uma mesma fossa comum, por familiares e habitantes de Santa Marta. Os fatos foram informados ao Socorro Jurídico Cristão e também ao bispo Dom Romero, que os denunciou publicamente. Atualmente, os corpos seguem sem a devida identificação, sem lápides, sem processos de exumação, tampouco se sabe de qualquer investigação judicial acerca deste massacre, apesar do que os sobreviventes informaram, inclusive, ao judiciário local.

Neste caso, além da prova documental, ouviu-se o testemunho de Gerardo Leiva Recinos, familiar de uma das vítimas. Em seu depoimento, o campones responsabilizou o coronel Sigifredo Ochoa Pére. Destacou o silêncio de parte da Igreja Católica frente ao ocorrido e denunciou a impunidade reinante.

8 Sobre esta prática criminal, ver BETANCUR, BELISARIO, et. al. Op. Cit., p. 269.

c. Angelita Recinos, Adelaida Alemán (na ocasião, grávida de oito meses) e Teresa Alvarenga, camponesas de Santa Marta.

Em junho de 1980, depois de atacar áreas das redondezas, membros do Exército ingressaram no distrito de Santa Marta. Aqueles que estavam uniformizados se dedicaram a procurar os homens da comunidade, acusando-os de serem guerrilheiros, devido às suas condições de camponeses. Em sua maioria, os homens de Santa Marta estavam trabalhando nos arredores do distrito, ou escondidos, pois sabiam que, se fossem surpreendidos pelos militares, seriam detidos, torturados e, seguramente, assassinados.

Os soldados ingressaram na casa da família de Adelaida e Angelita Alemán. Como só havia mulheres e crianças, exigiram a presença dos homens. Ao não encontrá-los, nem receber respostas satisfatórias, dispararam um tiro contra Angelita, o que lhe arrancou um braço. Posteriormente, dispararam em seu peito, levando-a a morte. Instantes depois, exigiram respostas de sua irmã, Adelaida, que estava no seu oitavo mês de gestação. Ao não se satisfazerem com as explicações que Adelaida lhes deu, os militares abriram seu ventre com uma “faca grande” – nas palavras de uma sobrevivente – para retirar o feto, e logo o atravessaram com a mesma arma branca. Depois, comeram as *tortillas* que elas estavam preparando para consumirem. Quando a tropa se retirou, os familiares tentaram sepultar as vítimas, mas somente conseguiram colocar seus corpos dentro da casa onde viviam.

No dia seguinte, pela manhã, novamente chegaram os militares na casa da família Alemán e reclamaram por estarem mantendo os cadáveres lá dentro. Incomodados, os militares, à força, colocaram os integrantes da família contra a parede, para fuzilá-los. Graças aos gritos das vítimas, entrou na residência um oficial de maior categoria que repreendeu seus subordinados e disse às sobreviventes que fossem embora daquele lugar, já que não poderia salvar suas vidas se ali continuassem. Ainda, por ajudar a colocar os corpos das irmãs na residência, os soldados detiveram Teresa Alvarenga (tia de Adelaida e Angelita) e tentaram enforcá-la. Disto passaram a outra forma de tortura: cortaram pedaços de seus dedos com uma faca. Ela lhes rogou que a matassem, pois seria melhor. Então, os soldados a desamarraram e a obrigaram a correr enquanto disparavam por suas costas, o que lhe causou a morte.

Além de tudo, a tropa queimou e destruiu todos os pertences da família, que precisou fugir para Honduras, cruzando a nado o Rio Lempa para se estabelecerem em Los Hernández, onde a população os ajudou. Na terceira noite, enquanto estavam junto a outras famílias salvadorenhas, foram cercados pelo exército hondurenho, que levou as mulheres até La Virtud, golpeando algumas e violando outras. Por isso, a família Alemán optou por regressar a El Salvador por veredas.



Neste caso, além da prova documental, ouviu-se o testemunho de Maria Digna Recinos Alemán, irmã e sobrinha das vítimas. Considera-se também como vítima o feto que estava em gestação no ventre de Adelaida Alemán. Em parte de sua fala, Maria Digna responsabilizou os tenentes Gallegos, Urbina e Ortiz por participarem da execução das irmãs Adelaida – com o feto em seu ventre – e Angelita. Igualmente denunciou a responsabilidade do coronel Sigifredo Ochoa Pérez, que então dirigia o Destacamento Militar 2. Também se considera Teresa Alvarenga como vítima de torturas. Até o presente, não se conhece qualquer investigação judicial acerca dos delitos denunciados.

2. Privação de liberdade e torturas

a. Rosa Rivera Rivera e Fernando Bonilla

Em 1976, em El Salvador, aumentavam as graves e sistemáticas violações de direitos humanos por parte do Estado e dos grupos paramilitares ligados aos órgãos de segurança e inteligência. Muitas das vítimas eram integrantes da União dos Trabalhadores do Campo (UTC) e da Federação Cristã de Campesinos Salvadorenhos (FECCAS). Essa população se organizou nestes e em outros agrupamentos similares para defenderem seus direitos e lutarem por fazer valer suas reivindicações. A resposta do governo foi a repressão.

A dura realidade do povo incluía a carência de água potável, energia elétrica, serviços de saúde e estradas que chegassem aos povoados, além de tudo, o povo não possuía terras. As pessoas viviam em condições paupérrimas, sobreviviam consumindo *tortillas*⁹ de milho, feijão e café. Nas temporadas de colheita de cana, algodão e café, somente recebiam uma *tortilla* e um punhado de feijão. Ao exigirem arroz dos fazendeiros, eram taxados de subversivos e, por isso, vítimas de perseguição e de outras violações maiores.

Em 30 de julho do mesmo ano, vários camponeses e campesinas integrantes da UTC no município de Arcatao, departamento de Chalatenango, se dirigiam a San Salvador para participarem de uma manifestação popular pela memória das vítimas do massacre ocorrido em 30 de julho de 1975 na cidade capital.

Rosa Rivera, María Salomé Guardado e Félix Castro esperavam pelo transporte que os levaria a San Salvador, quando foram surpreendidos por membros da Guarda Nacional, que de dois veículos vigiavam um dos ônibus que transportava aqueles que participariam da atividade. Assim, sem ter cometido delito algum, sem existir ordem de autoridade competente, à margem de todo tratamento humanitário, os três foram privados de liberdade, agredidos brutalmente e postos em um veículo militar.

9 N. da T. *tortilla* é um prato típico da culinária centroamericana e mexicana, feito com farinha de trigo ou de milho, muito simples e de baixíssimo custo, por isso bastante consumido em condições de miséria.

Em seguida, foram levados ao comando da Guarda Nacional de Arcatao, onde já estavam detidos aproximadamente vinte pessoas. De três em três, levaram homens e mulheres a um quarto onde havia uma espécie de almofada com cal, na qual seus rostos eram pressionados: ao serem golpeados, se sentiam sufocados, e, ao aspirarem à cal, a asfixia se tornava maior. Eram golpeados nas costas com botas e coronhadas de armas. Os uniformizados lhes aplicaram choques elétricos e os penduraram no teto amarrados pelas mãos. Os torturadores eram soldados e guardas nacionais.

Na sala de torturas, Rosa Rivera – com vinte anos de idade na ocasião – também teve suas mãos amarradas e foi pendurada em uma coluna do teto, de onde a deixaram cair bruscamente.

Ela presenciou as torturas infligidas a outros prisioneiros, principalmente quando eram pendurados: enquanto estavam suspensos no ar, os uniformizados se seguravam nas vítimas e as golpeavam. Rosa sofreu queimaduras com cal em seu rosto enquanto esteve deitada de bruços no chão. Além disso, os torturadores a ameaçavam dizendo que a cortariam com uma foice e que, se não falasse, seria entregue aos soldados para que a violassem. Como aos demais, lhe aplicaram choques elétricos nos pés e nas mãos, pelo que, disse que seria melhor que a matassem. Do quarto onde a torturaram a levaram a outro, onde um soldado lhe dizia: “Verdade, covarde, que eu não te torturei” e em seguida descarregava a corrente elétrica em seu corpo.

Depois das torturas, todas as vítimas foram levadas à prisão local, exceto as únicas mulheres presas: Rosa, Maria Salomé Guardado e uma senhora mais velha, de nome Josefina, que se negou a deixá-las sozinhas e as protegeu assegurando aos soldados que elas eram suas afilhadas e que se as violentassem, a violentariam também.

Fernando Bonilla foi detido nas mesmas circunstâncias de Rosa Rivera, mas em lugar diferente. Uma vez privado de liberdade, foi duramente agredido e recebeu uma coronhada na cabeça que lhe causou uma ferida e sangramento. O acusavam de subversivo e terrorista. Nas dependências da Guarda Nacional, amarraram suas mãos com cânhamo e lhe aplicaram a tortura do “telefone”, golpeando simultânea e repetidamente seus ouvidos com as palmas das mãos abertas. Fernando também pode ver quando outros guardas levaram detidas Rosa, Maria Salomé, Félix Castro e outras vítimas.

Ao entrar no quarto de torturas, assim como aos outros, lhe agrediram com coronhadas de fuzis e o empurraram contra a almofada de cal que estava no chão, o que lhe provocou sérias dificuldades para respirar. Também lhe davam pontapés, se puseram sobre seu corpo, puxaram seus braços para trás de suas costas, amarraram seus dedos polegares com um laço e o penduraram em um cabo suspenso no teto do local. Nestas condições, um guarda se pendurava em seu corpo fazendo ainda mais peso e pressão. Quando o baixaram, pode observar que o chão



estava molhado, e imaginou que seria suor de seu corpo. Chegou um momento em que não sentia mais dor, como se todo o seu corpo estivesse dormente.

Ao terminarem de torturá-lo, tiraram-no do centro de comando e o levaram ao cárcere, onde permaneceu por três dias. Lá seus companheiros tiveram que lhe dar comida, pois seus dedos estavam tão inflamados que não conseguia segurar nada, e outros prisioneiros não conseguiam sequer engolir a comida. Do cárcere, os homens foram levados a uma estrada para trabalhos forçados. Antes de ser liberado, ameaçaram Fernando Bonilla dizendo que, se voltassem a vê-lo, o matariam.

Em seus testemunhos, as vítimas foram concordantes quanto ao fato de que as pessoas detidas eram levadas ao último quarto do recinto onde as torturas ocorriam. O quarto carecia de janelas e tinha uma almofada cheia de cal, assim como no piso do lugar. Rosa Rivera e Fernando Bonilla foram torturados em momentos diferentes, mas no mesmo dia. As vítimas relatam que contra elas não houve julgamento nem condenação formal em sede judicial, bem como que foram mantidas sempre incomunicáveis, não havendo a presença de advogados ou assessoria legal e não recebendo atenção médica.

Neste caso, além da prova documental, colheu-se o testemunho de Rosa Rivera e de Fernando Bonilla, nas qualidades de vítimas e de testemunhas. Em parte das falas, fez-se alusão a um uniformizado de sobrenome Molina, que dizia às vítimas que ele não torturava, e, ato contínuo, lhes aplicava choques elétricos. Também houve referência ao capitão López, que lhes dizia que os mataria como ocorreu com Cristo, que foi assassinado por se meter na política. Além daqueles que nos prestaram seus testemunhos, o Tribunal também considera vítimas de torturas os outros camponeses e campesinos detidos nesta ocasião, entre eles a senhora Josefina, Maria Salomé Guardado e Félix Castro. Até o presente, as vítimas desconhecem a existência de alguma investigação judicial dos delitos denunciados.

b. José Álvarez Salazar

Em 1983, José Álvarez Salazar trabalhava na área de propaganda, inteligência e contrainteligência documental da Frente Farabundo Marti para Libertação Nacional (FMLN) e foi detido no dia 11 de outubro, junto a um companheiro, por vários civis armados que se aproximaram em, pelo menos, uma motocicleta e três automóveis. José foi agredido, posto em um dos veículos, e colocaram em sua cabeça um saco plástico com cal: logo desmaiou. Amarrado pelos pés e mãos, o levaram a um lugar localizado na região da colônia San Francisco, na cidade de San Salvador. Lá, o atiraram sobre vários corpos, mas não conseguiu distinguir se eram cadáveres. Então começaram a disparar ao seu redor, até que alguém disse: “Neste não”.

Nesse lugar, José foi posto dentro de um cubo metálico, onde urinou e defecou. Ofereceram-lhe um refrigerante “Coca-cola”, caso lhes fornecesse informações e delatasse as pessoas que estavam organizadas na FMLN. Neste dia, o calor era insuportável e, de noite, fazia muito frio, além disso, escutava-se o típico barulho de uma serraria. Deste local, sem saber precisar o tempo transcorrido, foi levado a uma sala da Polícia Nacional e o puseram em um cubículo onde permaneceu nu, dormindo no chão, amarrado pelos pés e mãos. Enquanto esteve neste local, diariamente o agrediam e torturavam.

Nestas dependências da polícia, viu uma detenta e escutou gritos de mulheres, que pareciam estar sendo violadas. Quando tentava dormir, o molhavam e penduravam. Uma policial dizia que o deixaria tocar seus seios, se delatasse seus companheiros. Frequentemente escutava músicas natalinas e de “*Os Bukis*”. Conta que o mais difícil era a tortura psicológica, quando diziam que atentariam contra a sua família. Não teve direito a assistência legal nem médica.

Da Polícia Nacional, depois da visita de um integrante do Comitê Internacional da Cruz Vermelha (CICR), foi levado ao centro penal “La Esperanza” – conhecido como Mariona – conseguindo ver, então, o rosto de um dos agentes que o agredia e que usava uma placa metálica prateada nas pontas de suas botas. Este indivíduo lhe disse: “não vá me apagar, eu fui quem melhor te tratou”. Ademais, reconheceu Miguel Castellanos como um de seus torturadores¹⁰. Na prisão recebeu a visita de sua companheira, que estava grávida, por isso decidiram – diante do perigo que corria sua segurança – que ela deveria deixar o país. Isso fez com que, até hoje, ele não conheça sua filha, que vive fora de El Salvador.

Antes da sua prisão, e enquanto era procurado pelos agentes do Estado, em 1981, o pai do José foi agredido por membros da Guarda Nacional, ficando com o fígado parcialmente destruído. Posteriormente, em uma operação militar, em fevereiro do mesmo ano, foram detidas sua mãe, Rosa Amelia Salazar de Álvarez; sua irmã, Nidia Haydee Álvarez – que estava com um ferimento à bala, obtido em uma manifestação estudantil – e sua prima Mextly, que era médica e cuidava de Nidia. Somente foi encontrada a cabeça de sua mãe e um corpo sem as extremidades, sendo desconhecido, até hoje, o paradeiro de sua irmã e prima.

Neste caso, além da prova documental, recebemos o testemunho de José Álvarez Salazar. Por sua irmã e sua prima terem sido detidas e desaparecidas, juntamente a sua mãe, que foi assassinada, o Tribunal as considera vítimas diretas dos referidos crimes. Durante o depoimento, foram responsabilizados pela prisão e pelas torturas o então diretor da Polícia Nacional, coronel Carlos Reynaldo López Nuila –

¹⁰ Miguel Castellanos, pseudônimo de Napoleón Romero. Foi membro da Comissão Política das Forças Populares de Libertação (FPL), uma das cinco organizações guerrilheiras integrantes do FMLN, e, depois da sua captura em 1985, colaborou com o governo como diretos do Centro de Estudos da Realidade Nacional (CEREN). Foi executado por um comando das FPL no dia 16 de fevereiro de 1989.



hoje vice-presidente da Junta Geral Universitária da Universidade Tecnológica de El Salvador (UTEC) – e o então ministro da Defesa Nacional, coronel Carlos Eugênio Vides Casanova. Quanto ao ocorrido com Rosa Amélia, Nidia e Mextly, José responsabiliza o coronel Francisco Helena Fuentes. Até o presente, se desconhece a existência de investigações judiciais dos delitos denunciados.

c. Vilma Gladys Vasquez, dirigente sindical

Em uma época de intensa perseguição e cerco ao mundo sindical, a senhora Vilma Vasquez foi vítima de duas capturas. A primeira em dezembro de 1988, quando fazia parte da Associação Nacional de Trabalhadores do Ministério da Agricultura e Pecuária. Na ocasião, foi detida em sua residência, localizada no Bairro Modelo de San Salvador, em 23 de dezembro, durante a noite, juntamente com o seu companheiro, Jaime Alejandro Estévez. Um contingente combinado de membros da Guarda Nacional, Polícia Nacional e do exército encurralou – à margem de qualquer procedimento legítimo e sem ordens de autoridade competente –, prendeu e levou ambos, meio a agressões e insultos, às instalações da Guarda Nacional, na Colônia Atlacatl.

Lá estando, a vítima foi mantida em isolamento, obrigada a permanecer de pé, com seus olhos vendados, sem alimentos e água e sem a possibilidade de atender às suas necessidades fisiológicas, enquanto recebia ameaças de morte contra ela e contra seus filhos. Foi tocada por um indivíduo que, segundo lhe disseram, era médico. Também sofreu agressões verbais, teve que escutar as torturas a que estava sendo submetido seu companheiro Jaime, e a disseram para colaborar com o regime. No terceiro dia, foi encaminhada ao Juizado Primeiro de Paz de San Salvador e, posteriormente, ao Centro Penal de Ilopango, ou Presídio Feminino, acusada de pertencer à FMLN. Recuperou sua liberdade depois de ficar 18 dias presa.

Na imprensa, na época, foram publicadas as fotografias de Vilma e de Jaime, já presos, com acusações de serem integrantes da FMLN e de receberem dinheiro para serem “agitadores de massas”. Também disseram que haviam sido capturados com maconha.

A segunda captura ocorreu em setembro de 1989, quando, junto a aproximadamente vinte pessoas, participava da ocupação da igreja San Francisco, em San Salvador, manifestando-se contra a repressão que sofriam os/as sindicalistas. Vilma estava no quinto mês de gestação e foi presa fora da igreja, quando já havia concluído a atividade, por agentes da Polícia da Fazenda vestidos como civis.

Foi levada a um quarto frio, despida e obrigada a vestir apenas uma camiseta e uma bermuda. Foi mantida de pé, algemada e com os olhos vendados. A ameaçavam de morte e de fazê-la abortar, dizendo que lhe tirariam o filho. Foi golpeada com socos e chutes em seu peito, rosto,

pernas e pés. Também ameaçaram de matar seus outros filhos caso não aceitasse as acusações formuladas. Depois de três dias de tortura, foi entregue a funcionários do Comitê Internacional da Cruz Vermelha e posta em liberdade.

Em nenhuma das detenções, teve direito a assistência legal e médica. A vítima referiu que, por estes fatos, perdeu seu emprego, sem ser recontratada ao final da guerra.

Neste caso, além da prova documental, recebemos o testemunho de Vilma Vasquez e, em razão das provas, ainda que não tenha havido declarações, o Tribunal também considera Jaime Alejandro Estévez como vítima. No depoimento, Vilma referiu que parte da perseguição que o casal sofreu antes da detenção foi obra da embaixada dos Estados Unidos da América, da Guarda Nacional e da Polícia da Fazenda. Até o presente, se desconhece a existência de investigações judiciais dos delitos denunciados.

3. Desaparecimento forçado

a. Lisbeth Carminda Castro Sánchez, estudante

Em 10 de fevereiro de 1982, à margem de qualquer procedimento legal e sem ordens da autoridade competente, Lisbeth Carminda Castro Sánchez foi detida por membros da Polícia Nacional. Na época dos fatos, a vítima tinha vinte e dois anos de idade, cursava a faculdade de licenciatura em psicologia e vivia com seus pais, irmãos e sua filha.

No dia anterior, Lisbeth havia saído para ir à faculdade, mas não regressou à noite. No dia 11 de fevereiro, aproximadamente às 11 horas da manhã, doze policiais levaram Lisbeth à sua casa, onde estavam seus irmãos e sua filha, ela estava com evidentes marcas de golpes em seu rosto. Os agentes revistaram toda a casa, encontraram papéis de propaganda política e, por um momento, deixaram Lisbeth segurar sua filha, dizendo para que a mimasse, já que seria a última vez que o faria. Na sequência, os policiais levaram Lisbeth à casa de sua avó, a quem disseram que haviam surpreendido a estudante com uma metralhadora "G3", o que Lisbeth negou. A casa da avó também foi invadida sem ordem judicial para tanto.

A mãe de Lisbeth a procurou em todas as corporações de segurança de San Salvador, mas a sua captura sempre foi negada. No entanto, extraoficialmente teve conhecimento de que sua filha ficou detida por seis meses na Polícia da Fazenda e por mais seis na Polícia Nacional.

Neste caso, além da prova documental, foi ouvido o testemunho de Amanda Libertad Castro, filha da vítima; de Yuri Castro, irmão; e de Yanci Gómez, sobrinha de Lisbeth. Durante os depoimentos,



aludiu-se à responsabilidade da Polícia Nacional e da Polícia da Fazenda pelos fatos. Até o presente, se desconhece a existência de investigações judiciais do delito denunciado.

4. Massacre

a. Rio Lempa, 18 de março de 1981

Desde antes da década de 1980, no distrito de Santa Marta, município de Victoria, departamento de Cabanas – zona predominantemente rural e com grande pobreza –, a população já havia se organizado para refletir sobre os ensinamentos da bíblia, sobre os sermões do bispo Oscar Arnulfo Romero e sobre os problemas sociais e as graves injustiças sofridas em El Salvador. Reuniam-se nas Comunidades Eclesiásticas de Base (CEB), que foram duramente reprimidas antes e durante a guerra.

Durante os anos de 1980 e 1981, no distrito de Santa Marta, ocorreram, de tempos em tempos, incursões militares com a desculpa de estarem procurando por guerrilheiros e por informações relativas aos mesmos. Tais incursões foram cada vez mais violentas, implicando, inclusive, no assassinato e desaparecimento forçado de civis desarmados. Por isso, diversas comunidades procuraram por maneiras de avisarem-se quando sabiam de alguma incursão, para que as pessoas pudessem fugir para evitar a repressão estatal.

Assim, no dia 16 de março de 1981 – depois do alerta de que o Destacamento Militar 2 iniciaria uma operação com a prática da estratégia da “tierra arrasada” – uma população de aproximadamente setecentas pessoas decidiu fugir de Santa Marta. Importante referir que os milhares de soldados que participaram da incursão governamental eram comandados pelo coronel Sigifredo Ochoa Pérez, militar que hoje é deputado em El Salvador.

No dia seguinte, a comunidade de Santa Marta se concentrou no distrito de Peña Blanca, juntamente com outra população que se deslocava fugindo do exército do governo. Segundo o que estimam os sobreviventes, o número de pessoas neste local somava cerca de oito mil. Todos, sem pararem para descansar ou comer, subiram até as margens do Rio Lempa, fronteira natural com Honduras, na manhã de 18 de março, e se prepararam para atravessá-lo. No entanto, pelas 11 horas da manhã, os militares salvadorenhos, utilizando-se de um helicóptero e de vários aviões, metralharam a população civil desarmada, o que causou muitas mortes e ferimentos. Muitas pessoas que não sabiam nadar se jogaram no rio. Uma testemunha conta que cerca de quatrocentas pessoas se afogaram.

A este ato criminoso soma-se a abertura dolosa das comportas da represa da central hidroelétrica “15 de Setembro”, o que fez com que o nível do rio aumentasse.

Ou seja, os soldados massacraram civis – homens, mulheres, meninos, meninas, idosos e idosas – sem encontrar nenhum tipo de resistência. Aqueles que conseguiram atravessar o rio foram recebidos com tiros e assassinados pelos militares hondurenhos, que apoiavam seus colegas salvadorenhos. Foi tanta a barbárie, em ambas as margens do rio, que algumas mães desesperadas tiveram que afogar seus filhos, para não serem localizados pelas tropas.

No dia 21 de março, aproximadamente, as vítimas sobreviventes terminaram de cruzar o rio. Neste esforço, faleceu José Bonilla e outros que ajudavam as pessoas a chegarem a Honduras para salvarem suas vidas. Em sua maioria, a população deslocada se estabeleceu na fazenda Los Hernández e, em seguida, em La Virtud, onde militares hondurenhos os cercaram e delimitaram uma zona para seus movimentos, prendendo, torturando, assassinando ou desaparecendo com aqueles que eram surpreendidos fora da delimitação. Às vezes também os militares hondurenhos ingressavam na zona junto com salvadorenhos fardados.

Devido às condições de vida impostas em La Virtud, muitos refugiados morreram por epidemias e falta de atendimento médico. No começo de 1982, se deslocaram para o acampamento denominado “Mesa Grande” (localizado em San Marcos, Honduras, a 45 quilômetros da fronteira El Poy, com El Salvador), sob a proteção do Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados (ACNUR). Neste lugar, o exército hondurenho também reprimiu a população salvadorenha, assim como o exército salvadorenho, como ocorreu no caso de um jovem campesino assassinado¹¹.

No final de 1986, estimava-se existirem mais de onze mil refugiados na zona de Honduras. Somente a partir de outubro de 1987, depois das negociações entre o ACNUR e o governo salvadorenho, as pessoas começaram a voltar a El Salvador. Em Honduras, foram ajudadas pela população civil local, pela Igreja Luterana, por diversas organizações sociais, pelo ACNUR, por sacerdotes, igrejas locais, entre outros.

Neste caso, além da prova documental, foram ouvidos os testemunhos de Maria Digna Recinos Alemán, Dolores Bonilla e Gerardo Leiva Recinos, vítimas sobreviventes. Foram responsabilizados pelos fatos o coronel Sigifredo Ochoa Pérez e outros militares, salvadorenhos e hondurenhos. Além disso, afirmou-se que o bispo Luis Barahona, de Honduras, se negou a ajudar a população salvadorenha refugiada alegando que “não apoiaria comunistas”. As vítimas sobreviventes solicitaram que o coronel Ochoa Pérez peça perdão pelo que fez. Até o presente, se desconhece a existência de investigações judiciais dos fatos denunciados.

11 José María Hernández, morto a pedradas por militares salvadorenhos enquanto colhia verduras.



VI. Informe pericial

Antes da deliberação do Tribunal, foi ouvido o perito em psicologia, Raúl Ernesto Ayala Palencia, que expôs algumas das consequências da violência do conflito para as vítimas de graves violações de direitos humanos. O trabalho foi desenvolvido com base nas informações prestadas pelas vítimas ou por seus familiares em seus testemunhos perante a equipe de advogadas e advogados do Instituto de Direitos Humanos da Universidade Centroamericana José Simeón Cañas (IDHUCA). Na sequência, expõe-se uma síntese de seu parecer.

As vítimas do conflito armado foram expostas, de diferentes formas, à morte, o que lhes gerou um medo intenso, ao qual o corpo responde com tremores musculares, sudorese, aceleração e intensificação do ritmo cardíaco, entre outras manifestações. O medo prepara o corpo para fugir ou responder agressivamente, inibindo as partes do cérebro encarregadas pela linguagem (lobo temporal e lobo frontal, que é a parte encarregada pelo pensamento abstrato, pelo planejamento de movimentos e pela noção de espaço).

Portanto, no momento em que ocorre um trauma emocional, a vítima não consegue raciocinar adequadamente. Em alguns casos, o medo intenso e irracional a paralisa parcialmente, e, em outros, a sua intensidade é tanta que as vítimas não conseguem controlá-lo. Estes casos são conhecidos como ataques de pânico.

As vítimas também experimentam as sensações e visualizam, em suas mentes, os fatos ocorridos, ainda que estejam acordadas. Estas lembranças tendem a desestabilizar e, muitas vezes, até imobilizar as pessoas. Há casos nos quais as vítimas demonstram irritabilidade e alterações de humor – que são reações características de situações nas quais as pessoas se percebem incomodadas ou inseguras – o que pode gerar episódios de raiva ou ataques de ira, que não são necessariamente violentos, mas que, em alguns casos, são verbalizados.

Muitas vítimas sobreviventes apresentam manifestações psicossomáticas, ocorrendo em um percentual importante os mesmos comportamentos de condutas paranóides: evitando o contato e a aproximação física com outras pessoas. Ou seja, frequentemente estas vítimas buscam o isolamento, desenvolvem apatia pelas pessoas e se sentem incomodadas em lugares públicos, sobretudo nos desconhecidos.

Hoje é possível afirmar que a forma de atuar das corporações repressivas buscava a ruptura da identificação entre os indivíduos, a desorganização subjetiva e a ruptura também da dinâmica social, isolando as pessoas e criando desconfianças por meio do temor e dos rumores, para que o tecido social fosse se destruindo. Tudo isso com o intuito de facilitar a operação de ideias

que beneficiassem o aparato repressor, ao invés de uma consciência de grupo favorável ao progresso comum.

A identidade salvadorenha tem se baseado mais na violência e no exercício do poder mercantil; conseqüentemente, na desigualdade. Isso acabou por tornar natural e instaurar a violência como ferramenta para resolver qualquer conflito, bem como o poder – que se pode conseguir e exercer em troca de benefícios individuais ou de minorias e que promove a corrupção, desumaniza o indivíduo, insensibiliza a comunidade ante os problemas sociais e contribui para a coisificação das pessoas. Por consequência, deixou-se de lado a promoção da paz e a convivência, que poderiam ajudar a população a recuperar a confiança e a segurança em todos os espaços e territórios, assim como entre seus habitantes.

O impacto dos períodos prolongados de violência em El Salvador tem afetado a sociedade, que buscou e busca, por si mesma, alternativas – como a migração – e que vive e se desenvolve em um estado de alerta, com uma sensação de insegurança constante. Este contexto psicossocial agrava carências básicas, consegue uma divisão de interesses e mantém a população muito longe de ver realizadas suas exigências históricas de desenvolvimento como emprego, alimentação, saúde, educação, moradia, independência econômica, social e cultural, democracia e políticas equitativas, liberdade de pensamento e convivência social.

Neste contexto, o impacto da impunidade traz consigo a frustração e a falta de credibilidade em um sistema de justiça que – tendo transcorrido mais de vinte e um anos do fim da guerra – não consegue esclarecer os crimes ocorridos antes e durante o conflito, nem sancionar os seus responsáveis, se esquivando, assim, o Estado de suas obrigações quanto à reparação integral – moral e material – das vítimas. Ademais, os procedimentos judiciais atuais obstaculizam a busca e a conquista da referida reparação por vias legais, levando as pessoas a abandonarem os processos por falta de uma atuação judicial diligente ou a buscarem meios alternativos de reparação dos danos sofridos.

Finalmente, uma das conseqüências mais palpáveis e condenáveis da repressão, da violência política e do enfrentamento armado desde a década de 1970, é a frustração dos projetos de vida de centenas de milhares de vítimas, que estavam focadas em buscar um melhor sustento alimentício, oportunidades de estudo ou de trabalho, recursos econômicos e sociais mais favoráveis e adequados. Ao interromper os projetos individuais e familiares, também foram impactados projetos comunitários que buscavam o desenvolvimento local e o benefício social, muitos dos quais não foram retomados completamente devido à falta de organização e às dificuldades legais que caracterizam os procedimentos burocráticos.



Principais conclusões:

- Há sequelas psicológicas de relevância a nível individual e coletivo: trauma social ou cultural;
- Instaura-se a violência na convivência como ferramenta para “solucionar” conflitos;
- Perda de raízes culturais e fragmentação do tecido social;
- As repercussões da guerra se evidenciam em nível nacional, econômico, político e em coexistência com o abuso de poder;
- O Estado salvadorenho é culpável, por ação e omissão, pelo bloqueio do resgate e da difusão da memória histórica do período de guerra civil.

Recomendações:

- Enfatizar a situação das vítimas da guerra civil como prioridade, impulsionando políticas de saúde mental com atenção para os danos psicológicos, a perturbação da dinâmica social e a importância histórica da memória do conflito;
- Exigir do Estado o cumprimento de sua obrigação de zelar para que seja garantida a estabilidade do emprego ou o pagamento de pensão a esta população, ajustada às suas condições e capacidades, para contribuir com a reconstrução da identidade das vítimas;
- Apoiar processos que exijam a derrogação da chamada Lei de Anistia Geral para a Consolidação da Paz, que fortaleceu a impunidade que afeta as vítimas sobreviventes de antes e de durante o conflito armado, bem como a população salvadorenha em geral;
- Atender às consequências psicossociais já identificadas entre a população vítima de violações de direitos humanos com tratamentos terapêuticos. Entre as referidas consequências, se encontram o luto mal-elaborado, o estresse pós-traumático, as doenças psicossomáticas, a condição da infância órfã e desaparecida, o dano à segunda geração e a impunidade;
- Promover a participação ativa e multidisciplinar de setores interessados em apoiar a luta das vítimas e combater a impunidade, para favorecer a abordagem integral dos problemas expostos;
- Apoiar processos de acompanhamento psicológico para as vítimas, familiares e comunidades, promovendo tanto sua saúde como sua estabilidade emocional e psíquica, com o objetivo de avançar na reestruturação social.

VII. Considerações de Direito

Este Tribunal reafirma todas as considerações jurídicas de suas sentenças anteriores e proclama, novamente, o dever do Estado salvadorenho de proteger e garantir os direitos humanos, dever este derivado de sua obrigação de investigar, julgar e sancionar os culpados, bem como a sua obrigação de reparar integralmente as vítimas¹². Estas obrigações foram declaradas diretamente pela Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) na recente sentença sobre o caso de “El Mozote y lugares aledaños”, de outubro de 2012. A referida sentença condena, de maneira peremptória e inequívoca, o Estado salvadorenho:

“(...) investigar de forma efetiva todos os fatos dos massacres, incluindo, além das execuções extrajudiciais, outras possíveis graves afetações à integridade pessoal, e, em particular, os atos de tortura e as violações sexuais contra as mulheres, assim como os deslocamentos forçados. Para isso, o Estado deve:

abster-se de recorrer a figuras como a anistia em benefício dos autores, assim como qualquer outra disposição análoga, a prescrição, irretroatividade da lei penal, coisa julgada, ne bis in idem¹³ ou qualquer instituto similar que exima de responsabilidade para escusar-se desta obrigação¹⁴...”

As ditas obrigações derivam da responsabilidade internacional do Estado salvadorenho, que tem como origem a violação de normas do Direito Internacional dos Direitos Humanos ou do Direito Internacional Humanitário. Normas que, ademais, foram assumidas internamente e, por conseguinte, não admitem que o direito nacional as iniba¹⁵. Muitos dos fatos ouvidos por este Tribunal ocorreram entre 1980 e 1992, ou seja, durante a guerra civil. Neste período, aplicava-se tanto a normativa de Direito Internacional de Direitos Humanos como a do Direito Internacional Humanitário¹⁶.

Quanto às normas de direitos humanos, El Salvador estava e está obrigado a respeitar e garantir o respeito dos direitos referidos na Convenção Interamericana de Direitos Humanos, inclusive

¹² O significado jurídico do termo “reparação integral” e sua amplitude são abordados nesta sentença. Também se pode ver a Resolução 60/147 da Assembleia Geral das Nações Unidas, de 16 de dezembro de 2005, que estabelece princípios e diretrizes essenciais sobre os direitos essenciais das vítimas de violações manifestas das normas de direito internacional dos direitos humanos e de violações graves de direito internacional humanitário.

¹³ Este princípio é a garantia para que ninguém seja julgado duas vezes pelo mesmo delito.

¹⁴ Sobre a aplicação concomitante das regras de direito internacional dos direitos humanos e as de direito internacional humanitário durante conflitos armados, ver: United Nations Human Rights, Office of the High Commissioner, International Legal Protection of Human Rights in Armed Conflict, New York, 2011.

¹⁵ Artigo 27 da Convenção de Viena sobre o direito dos tratados, de 23 de maio de 1969.

¹⁶ Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) caso *Masacres de El Mozote y Lugares Aledaños vs. El Salvador*, Sentença de 25 de outubro de 2012, considerando 319.



com a interpretação restringida, desde 6 de junho de 1978, assim como contemplados pelo Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos de 30 de novembro de 1979. Ambos tratados proíbem as execuções extrajudiciais, as desaparecimentos forçados, a tortura e a detenção arbitrária em situações de paz e de guerra. Essas proibições implicam tanto em que o Estado se abstenha de violar os direitos à vida, à integridade pessoal e à liberdade individual, como também que o mesmo deve adotar medidas para que estes direitos sejam respeitados: investigando e sancionando aqueles que são responsáveis por sua violação.

Em relação à normativa de direito internacional humanitário que obriga El Salvador, é possível considerar o artigo 3º comum aos quatro Convênios de Genebra de 1949 – vigentes no país desde 1950¹⁷ – e seus protocolos adicionais. O referido artigo, considerado costume internacional e verdadeira mini-convenção, assinala algumas normas humanitárias fundamentais aplicáveis aos conflitos armados não internacionais¹⁸, com ou sem guerra declarada, e estabelece que estão e ficam proibidos – em qualquer tempo e lugar –, com relação às pessoas que não participem diretamente nas hostilidades, inclusive os que estão fora de combate por doenças, feridas, capturas ou outros motivos:

- Os atentados contra a vida e a integridade corporal, especialmente o homicídio em todas as suas formas, as mutilações, os tratamentos cruéis, torturas e suplícios;

- A tomada de reféns;

- Os atentados contra a dignidade pessoal, especialmente os tratamentos humilhantes e degradantes;

- As condenações decretadas e as execuções sem prévio juízo perante um tribunal legitimamente constituído que observe as garantias judiciais reconhecidas como indispensáveis pelos povos civilizados.

A omissão estatal no cumprimento desta obrigação é o que constitui sua responsabilidade internacional. Também são considerados crimes internacionais e, portanto, fatos que devem ser devidamente investigados e julgados pelo Estado, as violações das regras do Protocolo Adicional II, vigente no território salvadorenho desde dezembro de 1978¹⁹, relativas à população civil: destruição de suas propriedades, violência sexual e realização de ataques indiscriminados.

17 Ver <http://www.icrc.org/ihl.nsf/Pays?ReadForm&c=SV>

18 Ver artigo 2º, inciso primeiro e segundo do IV Convênio de Genebra relativo à proteção devida aos civis em tempo de guerra.

19 Ver <http://www.icrc.org/ihl.nsf/Pays?ReadForm&c=SV>

As violações destas regras constituem crimes internacionais e exigem que o Estado investigue e estabeleça a responsabilidade penal individual de seus autores²⁰, conforme previsto nas normas do direito internacional dos direitos humanos e do direito internacional humanitário como forma para garantir a sua aplicação.

Mas, ainda mais importante para a atuação deste Tribunal, é o fato de que essas obrigações são ferramentas úteis para fazer valer o direito das vítimas a reivindicar como tais a verdade e a justiça. Também são essenciais para impedir a repetição destes crimes e futuros processos de vitimização. Ditas obrigações complementam a obrigação estatal de reparar os danos sofridos pelas vítimas.

As obrigações do Estado salvadorenho pela violação da normativa de direito internacional dos direitos humanos e do direito internacional humanitário, ocorridas antes e durante o conflito armado são, portanto, inequívocas. A guerra interna nunca foi aceita oficialmente, mas se considera que iniciou-se em 10 de janeiro de 1981 e terminou em 16 de janeiro de 1992. No entanto, o país viveu e sofreu com um ambiente político e social tenso durante a década de 1960²¹ e, principalmente, durante a década seguinte, com repressão estatal e violência política que foram aumentando, com o passar do tempo, até desembocar no enfrentamento bélico.

O acontecido, principalmente entre 1972²² e 1980, não integrou o período de conflito armado interno. Isso não significa que nos casos de tortura ocorridos em 1976, em prejuízo de Rosa Rivera Rivera e Fernando Bonilla, não exista responsabilidade estatal. Tampouco a não ratificação dos tratados internacionais de direitos humanos mencionados impede que se impute a responsabilidade por estes fatos ao Estado salvadorenho.

Com relação à prática de tortura, que afetou direta e indiretamente a dezenas de milhares de pessoas, a normativa de direito internacional é clara quanto à caracterização da mesma como um crime contra a humanidade. Tal classificação está estabelecida no artigo 6º do Estatuto do Tribunal de Nuremberg²³. Desde então, sua proibição "*tem se convertido em um dos princípios*

20 Ver http://www.icrc.org/customary-ihl/eng/docs/v1_cha_chapter44_rule158

21 González, Luis Armando. *1970-1992: dos décadas de violencia sociopolítica en El Salvador*, Revista Estudios Centroamericanos (ECA), outubro de 1997, Año LII, Universidad Centroamericana "José Simeón Cañas", San Salvador, p. 993 a 999..

22 Em 20 de fevereiro de 1972, realizou-se uma descomunal fraude eleitoral para impor o coronel Arturo Armando Molina como presidente da República. A este fato se seguiu um golpe de Estado frustrado, depois do qual cresceu a perseguição e a repressão contra a oposição política; apesar disto, os incipientes grupos guerrilheiros foram aumentando sua militância e capacidade operativa.

23 As Resoluções nº 3 e 95 (I), respectivamente de 3 de fevereiro e 11 de dezembro de 1946, confirmaram "os princípios de direito internacional reconhecidos pelo Estatuto do Tribunal de Nuremberg e pelo juízo deste tribunal". A consagração positiva do conceito de *ius cogens* foi cristalizada na Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, de 1969, cujo artigo 53 dispõe que "uma norma imperativa de



da comunidade internacional, alcançando a categoria de *ius cogens*, o que a dota de uma classe hierárquica superior, não podendo ser derogada por tratados ou costumes internacionais.”²⁴ A proibição de tortura é, portanto, imperativa e inderrogável: obriga, pois, a todos os Estados, comunidades e indivíduos, sem exceção.

“As autoridades são os responsáveis por investigar plenamente as denúncias de tortura e qualquer situação na qual haja motivo razoável para acreditar que se tenha cometido um ato de tortura, ainda que a vítima não o tenha denunciado explicitamente. O fato de não cumprirem com esta responsabilidade, nem atuarem de acordo com as conclusões da investigação, constitui uma violação de disposições concretas do Direito Internacional.”²⁵

Esta é a posição dos tribunais regionais de direitos humanos. Devido à submissão do Estado salvadorenho ao sistema regional de proteção dos direitos humanos, dentro da Organização dos Estados Americanos, a jurisprudência da Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) é particularmente relevante. Assim, por exemplo, em 2006, a Corte Interamericana assinalou enfaticamente que “*existe um regime jurídico internacional de proibição absoluta de todas as formas de tortura, tanto física como psicológica, regime que pertence hoje em dia ao domínio do ius cogens. A proibição da tortura é completa e inderrogável, ainda que nas circunstâncias mais difíceis, como a guerra, ameaça de guerra, emergência, comoção ou conflito interior, suspensão de garantias constitucionais, instabilidade política interna ou outras emergências ou calamidades públicas.*”²⁶

Em 2005, a Corte Interamericana de Direitos Humanos teve a oportunidade de reiterar esta afirmação ao indicar expressamente que “*existe uma proibição universal da tortura e de outros tratamentos ou penas cruéis, inumanas ou degradantes que violem normas peremptórias de direito internacional (ius cogens)*”²⁷

direito internacional geral é uma norma aceita e reconhecida pela comunidade internacional de Estados, em seu conjunto, como norma que não admite acordo em contrário e que somente pode ser modificada por uma norma ulterior de direito internacional geral que tenha o mesmo caráter”.

24 Tribunal Penal Internacional para a Ex-Iugoslávia (Case N° IT-95-17/1, Judgement, 10-XII-1998), considerando 153. Sobre o caráter de *ius cogens* da proibição da tortura. Ver também The General Comment No. 24 on “Issues relating to reservations made upon ratification or accession to the Covenant [on Civil and Political Rights] or the Optional Protocol thereto, or in relation to declarations under Article 41 of the Covenant”, issued on 4 Nov. 1994 by the United Nations Human Rights Committee, par. 10 («the prohibition of torture has the status of a peremptory norm»). Em 1986, o Relator Especial das Nações Unidas, P. Kooijmans, em seu informe à Comissão de Direitos Humanos, havia adotado um ponto de vista similar ao do Comitê de Direitos Humanos. Vide. Doc. E/CN. 4/1986/15, p. 1, par 3, Commission on Human Rights - Joint report on Guantanamo Bay detainees, E/CN.4/2006/120, par. 43, p. 21.

25 Solomon, Joel. Abuso y desamparo: Tortura, Desaparición Forzada y Ejecución Extrajudicial en México, Human Rights Watch, Nova York, 1999. p. 61 e 62.

26 CIDH, caso *Tibi vs. Ecuador*, Sentença de 7 de setembro de 2004, considerando 143.

27 CIDH, caso *Fermín Ramírez vs. Guatemala*, Sentença de 20 de junho de 2005, considerando 117.

Nos testemunhos escutados por este Tribunal, também se faz menção à participação do Estado hondurenho no massacre do Rio Lempa e nos fatos posteriores, inclusive ao tratamento dispensado à população salvadorenha refugiada naquele território. Honduras, assim como El Salvador, ratificou a Convenção Americana de Direitos Humanos. Em seu caso, este instrumento regional se encontrava vigente e proibindo, desde maio de 1977, a violação dos direitos à vida e à integridade física. É importante salientar que a Convenção Americana de Direitos Humanos, como os demais tratados, humaniza a matéria, não fazendo distinção entre pessoas nascidas ou não em um país.

Neste sentido, o Estado hondurenho tinha, na época, e tem, na atualidade, a obrigação de garantir os direitos à vida e à integridade física – sem distinção – daqueles que habitam seu território. Perante a violação destes direitos, como ocorreu no massacre do Rio Lempa, quando militares hondurenhos assassinaram pessoas que estavam fugindo de El Salvador – surge o dever de investigar, julgar e sancionar os culpados por estes crimes, bem como o de reparar as vítimas. A responsabilidade do Estado hondurenho se deve, portanto, à sua omissão frente a estas obrigações, mas também por seus atos diretos de violação de direitos humanos, que, considerando as circunstâncias em que se deram os fatos e a população afetada, permite classificar suas ações diretas como crimes contra a humanidade.

VIII. Pedidos das vítimas

O Tribunal solicitou que, em nome de cada uma das vítimas que prestaram declarações nas sessões celebradas, fosse feita uma representação expondo seus pedidos, que são os seguintes:

- Que seja derogada a Lei de Anistia Geral para a Consolidação da Paz, aprovada em 20 de março de 1993;
- Que o Estado investigue e esclareça os delitos contra a humanidade e crimes de guerra ocorridos, estabelecendo a verdade e sancionando os culpados;
- Que o Estado impulse as ações necessárias para concretizar e elaborar uma lei de reparação integral às vítimas;
- Que o Estado proveja apoio médico e psicológico para as vítimas e suas famílias;
- Que o Estado – principalmente o Ministério da Educação – inclua no currículo educativo a história recente de El Salvador, sobretudo a história da guerra, da repressão e da violência política anterior, juntamente com as causas que as originaram;



- Que o Estado desenvolva políticas de reinserção no mercado de trabalho para as vítimas, garantindo oportunidades de trabalho digno para as pessoas que não conseguiram se preparar devido ao que sofreram antes e durante o conflito armado, bem como para suas filhas, filhos, netas e netos;
- Que se declare patrimônio cultural os locais onde ocorreram massacres e, desta forma, garanta-se a sua proteção;
- Que seja feita justiça pelos seis sacerdotes jesuítas executados no dia 16 de novembro de 1989 e pelos seus trabalhos. Igualmente, que se investigue a história de outras vítimas do setor religioso, incluindo catequistas, antes e durante o conflito armado;
- Que a Igreja Católica reconheça seus erros e peça perdão publicamente;
- Que o partido Aliança Republicana Nacionalista (ARENA) tire de seu hino a frase: “El Salvador será a tumba onde os vermelhos terminarão.”;
- Que a juventude salvadorenha seja atendida pelo Estado, para evitar que volte a ocorrer uma guerra;
- Que se planejem e impulsionem iniciativas que incorporem a juventude na luta contra a impunidade;
- Que os culpados peçam perdão.

IX. Decisão e sentença

Considerando o exposto, este Tribunal acorda em:

- Declarar o Estado salvadorenho responsável pelas execuções extrajudiciais de Teresa Alvarenga, Adelaida Alemán e seu filho não nascido, morto com oito meses de gestação, Angelita Recinos Alemán, Pedro Andrade, Bonifacio Hernández, Coronado Hernández, Pedro Jovel, Francisco Leiva, Enemecio Recinos, Fidencio Velasco e Rafael Palacios.
- Declarar o Estado salvadorenho responsável pela ilegítima privação de liberdade e torturas, cujas consequências até hoje são sentidas por Rosa Rivera, Vilma Vasquez, Fernando Bonilla e José Álvarez;
- Declarar o Estado salvadorenho responsável pelo desaparecimento forçado de Lisbeth Carminda Castro Sánchez;

- Declarar o Estado salvadorenho responsável pelo massacre do Rio Lempa, realizado em 18 de março de 1981, em prejuízo da população civil de Santa Marta e de arredores, no município de Victoria, departamento de Cabanas, assim como pelas consequências que sofreram os seus sobreviventes;
- Declarar o Estado hondurenho responsável por ter apoiado o Estado salvadorenho no massacre do Rio Lempa, assim como pelas violações de direitos humanos perpetradas contra a população salvadorenha que buscou refúgio em seu território devido ao conflito armado de El Salvador;
- Declarar o Estado salvadorenho responsável também pela violação dos direitos à associação, à liberdade sindical, à crença religiosa e outros direitos fundamentais, antes e durante a guerra;
- Declarar o Estado salvadorenho responsável por descumprir obrigações e compromissos em matéria de direitos humanos estabelecidos nos acordos de paz e pela Comissão da Verdade;
- Declarar o direito das vítimas falecidas e desaparecidas, das vítimas sobreviventes, dos núcleos familiares e dos seus descendentes a uma reparação e restauração moral, psicológica, médica e material por parte do Estado de El Salvador.

Por isso, este Tribunal, à luz do direito nacional e internacional – especialmente com base nos princípios abordados e consagrados na Declaração Universal dos Direitos Humanos, normas básicas de humanidade e justiça – EXIGE E RECOMENDA:

- Que a Procuradoria Geral da República de El Salvador – em se tratando de delitos de caráter internacional, imprescritíveis e não suscetíveis de anistia – investigue imediatamente todas e cada uma das denúncias já apresentadas, bem como os casos expostos neste Tribunal, valendo-se das provas oferecidas e das demais que se produzam, com o preciso objetivo de julgar e sancionar adequadamente todos os responsáveis de tão execráveis crimes;
- Relacionado ao recém-exposto, em razão de que a legislação internacional proíbe a autoanistia e a aplicação da lei de prescrição para estes crimes, que se declare inconstitucional toda norma interna que impeça a investigação e a aplicação de sanções pelos mesmos;
- Que o Estado salvadorenho reconheça e repare integralmente a cada uma das vítimas diretas e indiretas pelo dano físico, psíquico, material e moral sofrido antes e durante a guerra, também pela interrupção de seus projetos de vida;
- Que, através dos organismos estatais e demais entidades pertinentes, sejam impulsionadas atividades de reparação de ordem familiar e comunitária, reconhecendo o impacto que as



violações de direitos humanos ocorridas produzem em todas as dimensões da vida das vítimas e da convivência na sociedade salvadorenha;

- Que se procurem pelas pessoas vítimas de desaparecimentos forçados antes e durante a guerra, e sejam identificados os corpos daquelas que tenham sido executadas, para que sejam sepultadas dignamente;

- Que o Estado salvadorenho, com a participação de organismos nacionais e internacionais de direitos humanos, crie e ative, com brevidade, uma comissão, ou outro organismo adequado, de caráter permanente, que – abarcando todo o território nacional – realize um novo censo que permita identificar a totalidade das vítimas de antes e de durante a guerra, incluindo os casos de execuções extrajudiciais, desaparecimentos forçados, crianças desaparecidas, torturas, detenções ilegais e violações sexuais realizadas por militares, policiais, grupos paramilitares e organismos de inteligência e segurança;

- Que o Estado salvadorenho cumpra com os compromissos assumidos perante seu povo e perante a comunidade internacional em matéria de direitos humanos, destacando, entre estes, a retirada imediata do nome de Domingo Monterrosa da Terceira Brigada de Infantaria, com sede na cidade de San Miguel, como também os nomes de outros vitimários de qualquer instituição, rua ou outro local;

- Que o Estado salvadorenho cumpra integralmente todas as recomendações emitidas pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos e as sentenças da Corte Interamericana de Direitos Humanos, destacando, entre elas, o caso do massacre de El Mozote;

- Que o Estado salvadorenho cumpra fielmente os compromissos e as recomendações contidas nos acordos de paz²⁸ e no informe da Comissão da Verdade²⁹;

- Que o Estado salvadorenho faça conhecer o Programa Nacional de Reparação para as Vítimas de Violações de Direitos Humanos no Conflito Armado, a fim de executá-lo no mais curto prazo possível. Isso de acordo com a Resolução 60/147 da Assembleia Geral das Nações Unidas de 16 de dezembro de 2005, que estabelece princípios e diretrizes básicas sobre o direito das vítimas de graves violações das normas de direito internacional dos direitos humanos e do direito

28 No capítulo 1º, numeral 5, denominado “Superación de la impunidad” é reconhecida a necessidade de esclarecer e superar todo sinal de impunidade de oficiais da Força Armada, especialmente nos casos em que esteja comprometido o respeito aos direitos humanos, devendo seus autores serem objetos da atuação exemplar dos tribunais de justiça a fim de aplicar-lhes as sanções contempladas pela lei. Na declaração, enfatiza-se a necessidade de respeitar escrupulosamente e executar de boa-fé todos os compromissos assumidos no Acordo de Chapultepec e nos demais pertinentes.

29 Ver Betancur, Belisario, et. Al., op. Cit. No informe da Comissão da Verdade se estabelece a necessidade de verdade de justiça, assim como o direito aplicável. (páginas 2, 9, 10, 11, 12 e 13), são estabelecidas as inabilitações públicas dos responsáveis ou participantes de violações de direitos humanos (página 193), a força e obrigação que geram para El Salvador as resoluções da CIDH (página 195) e a reparação material e moral para as vítimas (páginas 196 e 197).

internacional humanitário, considerando suas múltiplas dimensões de restituição, indenização, reabilitação, satisfação e dignificação, além de reivindicar a necessidade de estabelecer espaços públicos de reparação popular, garantindo a não repetição dos feitos;

- Que o Estado salvadorenho impulse as medidas estabelecidas por este Tribunal nesta sentença e nas quatro que a antecederam, a fim de garantir a restauração para todas as vítimas que compareceram perante o mesmo;

- Que a Igreja Católica investigue os danos que pode ter causado a seus pastores, catequistas e fiéis e a atitude passiva e complacente que parte da cúria demonstrou antes e durante a guerra;

- Que os diferentes credos religiosos do país examinem seu papel, inclusive sua eventual passividade, frente aos crimes cometidos antes e durante a guerra;

- Que se investigue o papel do judiciário na violação dos direitos das vítimas, tanto por ação quanto por omissão de seus integrantes;

- Que se estabeleça um sistema que permita reincorporar a seus antigos postos de trabalho, principalmente dentro da administração pública, aqueles que perderam seus empregos em função de perseguição política;

- Que o Estado hondurenho reconheça a sua responsabilidade de antes e durante a guerra em El Salvador, assim como outros Estados, e cumpra suas obrigações em matéria de direitos humanos para com as vítimas salvadorenhas deslocadas ou refugiadas, mediante a investigação dos feitos criminais referidos, a sanção de seus responsáveis e a reparação integral daqueles que os sofreram;

- Que se reconheça o impacto da repressão e da guerra nas mulheres que, com sua força e sensibilidade, lutaram e lutam pela verdade, justiça e reparação integral para as vítimas em El Salvador.

Este Tribunal se compromete a:

- Continuar sendo um espaço onde as vítimas que queiram falar e ser escutadas possam assim ser, com respeito e admiração por parte de seus integrantes;

- Seguir somando apoios de organizações sociais salvadorenhas e da comunidade internacional para realizar a reivindicação plena do direito das vítimas à verdade, à justiça e à reparação integral;

- Contribuir, na medida de suas possibilidades, para gerar um espaço no qual os agentes do



Estado que violaram os direitos humanos, assumindo suas responsabilidades e com sincero arrependimento, contribuam com o esclarecimento da verdade, peçam perdão às vítimas e participem no seu processo de reparação; o que também é um ato de restauração para o vitimário.

- Colaborar com as autoridades estatais na proteção às vítimas e promoção de seus direitos, para que possam dar seguimento a seus projetos de vida;

- Realizar os esforços possíveis e necessários para criar uma rede interamericana contra a impunidade;

- Insistir e contribuir com os esforços para que os casos denunciados e os demais sejam conhecidos, investigados e sancionados pela justiça salvadorenha ou por tribunais internacionais.

Por último e intencionalmente – para que ninguém esqueça seu papel e a nossa admiração – este Tribunal consigna, reconhece e agradece à Rede de Comitês de Vítimas, aos Comitês Locais de Vítimas e, especialmente, pelo trabalho do pessoal do IDHUCA, gestor e promotor deste esforço – junto a tantas pessoas e instituições mais, às quais pedimos desculpas por não mencioná-las – e participante da luta pela vigência dos direitos humanos em El Salvador e, conseqüentemente, na nossa querida, sofrida e cheia de esperanças América indígena, morena, mulata, negra, branca e multicultural.

As vítimas, a rede de comitês de vítimas de violações de direitos humanos, o IDHUCA, a solidariedade, a dor, o sorriso dos de sempre, os sem nome, os dignos e valorosos, os que aqui já não estão, e que apontam a indignidade e covardia dos criminosos, têm permitido que nos aproximemos e que esta sentença nos una por um sonho e um dever compartilhado: a justiça e o respeito pelas pessoas e sua dignidade. Isto, nós agradecemos de coração.

“Dou graças a Deus por poder viver para contar.”

María Digna Alemán Recinos

(Sobrevivente de Santa Marta, Victoria, Cabañas. Testemunha ante o V Tribunal Internacional para Aplicação de Justiça Restaurativa em El Salvador)



EXPOSIÇÃO REPARAÇÃO: MEMORIAL DA DEMOCRACIA DE PERNAMBUCO, EM RECIFE, FEVEREIRO DE 2013.

FONTE: ACERVO DA COMISSÃO DE ANISTIA.





REPÚBLICA ARGENTINA

C. 568. XLIV.

C. 594. XLIV.

RECURSO

Carranza Latrubesse, Gustavo contra Estado Nacional – Ministério das Relações Exteriores, Província de Chubut.¹

CORTE SUPREMA DE JUSTIÇA DA NAÇÃO

Ano de seu Sesquicentenário

Buenos Aires, 6 de agosto de 2013.

Vistos dos autos: ‘Recursos feitos pelo demandante do caso ‘Carranza Latrubesse, Gustavo c/ Estado Nacional – Ministério das Relações Exteriores – Província de Chubut e pelo Ministério das Relações Exteriores, Comércio Internacional e Culto no processo C. 594. XLIV ‘Carranza Latrubesse, Gustavo contra o Estado Nacional – Ministério das Relações Exteriores – província de Chubut’” para decidir sobre sua origem.

Considerando:

1º) que o senhor Dr. Gustavo Carranza Latrubesse foi removido de seu cargo de juiz de primeira instância da província de Chubut (na qual foi designado em 1971 – mediante um decreto expedido pelo poder Executivo da Província em 17 de junho de 1976. Depois desse período – sustenta – promoveu em junho de 1984, no Superior Tribunal da Província uma ação contenciosa administrativa de jurisdição plena, em que pede a nulidade da medida e reparação de danos e prejuízos material e moral que esta lhe causou, mas não a reposição do cargo (fls. 442 /443 do ofício principal). O referido órgão, em julho de 1996, declarou a questão “não adjudicável”, invocando a jurisprudência desta Corte, a qual, por sua vez, denegou o recurso extraordinário interposto contra aquela decisão, vez que o apelante não apresentou nenhum argumento

¹ Traduzido pelo Ministério da Justiça para a Revista Anistia Política e Justiça de Transição. Responsável técnico pela tradução: Marcelo Torelly.

que autorizava a revisão dos critérios sustentados pelo Tribunal, que havia remetido o *a quo*, referentes à incompetência do Poder Judiciário para resolver questões como as suscitadas (24 de fevereiro de 1987). Posteriormente, em 31 de agosto de 1987, o demandante apresentou uma petição à Comissão Interamericana de Direitos Humanos (Comissão) contra o Estado argentino, argumentando que este tinha violado seus direitos às garantias judiciais e à proteção judicial, presentes nos artigos 8 e 25, em combinação com o artigo 1.1, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (*Convenção Americana*). Uma vez indeferido o processo, a Comissão divulgou o “Relatório nº 30/97. Processo 10.087. Gustavo Carranza/Argentina,” de 30 de setembro de 1997, em que, reiterando as recomendações emitidas no Relatório do artigo 50 (da *Convenção Americana*)” (parágrafo 82), expressou: “a Comissão conclui que, ao impedir uma decisão sobre os méritos do caso interposto pelo Senhor Gustavo Carranza, sobre a origem de sua destituição como juiz da Província de Chubut, o Estado argentino violou seus direitos às garantias judiciais e à proteção judicial, consagrados nos artigos 8 a 25, em combinação com o artigo 1.1 da Convenção Americana” (parágrafo 83) e, por isso, “recomenda que o Estado argentino indenize adequadamente o senhor Gustavo Carranza pelas violações mencionadas no parágrafo anterior” (parágrafo 84). Nessas condições, o demandante iniciou uma ação declaratória ante esta Corte contra o Estado nacional e a Província de Chubut, a fim de que se desse certeza a seu direito e se declarasse que o Estado era responsável perante à comunidade internacional pelo cumprimento do antes citado Relatório da Comissão e, em seu mérito, a indenizá-lo em relação aos prejuízos que sofreu como consequência da violação de seus direitos. Esta Corte, em sentença do dia 12 de março de 2002, resolveu que a causa não era de sua competência originária. Enviado o ofício à Justiça Nacional, ao Contencioso Administrativo Federal, a pedido do demandante, que desvinculou da queixa o estado de Chubut e, admitida por este sua competência, o litígio foi finalmente sentenciado pela V Sala da Câmara, a qual, por maioria, deu ganho à solicitação, condenando o Estado a pagar ao proponente a soma de \$400.000, segundo o cálculo da data de seu pronunciamento. Ante a isso, as duas partes deduziram serem os recursos Extraordinários, cujas denegações motivam as presentes queixas.

2º) Que o Estado nacional (Ministério das Relações Exteriores, Comércio Internacional e Culto) apresenta diversos recursos, dos quais só é admissível aquele que conferiu caráter obrigatório ao citado Relatório nº 30/97 da Comissão e a recomendação que a contém (*Código Processual Civil e Comercial da Nação*, artigo 280) uma vez que põe em jogo a exegese de preceitos de hierarquia constitucional, como o são os da Convenção Americana (*Constituição Nacional*, artigo 75.22, segundo parágrafo), nos quais o recorrente fundamenta seus direitos (Lei 48, artigo 14.3). Para tal fim, cabe antecipar, a Corte não se encontra limitada nem pelas posições das partes nem da Câmara, posto que a ela incumbe declarar, sobre o ponto disputado, a interpretação que corretamente se outorga as normas de natureza federal aplicáveis (Julgamento 330:3758, entre muitos outros).

3º) Que, primeiramente, corresponde observar que, no caso, se configuraram duas circunstâncias suficientes para rechaçar os agravos propostos. Por um lado, em virtude do princípio de boa-fé, consagrado no artigo 31.1 da Convenção de Viena sobre os Tratados (1969, *Convenção de Viena*), se um Estado subscreve e ratifica um tratado internacional, especialmente se trata de direitos humanos, como no caso da Convenção Americana, tem a obrigação de realizar seus melhores esforços para aplicar as recomendações de um órgão de proteção como a Comissão que é, além disso, um dos principais órgãos da Organização dos Estados Americanos (OEA, vide *Infra*, considerando 12 e 14). Por outro, a conduta do recorrente durante os longos anos que transcorreram desde a data anteriormente lembrada no Relatório nº 30/97, não se referiu ao objeto em questão de maneira alguma. Tampouco alegou a existência de obstáculos fáticos ou jurídicos em tal sentido. Sua defesa residiu e reside em ignorar as recomendações em jogo e em defender-se apontando que estas carecem de caráter vinculante.

4º) Que, não obstante o parágrafo anterior, é preciso aprofundar a questão litigiosa, ou seja, se as “recomendações” que formula ao Estado interessado a Comissão, em exercício da atribuição que confere ao artigo 51.2 da Convenção Americana, têm para aquele natureza obrigatória ou não.

Esta disposição, desde sempre, apresenta “um número grande de dificuldades de interpretação”, tal como advertiu inicialmente a Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte Interamericana de Direitos Humanos) em *Velasques Rodrigues vs. Honduras* (exceções preliminares, sentença de 26/6/1987, Série C nº1, parágrafo 63), as quais não escapa, vale mencionar, o interrogante aqui em jogo. Contudo, o Direito Internacional Geral e, em particular, o dos Direitos Humanos, contam com um mais que consolidado aparato de normas, pautas e princípios de aplicação e interpretação que, por sua clareza e precisão, lançam luz suficiente para alcançar uma resposta satisfatória/concludente.

Contudo, antes de adentrar nessa temática, faz-se necessário explicar o marco em que está inserido o ponto em debate. O regime da Convenção Americana determina que “qualquer pessoa ou grupo de pessoas, ou entidade não governamental legalmente reconhecida em um ou mais Estados membros da Organização podem apresentar à Comissão petição que contenha denúncias ou queixas de violação desta Convenção por um Estado-parte” (Artigo 44).

Contudo, uma vez superada a etapa de recebimento da petição e desenvolvimento do procedimento subsequente, o artigo 50 da Convenção Americana dispõe: “1. Em não se chegando a uma solução e dentro do prazo que fixe o Estatuto da Comissão, esta fará um relatório em que se irá se expor os feitos e as conclusões [...] 2. O relatório será transmitido aos Estados interessados, os quais não estarão autorizados a publicá-lo. 3. Ao transmitir

o relatório, a Comissão pode formular as proposições e as recomendações que julguem adequadas”.

Em tais condições, agrega o artigo 51 da Convenção Americana: “1. Se no prazo de três meses, a partir do envio aos Estados interessados do Relatório da Comissão, se o assunto não tiver sido solucionado ou submetido a decisão da Corte pela Comissão ou pelo Estado interessado, aceita sua competência, a Comissão poderá emitir, por maioria absoluta de votos de seus membros, sua opinião sobre a questão submetida à sua análise/consideração. 2. A Comissão fará as recomendações pertinentes e fixará um prazo dentro do qual o Estado deve tomar as medidas que lhe competem para remediar a situação examinada. 3. Transcorrido o prazo fixado, a Comissão decidirá, por maioria absoluta dos votos de seus membros, se o Estado tomou as medidas adequadas e se publica ou não o seu relatório”.

Em suma, podem distinguir-se, no que se refere à decisão sobre o mérito da causa, dois passos processuais, os quais se correspondem com o ditado pela Comissão, sendo eles os relatórios: primeiro, “do artigo 50” da Convenção Americana e, segundo, o denominado relatório do “artigo 51”; ou, nas palavras da Corte Interamericana de Direitos Humanos e do regimento da Comissão (2011), relatórios “preliminar” e “definitivo”, respectivamente (*Caballero Delgado e Santana vs. Colômbia*, mérito, sentença de 8/12/1995, Série C nº 22, parágrafo 67; Regulamento, artigos 44.2 e 47.1). Ademais, surge com nitidez, e sobre isto se voltará, que: (a). o jogo entre os artigos 50 e 51 supõe que no relatório preliminar a Comissão considerou violado um direito, liberdade ou garantia tutelados e (b). a expedição do relatório definitivo está condicionada a que o assunto não tenha sido “solucionado ou submetido à decisão da Corte” dentro do interregno de três meses que se tem a partir da transmissão do relatório do artigo 50 (artigo 51.1 cit.).

Vale ressaltar, a partir de outra perspectiva, que o trâmite ante a Comissão: (a). Se “encontra regido por garantias” que asseguram ao Estado “o exercício do direito de defesa no procedimento”, como são “as relações com as condições de admissibilidade das petições (artigos 44 a 46 da Convenção), e [...] as relativas ao princípio do contraditório (artigo 48 da Convenção) e equidade processual”, aos quais se soma “o princípio de segurança jurídica [...] (Corte Interamericana de Direitos Humanos, *Controle de Legalidade no Exercício das atribuições de Comissão Interamericana de Direitos Humanos (Artigos 41 e 44 a 51 da Convenção Americana sobre Direito Humanos)*, Opinião Consultiva OC-19/05 de 28/11/2005, Série A nº19, parágrafo 27), e (b). Implica que a Comissão “se colocará à disposição das partes interessadas, a fim de chegar a uma solução amistosa [...]” (*Convenção Americana*, artigo 48.f), em “qualquer etapa do exame de petição, por iniciativa própria ou por solicitação de quaisquer das partes” (*Regulamento da Comissão*, artigo 40.1). Ademais: (c). Os membros da Comissão, que “deverão ser pessoas providas de autoridade moral e de reconhecida competência em matéria de Direitos Humanos” (*Convenção Americana*,

artigo 34, e *Estatuto da Comissão*, artigo 2.1) são eleitos “a título pessoal”; isto é, atuam com total independência (idem, artigos 36 e 3.1, respectivamente), estando prevista, além disso, sua não participação na discussão, investigação, deliberação ou decisão de um assunto nas hipóteses que puderem por em jogo tal independência ou sua imparcialidade (vide *Regulamento da Comissão*, artigos 17.2 a 4; também: artigo 4 sobre incompatibilidade dos comissionados). Não cabe nenhuma dúvida de que os relatórios preliminar e definitivo são pronunciados de maneira fundada.

5º) Que, formulada esta introdução e retomando o argumento antecipado no segundo parágrafo do item anterior, há que se advertir que a Convenção de Viena tem uma dupla ordem de elementos de juízo de relevância decisiva para o presente exame. Por um lado, o conteúdo em seu artigo 26, o qual, sob o título de *pacta sunt servanda* enuncia dois princípios “universalmente reconhecidos” (preâmbulo, parágrafo terceiro): “todo tratado em vigor obriga as partes e deve ser cumprido por elas de boa-fé”. Por outro, o proveniente de seu artigo 31, que, ao expressar a “regra geral de interpretação” estabelece que “um tratado deverá ser interpretado de boa-fé segundo o sentido comum atribuível aos termos do tratado em seu contexto e à luz de seu objetivo e finalidade” (inc.1), ao mesmo tempo em que prevê que o mencionado contexto compreenderá, *inter alia*, além do texto, o “preâmbulo” (inc.2). Tratam-se, certamente, de princípios e regras que atendem à conhecida jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos (*verbi gratia*: *Godínez Cruz vs. Honduras*, exceções preliminares, sentença de 26/6/1987, Série C nº3, parágrafo 33) e desta Corte Suprema (*Corporação Financeira Internacional*, Sentença: 330:2892 – 2007 - ; Aliança “Frente para a Unidade”, Sentença: 324:3143 – 2011 – entre outros). Mais ainda; o citado artigo 31.1 foi a expressão do que estava assentado pelo “direito internacional consuetudinário” segundo entendido da Corte Internacional de Justiça (*Différend territorial (Jamahiriya árabe libyenne/Tchad)*, sentença de 03/02/1994, p.21/22, parágrafo 41) e a Corte Interamericana de Direitos Humanos (“*Outros tratados*” Objeto da função consultiva da Corte (artigo 64 Convenção Americana sobre Direitos Humanos), Opinião consultiva OC-1/82 de 24/9/1982, Série A nº1, parágrafo 33).

Nesta ordem de ideias convém recordar outra invariável doutrina da Corte Interamericana de Direitos Humanos, coincidente, como esta mesma aponta, com a de outros órgãos jurisdicionais internacionais: “os tratados modernos sobre direitos humanos, em geral, e a Convenção Americana, em particular, não são tratados multilaterais do tipo tradicional, concluídos em função de um intercâmbio recíproco de direitos para o benefício mútuo dos Estados signatários. Seu objeto e seu fim são a proteção dos direitos fundamentais dos seres humanos, independentemente de sua nacionalidade, tanto em relação a seu próprio Estado quanto em relação a outros. Ao aprovar esses tratados sobre direitos humanos, os Estados se submetem a uma ordem jurídica dentro da qual, pelo bem comum, assumem várias obrigações, não em relação a outros Estados, mas em relação aos indivíduos que estão sob sua jurisdição” (*Baena Ricardo et alii vs. Panamá*,



competência, sentença de 28/11/2003, Série C nº104, parágrafo 99; *Constantine et alii vs. Trinidad e Tobago*, exceções preliminares, sentença de 1/9/2001, Série c nº82, parágrafos 86 e 87). Como é certo, a isso, esta Corte Suprema fez eco (*Arce*, Processo: 320:2145, 2155/2156 e 2157 – 1997 – e outros). Estas normas e princípios, é imprescindível destacar, não se limitam à aplicação e inteligência dos preceitos substantivos (sobre os direitos protegidos), pois também se alcançam, com intensidade não menor, aos que estabelecem os regimes de proteção internacional. Assim, depois de citar o artigo 31.1 da Convenção de Viena, a Corte Interamericana de Direitos Humanos expressou que a Convenção Americana deve ser interpretada de maneira a dar-lhe seu sentido pleno e permitir que “o regime de proteção dos direitos humanos sob responsabilidade da Comissão e da Corte adquira todo ‘seu efeito útil’ (Godínez Cruz..., exceções preliminares, cit., parágrafo 33). Como consequência, a exegese tem de ser feita de tal forma que não conduza “de nenhuma maneira ao enfraquecimento do sistema de proteção consagrado na Convenção’ e sempre tendo em mente que seu objetivo e fim ‘são a proteção dos direitos fundamentais dos seres humanos’” (Corte Interamericana de Direitos Humanos, *Proposta de modificação à Constituição política da Costa Rica relacionada à naturalização*, opinião consultiva OC-4/84 de 19/1/1984, Série A, nº4, parágrafo 24 e sua citação), a qual constitui, em síntese, o ‘fim último do sistema’ (idem, *Cayara vs. Peru*, exceções preliminares, sentença de 3/2/1993, Série C nº14, parágrafo 63). Falta destacar que o significado *sub examine* tem que ser buscado como termo incluso em um tratado internacional, isto é, com indiferença daquele que poderia ter no direito interno dos Estados-parte (vide: Corte Interamericana de Direitos Humanos, *A expressão “Leyes” no artigo 30 da Convenção Americana sobre Direito Humanos*, Opinião consultiva OC-6/86 de 9/5/1986, Série A nº6, parágrafos 19 e 32).

6º) Que, por conseguinte, a inteligência dos termos de um tratado deve atender ao significado comum a ser atribuído a ele. No entanto, pelas mesmas razões, a tarefa não pode ser feita de modo abstrato ou com precedência do contexto no qual os termos estão inseridos. Assim se manifestou o Tribunal Permanente de Justiça Internacional, em um dos seus primeiros pareceres consultivos, não sem alertar que, seguindo uma abordagem oposta, ou seja, a serem tomadas algumas frases separadas de seu meio, os termos podem ser compreendidos de muitas maneiras distintas (Competência da OIT para a regulamentação das condições de trabalho na agricultura, 12/8/1922, Série B, números 2 e 3, p.23; vide Também: Corte Interamericana de Direitos Humanos, *Proposta de Modificação...*, cit., parágrafo 23). “A interpretação do ‘sentido corrente dos termos’ do tratado não pode ser uma regra por si só, mas deve ser envolvida no contexto e, em particular, no âmbito do seu objeto e finalidade.” (Corte Interamericana de Direitos Humanos, Opinião Consultiva OC-20/09, de 29 de setembro de 2009, Série A, n.º 20, parágrafo 26).

Assim, para além do sentido de recomendação enquanto ação ou efeito de recomendar, que a primeira acepção corrente, não está impedida a existência de um conteúdo obrigação ao termo:

“encarregar, pedir ou *dar ordem* a alguém para que cuide de uma pessoa ou de uma empresa” (*Dicionário da Língua Espanhola*, RAE, 22ª edição, itálicos adicionados), o que é decisivo é que qualquer hesitação a respeito do sentido é despejada rapidamente quando a expressão é colocada no seu contexto, ou seja, se é bem observado que o artigo 51.2 da Convenção Americana expressa com muita eloquência que o Estado, frente às recomendações, “*deve* tomar as medidas que lhe competem para sanar a situação examinada”, para o que, inclusive, a Comissão fixará um “prazo” (inc. 2). A forma itálica que acaba de ser incluída no original do termo “deve” confere às recomendações um inequívoco significado obrigatório para o sujeito a quem são dirigidas: o Estado. Como consequência, a margem da inclusão ou não destas obrigações dentro do “sentido especial” que prevê a Convenção de Viena (“Um termo será entendido em sentido especial se estiver estabelecido que essa era a intenção das partes”, artigo 31.4), conclui-se que, como o entenderam alguns membros da Comissão de Direito Internacional durante a elaboração desse tratado, no momento em que o contexto permite determinar que um termo foi usado com sentido técnico ou especial, este sentido resulta, por assim dizer, o sentido comum, ordinário no contexto dado (*Anuário da Comissão de Direito Internacional*, 1966, volume II, p. 242). Toda a norma em jogo, é imperativo destacá-lo, está formulada mediante uma sucessão de caráter imperativo: “A Comissão *fará* as recomendações pertinentes e *fixará* um prazo dentro do qual o Estado *deve* tomar as medidas que lhe compete para remediar a situação examinada”; a qual também surge em seu contexto em espanhol²: la Comisión *hará* las recomendaciones pertinentes y *fijará* un plazo dentro del cual el Estado *debe* tomar las medidas que le competen para remediar la situación examinada”; em inglês: “the Commission *shall* make pertinent recommendations and *shall* prescribe a period within which the state is to take the measures that are incumbent upon it to remedy the situation examined” e em francês: La Commission *formulera* les recommandations pertinentes et *fixera* le cas échéant un délai dans lequel l’État doit prendre les mesures qui lui incombent pour remédier à la situation considérée” (itálicos agregados). Sobre o tema, cabe acentuar que o método de interpretação dos tratados segundo a Convenção de Viena se atém ao “princípio da primazia do texto, isto é, aplicar critérios objetivos de interpretação, vinculados aos próprios textos”, cuja “idoneidade [...] em comparação com o subjetivo, em relação à única intenção das partes”, resulta “ainda mais acentuada” em relação aos tratados de direitos humanos (Corte Interamericana de Direitos Humanos, *Restrições à pena de morte* (Artigos 4.2 e 4.4 Convenção Americana de Direitos Humanos), Parecer consultivo OC-3/83 de 8/9/1983, Série A nº3, parágrafo 50). A Convenção Americana cria, por meio de um conjunto de compromissos bilaterais, mútuos, “obrigações objetivas” (idem, Caso do *Tribunal Constitucional vs. Peru*, competência, sentença de 24/9/1999, Série C, nº55, parágrafo 44).

2 Nota do Tradutor: na redação original foi primeiramente apresentado o texto em espanhol, seguido da versão em português e demais línguas. Como forma de facilitar a leitura do público brasileiro, a versão produzida pela Revista Anistia Política e Justiça de Transição apresenta originalmente a citação em português, seguida do espanhol e demais línguas, registrando o ajuste nesta nota.



É oportuno recordar, para estas reflexões, que a Corte Internacional de Justiça, no primeiro caso em que julgou que as medidas precatórias eram em cumprimento obrigatório pelo Estado a que estavam destinadas – tema que, segundo admitiu, havia sido objeto de “muita controvérsia doutrinária” – examinou a versão francesa do artigo 41 de seu Estatuto: 1. La Cour a le pouvoir d’indiquer, si elle estime que les circonstances l’exigent, quelles mesures conservatoires du droit de chacun doivent être prises à titre provisoire. 2. En attendant l’arrêt définitive, l’indication de ces mesures est immédiatement notifiée aux parties et au Conseil de sécurité” (itálicos agregados). Como consequência, parafraseando as considerações deste antecedente, é dado afirmar que no *sub lite* que, assim como o termo “recomendações” (no sentido de “indiquer” ou “indication”) pode ser entendido como “neutro” (“*neutre[s]*”) em respeito a seu caráter obrigatório, a expressão “deve” (do mesmo modo que *doivent*) tem ao contrário (“*en revanche*”), um caráter “imperativo” (“*impératif*”) (*LaGrand Alemanha vs. Estados Unidos da América*), sentença de 27/6/2001, pp. 501-502, parágrafos 99 e 100).

7º) Que a indicada especificidade das recomendações no contexto de regime de petição também se vê plenamente corroborada em seu sentido e alcance quando analisado o sentido da expressão, apesar das diferenças do artigo 51.2, no único outro momento da Convenção Americana que também a emprega, isto é, o artigo 41.b quando estabelece, entre as funções e atribuições da Comissão, “formular *recomendações aos governos dos Estados-membros, quando considerar conveniente, no sentido de que adotem medidas progressivas em prol dos direitos humanos no âmbito de suas leis internas e seus preceitos constitucionais, bem como disposições apropriadas para promover o devido respeito a esses direitos*” (itálicos adicionados). É por isso que o exercício das atribuições em matéria de recomendações do artigo 41.b cit. “há de realizar-se em regime e procedimentos separados do regime a que está submetido o conhecimento das petições ou denúncias individuais” (Corte Americana Interamericana de Direitos Humanos, *Certas Atribuições da Comissão Interamericana de Direitos Humanos (arts. 41, 42, 44, 46, 47, 50 e 51 da Convenção Americana de Direitos Humanos)*, Parecer Consultivo OC-13/93 de 16/7/1993, Série A nº13, parágrafo 44). E esta corroboração, por sua vez, resulta significativamente reforçada no próprio terreno do citado artigo 41, posto que não somente não foi omissa às funções e atribuições da Comissão em matéria de “petições”, mas sim que dispôs que para este fim atuará no exercício de “sua autoridade”, em conformidade com o disposto nos artigos 44 a 51 da Convenção Americana (inc.f).

8º) Que conclusões análogas as que têm sido colocadas conduzem ao estudo da questão a partir da perspectiva do contexto, do objeto e das finalidades gerais do sistema de proteção da Convenção Americana ou, se assim preferir, atendendo a “estrutura mínima” dela (vide: Doutrina da Corte Internacional de Justiça, *Negócios relativos à soberania Pulau Ligitan e Pulau Sipadan (Indonésia/Malásia)*, sentença de 17/12/2002, p.652, parágrafo 51: mesma

estrutura do tratado em questão), posto que, procede retirá-lo ainda que em outras palavras (supra, considerando 6º), o “sentido corrente dos termos deve ser analisado como parte de um todo, cujo significado e alcance devem fixar-se em função do sistema jurídico ao qual pertencem” com o propósito de “garantir uma interpretação harmônica e atual” da disposição em jogo (Corte Interamericana de Direitos Humanos, *Artigo 55 da Convenção Americana...*, cit., parágrafo 26). O regime processual da Convenção Americana, de acordo com o que se viu, prevê somente uma via, a qual culmina, inevitavelmente, que sobre o assunto não possa recair mais que uma única decisão. Em um extremo, da entrada no sistema, está localizada a Comissão; no outro extremo, isto é, na resolução substancial e definitiva, encontram-se, mas sempre excluindo-se reciprocamente, a Comissão, mediante o relatório definitivo do artigo 51, ou a Corte Interamericana de Direitos Humanos, mediante sua sentença definitiva, nunca as duas, nem sequer *ratione temporis*, uma vez que as “duas opções são excludentes” (Corte Interamericana de Direitos Humanos, *Baena Ricardo et alii vs. Panamá*, competência, sentença de 18/11/1999, Série C nº61, parágrafo 39). Dito de outro modo, se o caso “foi apresentado perante a Corte, a Comissão não estará autorizada a elaborar o relatório a que se refere o artigo 51” (idem, *Velásquez Rodríguez...*, exceções preliminares, cit., parágrafo 63) e, se tal procedimento não foi executado, “a Comissão continua atuando como único órgão convencional que pode fazê-lo” (idem, relatórios da Comissão Interamericana de Direitos Humanos (Artigo 51, Convenção Americana sobre Direitos Humanos), Parecer consultivo OC-15/97 de 14/11/1997, Série A nº15, parágrafo 47). Daí, entre outros motivos, que ambos os corpos sejam “competentes para conhecer os assuntos relacionados com o cumprimento dos compromissos assumidos pelos Estados-parte” (Convenção Americana, artigo 33, itálicos adicionados), o que implica, para a Comissão, que seus poderes “são dados para determinar se a violação alegada efetivamente existe” (Corte Interamericana de Direitos Humanos, *Certas atribuições da Comissão Interamericana...*, cit., parágrafo 50) e para indicar “as medidas que foram consideradas necessárias para remediar a situação examinada” (idem, Informe da Comissão Interamericana..., cit., parágrafo 50). Daí, também, não se poder argumentar que este regime jurídico desconhece da obrigatoriedade para o Estado de uma decisão final adversa ditada por uma instituição que, a seu tempo, tem competência exclusiva para tanto, a Comissão, especialmente por, reitera-se, não ter sido reconhecido ao indivíduo legitimação para submeter o assunto, uma vez resolvido preliminarmente pela Comissão, à Corte Interamericana de Direitos Humanos.

9º) Que se integrem a tudo que foi expresso, dentro da mesma ordem de ideias, outros fundamentos. Em primeiro lugar, a petição só é admissível, entre outros requisitos, se foram “interpostos e esgotados os recursos da jurisdição interna” (Convenção Americana, artigo 46.1.a) isto pressupõe, se dirigido contra atos que violem os direitos fundamentais, a existência de uma via local “idônea para proteger a situação jurídica infringida” (Corte Interamericana de



Direitos Humanos, Senhor Delgado Santana vs. Colômbia, exceções preliminares, sentença de 21/1/1994, Série C nº17, parágrafo 63 e citações), para “estabelecer se incorreu em violação aos direitos humanos e promover o necessário para remediá-la” (idem, Garantias jurídicas em Estados de emergência (artigos 27.2, 25 e 8 Convenção Americana sobre Direitos Humanos), Parecer Consultivo OC-9/87 de 6/10/1987, Série A, nº9, parágrafo 24; Durand e Ugarte vs. Peru, mérito sentença de 16/8/2000, série C nº68, parágrafo 102), o que exige que tal via terá de assegurar o “cumprimento” de toda decisão nacional que tenha entendido procedente (Convenção Americana, artigo 25.2.c; Corte Interamericana de Direitos Humanos, Comunidade Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguai, mérito, reparações e custas, sentença de 29/3/2006, série C nº146, parágrafo 92); “a efetividade das sentenças depende de sua execução [...] o contrário supõe a própria negação do direito envolvido” (idem, Mejia Idrovo vs. Equador, exceções preliminares, mérito, reparações e custas, sentença de 5 de julho de 2011, Série C nº228, parágrafo 104).

O direito ao acesso à justiça, na acepção da citada Corte, a propósito do artigo 25 da Convenção Americana, “é a possibilidade real de ter acesso a um recurso judicial para a autoridade competente e capaz de emitir uma decisão vinculante que determine se ocorreu ou não uma violação a algum direito que a pessoa que estima ter e que, em caso de ser encontrada uma violação, o recurso seja útil para restituir ao interessado o gozo de seu direito e repará-lo” (Castanheda Gutman vs. México, exceções preliminares, mérito, reparações e custas, sentença de 6/8/2008, Série C nº184, parágrafo 100, (itálicos adicionados). E, na acepção desta Corte Suprema, é a “possibilidade de acorrer ante a algum órgão jurisdicional e obter dele sentença útil relativa aos direitos dos litigantes” (Dahlgren, Julgamento: 319:2925, 2929 e suas citações – 1996 – itálicos agregados). Tanto é assim que “para manter o efeito útil das decisões, os tribunais internos, ao ditar sentenças em favor dos direitos das pessoas e ordenar reparações, devem estabelecer de maneira clara e precisa – de acordo com o âmbito de suas competências – o alcance das reparações e as normas de execução das mesmas” (Corte Interamericana de Direitos Humanos, Mejia Idrovo..., cit., parágrafo 96). “A obrigação de respeitar, assegurar que se respeitem e aplicar as normas internacionais de direitos humanos [...] segundo o previsto nos respectivos ordenamentos jurídicos, compreende, entre outros, o dever de: [...] d. proporcionar às vítimas recursos eficazes, incluindo reparação” (“Diretrizes e princípios básicos sobre o direito das vítimas de violações manifestas das normas internacionais de direitos humanos e de violações graves do direito internacional humanitário a interpor recursos e obter reparações” (parágrafo 4, aprovado pela Assembleia Geral das Nações Unidas, resolução 60/147, 16/12/2005). O forçoso corolário ante todo o exposto será, então, que efeitos semelhantes devem estar presentes no artigo 51 da Convenção Americana, posto que a “proteção internacional de natureza convencional” foi estabelecida, *expressis verbis*, nada menos que para ser “coadjuvante ou complementar” àquela que “oferece o direito interno dos Estados” e de acordo com o “propósito” reafirmado por estes de “consolidar” no continente um regime “fundado no respeito aos direitos essenciais” do

indivíduo (Convenção Americana, preâmbulo, parágrafos primeiro e segundo). Não é por acaso que o parágrafo 14 das acima referidas “Diretrizes e Princípios básicos” preveja que “os recursos adequados, efetivos e rápidos contra as violações manifestadas nas normas internacionais de direitos humanos [...] hão de compreender todos os procedimentos internacionais disponíveis e apropriados aos que uma pessoa tenha direito e não devem redundar em detrimento de nenhum outro recurso interno”.

Se a Convenção Americana – assim como a Convenção Europeia de Direitos Humanos – no plano nacional obriga a cada Estado-parte a respeitar e fazer respeitar os direitos que ela anuncia, no marco supranacional tem que desaprovar toda violação a estes direitos cometidos no âmbito interno. O que é objeto de sanção, no âmbito supranacional, são as violações que o Estado cometeu ou deixou cometer e que, ademais, não reparou ou pôde reparar por meio de seu próprio ordenamento jurídico interno (Picard, Etienne, “Artigo 26”, em A Convenção Europeia dos direitos do homem (L. – E. Pettiti, E. Decaux, P-H. Imbert, directs.), Paris, Economica, 1995, ps.592/593 e suas citações de nota 1).

Não se deve esquecer que a responsabilidade internacional do Estado pela violação de uma norma internacional e seu conseqüente dever de reparação “surge imediatamente” à realização da prática ilícita imputável àquele (Corte Interamericana de Direitos Humanos, Acosta Calderón vs. Equador, mérito, reparações e gastos, sentença de 24/6/2005, Série C nº129, parágrafo 146), de modo que não depende de uma demanda ou de queixa da parte lesionada, como indica a Comissão de Direito Internacional, ao comentar o artigo 31 do “Projeto de artigos sobre a responsabilidade do Estado por feitos internacionalmente ilícitos” (“1. O Estado responsável está obrigado a reparar de maneira integral o prejuízo causado pelo feito internacionalmente ilícito”, Anuário da Comissão de Direito Internacional, 2001, volume II (2º parte), p. 97), aspecto este que será retomado *infra*.

Mais ainda, é jurisprudência assentada, de acordo com os princípios do Direito internacional, amplamente reconhecidos, que o peticionário está dispensado de esgotar os recursos locais que não resultaram “efetivos” (Convenção Americana, artigo 46), vale dizer, *inter allia*, aqueles cuja “inutilidade tenha sido demonstrada pela prática porque faltam os meios para executar suas decisões” (Corte Interamericana de Direitos Humanos, Acevedo Buendia et alli (‘Cesantes y Jubilados de la contraloría’) vs. Peru, exceção preliminar, mérito, reparações e custas, sentença de 1/7/2009, Série C nº198, parágrafo 69 e citações; Forneron e filha vs. Argentina, mérito, reparações e custas, sentença de 27/4/2012, Série C nº242, parágrafo 107). No entanto, é inegável que pouco sentido ou efeito faria se o processo internacional levasse a um resultado definitivo qualificável em termos paralelos aos antes referidos recursos no plano nacional.

De igual modo, pode-se discorrer em torno de igual dispensa se baseando em uma “demora injustificada” da decisão dos recursos internos (Convenção Americana, artigo 46.2.c): “de maneira alguma a regra de esgotamento prévio deve conduzir a que se detenha ou demore até à inutilidade da ação internacional em auxílio à vítima indefesa” (Corte Interamericana de Direitos Humanos, Godínes Cruz..., exceções preliminares, cit., parágrafo 95, *itálicos adicionados*).

Nesse contexto, é conveniente observar que as medidas adequadas que o Comitê de Direitos humanos costuma requerer aos Estados para que estes sanem a violação de uma ou mais disposições do Pacto internacional de Direitos Civis e Políticos, pronunciadas nas “observações” previstas no artigo 5.4 do Protocolo facultativo deste último, tem como base o artigo 3.2 do Pacto, segundo o qual cada um dos Estados-parte se compromete a garantir que toda pessoa cujos direitos ou liberdade reconhecidos no Pacto tenham sido violados poderá interpor um recurso efetivo (“Estudo sobre o direito de restituição, indenização e reabilitação de vítimas de violações graves aos direitos humanos e liberdades fundamentais.” Relatório definitivo apresentado pelo senhor Theo van Boven, Relator especial, E/CN.4Sub.2/1993/8, p. 24, parágrafo 50)³.

Deve-se acrescentar, ainda, que a hipótese adjetiva indicada revela uma situação de gravidade no plano substantivo, dado que “quando se evocam certas exceções à regra de não esgotamento dos recursos internos, como é a ineficácia de tais recursos [...] não só se está alegando que a vítima não é obrigada a interpor tais recursos, mas que indiretamente se está imputando ao Estado envolvido uma nova violação às obrigações contraídas pela Convenção” relativas à proteção jurídica do artigo 25 da Convenção Americana (Corte Interamericana de Direitos Humanos, Castañeda Gutman..., cit., parágrafo 34), tudo isso de maneira independente do prejuízo que “também” decorre do próprio direito que deixou de ser tutelado (*idem*, Acevedo Buendía e outros..., cit., parágrafos 79 e 91). Consequentemente, no citado artigo 25 “é possível identificar duas responsabilidades concretas do Estado. A primeira, consagrar normativamente e assegurar a devida aplicação dos recursos efetivos [...]; a segunda, garantir os meios para executar as respectivas decisões e sentenças definitivas emitidas por tais autoridades competentes, de maneira que se protejam de maneira efetiva os direitos declarados ou reconhecidos” (*idem*, parágrafo 72). No entanto, por assim ser, se o relatório definitivo da Comissão que acreditar uma violação pela aludida insuficiência ou impotência do sistema nacional, prevendo reparação, padecer de igual debilidade, o regime convencional mais que proporcionar uma ruptura do estado de coisas e uma solução para o peticionário terminaria fechando este em um círculo, no caso, vicioso. “A inexistência de recursos internos efetivos coloca a vítima em estado de vulnerabilidade e explica a proteção internacional” (Corte Interamericana de Direitos Humanos, Godínez Cruz..., exceções preliminares, cit., parágrafo 95).

3 Nota do Tradutor: traduzido ao português pela Revista Anistia Política e Justiça de Transição, n.º 03, jan./jun. 2010, pp.354-425.

10º) O que foi enumerado até aqui coloca em evidência que o processo internacional da Convenção Americana – o qual, como todo processo, deve ser “um meio para assegurar, na maior medida possível, a solução justa de uma controvérsia” (Corte Interamericana de Direitos Humanos, O Direito à Informação sobre a assistência consular no marco das garantias do devido processo legal, Parecer Consultivo OC -16/99 de 1/10/1999, Série A nº16, parágrafo 117) – constitui uma via tributária do artigo 1.1. da Convenção Americana, pelo que tende, na resolução, a assistir o Estado na satisfação dos compromissos internacionais assumidos por este ante a esse preceito fundamental: por um lado, “respeitar os direitos e liberdades” da Convenção Americana e “garantir seu livre e pleno exercício” e, por outro, “assegurar à vítima uma reparação adequada” (Corte Interamericana de Direitos Humanos, Velásquez Rodríguez vs. Honduras, mérito, sentença de 29/7/1988, Série C nº4, parágrafo 167; Godínez Cruz vs. Honduras, mérito, sentença de 20/1/1989, Série C nº5, parágrafo 184).

Esta última condição possibilita identificar o objeto último para o qual foi estabelecido o regime de petições individuais e, a partir dele, lançar luz sobre o valor das recomendações, posto que para estabelecer o sentido de um conceito deve-se considerar a “finalidade para a qual serve” (Corte Interamericana de Direitos Humanos, O Direito à informação sobre a assistência consular..., cit., parágrafo 106). E tal objeto ou finalidade, para o referido regime, não se reduz a apenas uma comprovação pela Comissão de que se produziu prejuízo a um direito protegido, posto que, tal como está expresso de maneira estrita no próprio artigo 51.2, que aponta que, para além da comprovação, está “remediar”, por parte do Estado, a situação controversa.

Desta maneira, o sistema da Convenção Americana e as recomendações de seu artigo 51.2 não fazem nem mais, nem menos, que conferir operacionalidade, *in concreto*, a um princípio inconcluso do Direito Internacional, em boa medida já anunciado: toda violação de uma obrigação internacional que tenha produzido dano comporta o dever de promoção de uma reparação adequada (Corte Permanente de Justiça Internacional, Chorzów Factory (jurisdição), sentença nº8, 26/7/1927, Série A, nº9, p.21; vide Corte Interamericana de Direitos Humanos, Perozo e outros vs. Venezuela, exceções preliminares, mérito, reparações e custas, sentença de 28/1/2009, Série C nº195, parágrafo 404 e citações). “Todo feito internacionalmente ilícito do Estado gera sua responsabilidade internacional” dispõe o “Projeto de artigos sobre a responsabilidade do Estado por feitos internacionalmente ilícitos (artigo 1)” mencionado anteriormente, elaborado e aprovado pela Comissão de Direito Internacional e acolhido “com beneplácito”, junto com seus comentários, pela Assembleia Geral das Nações Unidas (Resolução 56/83, “Responsabilidade do Estado por feitos internacionalmente ilícitos”, 12/12/2001, A/RES/56/83). E tal consequência, de acordo com os comentários, abarca “todas as obrigações internacionais do Estado e não somente as devidas a outros Estados. Logo, a responsabilidade dos Estados alcança, por exemplo, as violações dos direitos humanos e outras violações do direito internacional quando o beneficiário principal da



obrigação violada não é um Estado” (Anuário da comissão de direito internacional, 2001, volume II (2ª parte), p.93). Consequentemente, apesar de este último pressuposto não ser aplicável à segunda parte do Projeto (“Conteúdo de responsabilidade internacional do Estado”), este deixou claro que isso é assim “sem prejuízo de qualquer direito que a responsabilidade internacional do Estado possa gerar diretamente em benefício de uma pessoa ou de uma entidade distinta de um Estado” (artigo 33.2). As ressalvas foram formuladas levando em consideração que “nos casos em que a obrigação primária é devida a uma entidade que não é um Estado, pode existir um procedimento que permita a esta invocar a responsabilidade para si e sem a intervenção de um Estado”, tal como é suposto, *verbi gratia.*, “dos tratados de direitos humanos que conferem aos indivíduos afetados o direito de apresentar uma petição ante a um tribunal ou outro órgão” (idem, p.101).

Mais ainda: “a reparação é o complemento indispensável do descumprimento da aplicação de uma convenção, *sem que seja necessário que isto seja enunciado na própria convenção* (Corte Permanente de Justiça Internacional, Chorzów Factory, cit., p.21, itálicos adicionados). Mais ainda: foi precisamente sobre este precedente que a Corte Internacional de Justiça, no acima citado LaGrand, julgou que se um órgão tem competência para examinar uma disputa, não se requer outra competência distinta para examinar as reparações (“*remèdes*”/“*remedies*”) que uma parte reclama pela violação em jogo (parágrafo 48).

Parece desnecessário repetir que o artigo 33.a da Convenção Americana prescreve que a Comissão é “competente para conhecer de assuntos relacionados com o cumprimento dos compromissos assumidos pelos Estados-partes nesta Convenção”.

11) Que, continuando a ordem expositiva proposta, faz-se necessário atentar que o processo perante a Comissão, apesar de bem cercado pelas garantias do devido processo antes mencionadas (considerando o artigo 4º), revela uma inferioridade de armas do peticionário frente ao Estado, conforme já de muito advertido.

Com efeito, se a Comissão, uma vez fundamentado o expediente, entender que ocorreu a violação de um direito, liberdade ou garantia tutelada, imputável ao Estado, deverá expedir, sem exceções, o relatório preliminar (“não podem ser subsumidos em um só os dois relatórios regulados de maneira separada pelos artigos 50 e 51 da Convenção”, Corte Interamericana de Direitos Humanos, Certas atribuições da Comissão interamericana..., cit., parágrafo 55). Sua transmissão ao demandado, assim, abrirá para este o prazo previsto para, pelo menos, dois fins: solucionar o assunto ou, em caso contrário e de não compartilhar do relatório, submeter a questão à Corte Interamericana de Direitos Humanos (Convenção Americana, artigos 51.1 e 61.1) com o propósito de que esta exerça “o controle de legalidade das atuações da Comissão [...]”

(idem, Controle de Legalidade no exercício das atribuições da Comissão interamericana de direitos humanos..., cit., ponto 4 da opinião; também: parágrafo 28), o qual compreende, *inter alia*, e questionamento mediante a revisão do “processo” ante a Comissão e o que por ela for “decidido”, com vistas a “assegurar que são procedentes os requisitos de admissibilidade, e os princípios do contraditório, da equidade processual e da segurança jurídica”, do qual é um exemplo patente Grande vs. Argentina (exceções preliminares e mérito, sentença de 31 de agosto de 2011, Série C nº231, parágrafo 46 e citações). Em outras palavras, em “caso de discordância com o relatório emitido pela Comissão interamericana em virtude do artigo 50 da Convenção Americana, o Estado tem o poder, conforme os artigos 51.1 e 61 do referido tratado, de submeter o caso a conhecimento desta Corte para que determine os fatos e aplique o direito conforme sua competência contenciosa” (idem, Castañeda Gutman..., cit., parágrafo 63, itálicos adicionados). Importa fundamentalmente enfatizar essa alternativa processual porque, visto do ângulo do Estado em questão, a natureza preliminar do relatório do artigo 50 não significa a possibilidade de que, sem mais, a Comissão possa alterar seu alcance por meio do relatório definitivo. Se algo está claro, a partir dessa perspectiva, é que o tipo de conduta estatal em relação ao relatório, no sentido de solucionar a controvérsia ou não, ou aceitar ou não o relatório, é que, regularmente, irá levar ao acionamento da Corte Interamericana de Direitos Humanos, que então conduzirá o relatório final: este último e o preliminar são “dois documentos que, de acordo com a conduta assumida no ínterim pelo Estado ao qual se dirigem, podem ou não coincidir em suas conclusões e recomendações” (Corte Interamericana de Direitos Humanos, Certas atribuições da Comissão interamericana..., cit., parágrafo 53, itálicos adicionados; também: Regulamento da Comissão, artigo 45.1). Deve-se insistir (supra, considerando 4º) que os procedimentos definidos nos artigos 48 a 50 da Convenção “oferecem às partes a possibilidade de adotar as disposições necessárias para solucionar a situação apresentada, dentro do devido respeito aos direitos humanos reconhecidos pela Convenção”, o que implica que a Comissão não dita o relatório do artigo 51 “se ainda existe possibilidade de solução amistosa e sem haver dado ao Estado a oportunidade de cumprir com suas obrigações em relação às supostas violações que se imputam [...]” (Corte Interamericana de Direitos Humanos, *González Medina e familiares...*cit., parágrafo 30), nem submeter o litígio à atenção da Corte Interamericana, sem aguardar a passagem do tempo concedido ao Estado “para que se cumpra com as recomendações do relatório [preliminar]” (idem, *Gomes Lund e outros (Guerrilha do Araguaia) vs. Brasil*, exceções preliminares, mérito, reparações e custas, sentença de 24 de novembro de 2010, Série C nº129, parágrafo 30).

Pelo contrário, de acordo com a leitura que faz a Comissão em seu regulamento dos já citados artigos 50 e 51, se esta “estabelece que não houve violação em um determinado caso, assim se manifestará em seu Relatório sobre o mérito”, o qual “será transmitido às partes e será publicado e incluído no relatório anual da Comissão na Assembleia Geral da OEA” (artigo 44.1). Para o

autor, em resumo, esta hipótese leva diretamente a uma decisão final, uma vez que carece absolutamente de *jus standi* para submeter o litígio à Corte Interamericana de Direitos Humanos (Convenção Americana, artigos 51.1 e 61). E isso, ademais, com notório benefício para o Estado demandado, tendo em vista o tipo de *res judicata* ou *non bis in idem* que contempla o sistema (idem, artigo 47.d; regulamento da Comissão, artigo 33.1.b). O mesmo é verdade se a petição for julgada inadmissível, uma vez que determina que “o trâmite da denúncia não continue e seja arquivada” (Corte Interamericana de Direitos Humanos, Certas atribuições da Comissão Interamericana..., cit., parágrafo 41).

São bem expostos, assim, “desequilíbrios processuais” (idem, Castillo Petruzzi e outros vs. Peru, exceções preliminares, sentença de 4/9/1998, Série C nº41, voto do juiz Cançado Trindade, parágrafo 43), precisamente contra o destinatário do sistema: a pessoa humana. O que pode uma das partes, o Estado, “não podem as outras” discorre o juiz García Ramirez (idem, artigo 55 da Convenção Americana..., cit., parágrafo 26). Esta situação, de plano, resultaria inadmissível no ordenamento interno com base no artigo 8 da Convenção Americana (Borelina, Julgamento: 328:3233, 3248 -2005). O princípio de igualdade entre as partes deriva das exigências de uma boa administração (“*bonne administration*”) da justiça, e a igualdade de acesso aos procedimentos de apelação ou a outros recursos disponíveis, salvo exceção baseada em razões objetivas e razoáveis, deve ser considerada, além disso, como parte integrante desse princípio (Corte Internacional de Justiça, Julgamento nº 2867 do Tribunal administrativo da Organização Internacional do Trabalho sobre proposta contra o fundo internacional de desenvolvimento agrícola, Parecer Consultivo, 1/2/2012, p.18, parágrafo 44). “Para que exista o ‘devido processo legal’ é preciso que um demandante possa fazer valer seus direitos e defender seus interesses de maneira efetiva e em condições de igualdade processual com outros demandantes”, afirma a Corte Interamericana de Direitos Humanos (O Direito à informação sobre a assistência consular..., cit., parágrafo 117). O amplo alcance da intangibilidade do devido processo legal “não se aplica apenas *rationae materiae* como também *ratione personae* sem nenhuma discriminação” (idem, Condição Jurídica e direitos dos migrantes indocumentados, Parecer Consultivo OC-18/03 de 17/7/2003, Série A nº18, parágrafo 122). Resulta evidente também que no trâmite da Comissão, tanto o peticionário quanto o Estado se investem como “parte”, tal como reconhecido no regulamento da Comissão (artigos 17.2.b, 25.1.2 e 8, 30.5, 36.1 e 3, entre outros).

Chama atenção que a falta de *jus standi* dos indivíduos teve como fonte de “inspiração” a Convenção europeia de direitos humanos de 1950 (vide Considerando seguinte). Mas tal privação, neste último campo, foi superada, em 1990, pela adoção do protocolo 9, a respeito às causas declaradas admissíveis pela Comissão europeia de direitos humanos. Para os redatores desse instrumento, a reforma foi um “desenvolvimento lógico do sistema de controle da Convenção”;

a impossibilidade de emprego pleno de tal sistema pelos indivíduos já era vivida na época como uma “inconsistência em relação ao espírito da Convenção”; (Protocolo 9 a Convenção de Salvaguarda dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais. Relatório explicativo, Conselho Europeu, 1992, parágrafo 12). A inovação, inclusive, tinha sido apoiada, *inter alia*, pela própria Corte europeia de direitos humanos, que a considerou “indispensável”, e pela mencionada Comissão, que lhe concedeu “importância maior” (idem, parágrafos 5 e 8, respectivamente). Cabe precisar que, a partir da vigência do protocolo 11 da Convenção europeia (1998), o qual implicou no desaparecimento da Comissão europeia, esse sistema regional que está totalmente jurisdicionalizado em torno da nova Corte europeia de direitos humanos, com acesso direto dos indivíduos a seus tribunais.

A tudo isso se justapõe que resulta irrefutável uma “interpretação reta” do processo internacional, entendida como um todo que tem que ser baseado “em um pressuposto de igualdade” entre os litigantes (Corte Interamericana de Direitos Humanos, Certas atribuições da Comissão Interamericana de Direitos Humanos..., cit., parágrafo 48), e que deve buscar um “justo equilíbrio” ou “equidade processual” (idem, Relatórios da Comissão interamericana..., cit., parágrafos 47 e 48); que o intérprete de cada procedimento “deve reconhecer e resolver os fatores de desigualdade” que se apresentem (idem, O Direito à informação sobre a assistência consular..., cit., doutrina do parágrafo 119); que “em todo processo devem concorrer determinados elementos para que exista o maior equilíbrio entre as partes, para a devida defesa de seus interesses e direitos” (idem, *Condição jurídica e direitos humanos da criança*, Parecer Consultivo OC-17/02 de 28/8/2002, Série A n17, parágrafo 132, grifo do autor; vide Item, artigo 55 da Convenção americana..., cit., parágrafos 62, 72 e 73). Ressalvadas diferenças, que não são poucas, é notório (e a própria Corte Interamericana de Direitos Humanos reconhece) que o regulamento de 2009 teve, entre seus principais objetivos, outorgar “mais protagonismo ao litígio entre os representantes das vítimas ou supostas vítimas e o Estado demandado” (idem, “Exposição de motivos da Reforma regulatória da OEA”; os Estados “já não são os únicos atores nos processos internacionais” (vide Idem, Artigo 55 da Convenção Americana..., cit., , parágrafos 50 e notas 36 e 85).

Em tais circunstâncias, a juízo desta Corte Suprema, o presente “desequilíbrio processual” reclama, para ser “solucionado” de acordo com os mencionados “equilíbrio justo” e “equidade processual”, por conferir valor vinculante às recomendações *sub discussio*, uma vez que estas são, para o peticionário, as decisões pelas quais o seu pedido indeferido ou declarado inadmissível. Sobre o princípio de igualdade perante a lei, igual proteção perante a lei e não discriminação “repousa todo o arcabouço jurídico da ordem pública nacional e internacional e é um princípio fundamental que permeia *todo o ordenamento jurídico*” (Corte IDH, *Condição jurídica e direitos dos migrantes indocumentados*, cit., parágrafo 101, itálicos adicionados).

Além disso, fica claro que as reflexões feitas pela Corte Interamericana de Direitos Humanos no último parecer consultivo emanado até o momento (Artigo 55 da Convenção Americana..., cit.) impelem o intérprete à busca de equilíbrios processuais. Por unanimidade, o tribunal esclareceu duas questões sobre a Convenção Americana. Por um lado, o concernente ao artigo 55.3 (“se, dentre os juízes chamados a conhecer do caso, nenhum for da nacionalidade dos Estados-partes, cada um destes poderá designar um juiz *ad hoc*”) para o qual firmou que a possibilidade dos Estados em nomear tal juiz *ad hoc* era inaplicável nos casos originados em petições individuais (Parecer, ponto 1). Por outro, relativa ao artigo 55.1 (“o juiz, que for nacional de algum dos Estados-partes em caso submetido à Corte, conservará o seu direito de conhecer do mesmo”), aspecto no qual respondeu que o juiz do Estado demandado “não deve participar do conhecimento” dos casos (parecer, ponto 2). Estas conclusões adquirem relevo singular no *sub lite* na medida em que reparamos em duas circunstâncias: por um lado, a resposta implicou para a Corte Interamericana de Direitos Humanos nada menos que o abandono da prática em sentido oposto que havia seguido reiterando prolongadamente (vide especialmente os parágrafos 47/54); mas – asseverou – que “quando existir fundamentos para isso, a revisão de uma interpretação elaborada previamente não só deve ser possível, como necessária” (parágrafo 52; também; voto do juiz García Ramírez, parágrafo 20). Por outro lado, teve especial consideração com a nomeação do juiz *ad hoc*, concebida “para manter o equilíbrio processual entre Estados-partes iguais em direito”, pelo qual “poderia entrar em conflito com o caráter especial dos tratados modernos de direitos humanos e a noção de garantia coletiva”. E acrescentou: “o conflito em questão se torna mais evidente quando os indivíduos e os Estados se constituem em partes processuais opostas” (parágrafo 37). Para a segunda resposta, o órgão regional reiterou “que se deve garantir a capacidade processual de todas as partes em conformidade com os imperativos e necessidades do devido processo” e que a exegese que mantinha “assegura às partes no processo a vigência de um dos princípios fundamentais da justiça, que é o devido processo” (parágrafos 76 e 77). Total: “não poderia manter uma interpretação [da Convenção Americana] que fere o princípio de igualdade [...]” (parágrafo 54).

É bastante pertinente acrescentar que as duas questões foram propostas pela Argentina e tiveram como premissas gerais “que o objetivo e finalidade do sistema internacional da Convenção é a proteção efetiva dos direitos por ela consagrados, reconhecendo na pessoa humana seu único e legítimo destinatário”; que “toda iniciativa que se realiza com vistas a fortalecer o sistema deve contemplar, prioritariamente, garantir uma melhor e mais eficaz proteção dos direitos humanos”; que a “evolução do sistema não depende, necessariamente, da introdução de reformas normativas”, pois a “interpretação do plexo de normas jurídicas” pode constituir “uma ferramenta idônea para enriquecer e aperfeiçoar” o referido sistema, e que a “prática atual” deste último em torno das questões levantadas “se revela contrária ao objetivo e finalidade da Convenção Americana”. Este era o caso para a República, pois a instituição do juiz *ad hoc*

“analisada no contexto do tratado à luz do estado de direito atual parecia sugerir que deveria ser reexaminada” a “tradicional interpretação” da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Tal instituição gerava uma “flagrante violação do direito à igualdade no processo”, em prejuízo da referida vítima, “demandante material diante do tribunal [...] A interpretação atual, de designar um juiz *ad hoc* naqueles casos decorrentes de uma queixa individual ou a preservação do juiz da mesma nacionalidade supõe uma vantagem inaceitável e incompatível com o objeto e finalidade da Convenção Americana sobre Direitos Humanos desenhada, precisamente, para proteger o indivíduo frente ao poder do Estado” (parágrafos 2 e 11; e solicitação de parecer consultivo adjunto à nota OI 41/08, 14/08/2008, da Embaixada da República da Argentina na Costa Rica). Além disso, vale notar que esta opinião consultiva se refletiu rapidamente nas regras da Corte Interamericana de Direitos Humanos de 2009 (artigos 19 e 20).

12) Que os diversas vezes mencionados artigos 50 e 51 da Convenção Americana se “inspiraram” nos artigos 31 e 32 da Convenção europeia de direitos humanos de 1950 (Convenção europeia; Corte Interamericana de Direitos Humanos, Certas atribuições da Comissão interamericana..., cit., parágrafos 45 e 46), ainda que com uma estrutura própria. O sistema europeu supracitado se assentava no funcionamento de três órgãos: a Comissão europeia de direitos humanos, a Corte europeia de direitos humanos e o Comitê de ministros do conselho europeu. A referida Comissão, na qual devia ser iniciado o trâmite de uma petição individual (Convenção Europeia, artigo 25) era chamada a se manifestar sobre o mérito de um caso por meio de um relatório (“rapport”/“report”) em que emitia sua opinião sobre os fatos encontrados e se constituíam uma violação do Estado de suas obrigações convencionais (idem, artigo 31.1). No entanto, este relatório, ao contrário do regime convencional interamericano, era transmitido para além do referido Estado (que não poderia dar-lhe publicidade), ao Conselho de ministros com as propostas que a Comissão europeia entendia como apropriadas (idem, incisos 2 e 3). Nesta fase do processo, se dentro do prazo de três meses, contados a partir da remissão do aludido relatório ao Conselho de ministros, o caso não será submetido à Corte europeia por um dos sujeitos legitimados a fazê-lo (a Comissão europeia ou um Estado interessado, idem, artigo 48), era o Comitê e não a Corte o responsável por decidir sobre o mérito da controvérsia (idem, artigo 32.1). Em suma, para esta última finalidade, os órgãos de decisão eram a Corte europeia *ou* o Conselho de ministros (vide Golsong, H.: “Implementação da proteção internacional dos direitos humanos”, em Recueil des cours de l’Académie de droit international de La Haye, t. 110 (1963), p.87).

A Convenção Americana, como antes dito, se organizou com base em dois órgãos, a Comissão e a Corte Interamericana de Direitos Humanos, excluindo-se um terceiro, ou seja, uma instituição “similar” ao Conselho de ministros (Corte Interamericana de Direitos Humanos, Certas atribuições da Comissão interamericana..., cit., parágrafo 47). No entanto, a diferença, por mais significativa que seja, não reflete de maneira alguma uma posição em desfavor da obrigatoriedade das

recomendações do artigo 51.2 da Convenção Americana. Ao invés disso, se ensina algo, é que o sistema convencional interamericano, procedendo uma espécie de substituição do terceiro órgão mencionado, previu que, depois do relatório preliminar da Comissão (equiparável ao relatório da Comissão europeia) e para a hipótese de que a causa não terminasse sob a competência da Corte Interamericana de Direitos Humanos, se produzisse uma nova intervenção da Comissão, a qual, tal como o Conselho de ministros europeu, resultava, então enquanto órgão de resolução definitiva do processo mediante um pronunciamento de observância obrigatória. Uma ordem dupla de circunstâncias respalda a questão. Por um lado, o texto do artigo 51.2 da Convenção Americana segue à risca o artigo 32.2 da Convenção europeia: se o Comitê de ministros decide que se produziu uma violação da Convenção “fixa um período em que a Alta parte contratante *deve* adotar as medidas requeridas pela decisão do Conselho de ministros” (itálicos adicionados)⁴. E, por outro, a inteligência do artigo 51.2 formulada nos termos supracitados (item 6º, último parágrafo) é precisamente a mesma que recebeu seu modelo europeu (artigo 32.2), porquanto foi com fundamento em não mais que nas duas expressões que acabam de ser colocadas em itálico (deve: “doit”/“must”), isto é, à margem do compromisso dos Estados expresso pelo inciso 4 do citado artigo 32, que a mencionada decisão do Comitê de ministros era obrigatório para aqueles (Leuprecht, Peter, “Artigo 32”, em A Convenção europeia dos direitos do homem, cit., p.704 e, especialmente, sua nota 3; em sentido análogo: van Dijk, P, van Hoff, G.J.H. e outros, Teoria e prática da convenção europeia de direitos humanos, Haia/Londres/Boston, Kluwer Law, 3ªed., 1998, p.271: sobre o artigo 32.2, quando o Conselho de ministros “tenha comprovado que se produziu uma violação da Convenção, o Estado contratante está obrigado (“*is obliged*”) a adotar medidas apropriadas dentro do período descrito” pelo primeiro). Tem sido visto, inclusive, que mesmo quando não resultava obrigatória, a opinião (“*avis*”) que a Comissão europeia proferia apresentava todas as características de um “ato jurisdicional” (Cohen-Jonathan, Gérard, A Convenção europeia dos direitos do homem, Presses Universitaires d’Aix-Marseille/Economica, 1989, p.51).

Por outro lado, a contextualização da Comissão que acaba de ser apontada, atentou que “a proteção internacional dos direitos do homem deve ser a orientação principal do direito americano em evolução”, segundo proclamou, em 1948, a Declaração Americana dos direitos e deveres do homem (considerado terceiro), também pode ser avaliada se atende-se aos antecedentes que aquela exibia na época em que foi adotada a Convenção Americana (1969). A Comissão, criada dez anos antes desta última oportunidade (Quinta Reunião de Consulta de ministros de relações exteriores, Santiago do Chile, 1959, Resolução VIII, parágrafo II), constituiu, desde o momento de sua instituição (3/10/1960), um órgão importante para o desenvolvimento e instrumentalização

4 Nota do tradutor: no original, disponível em francês e espanhol: “fixe un délai dans lequel la Haute Partie Contractante intéressée doit prendre les mesures qu’entraîne la décision du Comité des Ministres/shall prescribe a period during which the High Contracting Party concerned must take the measures required by the decision on the Committee of Ministers”

do regime de petições individuais dentro do incipiente sistema interamericano, assim como iniciador de uma prática que foi muito cedo introduzida em seu regulamento de 1960 (artigos 25-29; vide Comissão Interamericana de Direitos Humanos, Relatório sobre o trabalho desenvolvido durante sua primeira sessão (3/28-10-1960), OEA/Serv.L/V/II.1 Doc. 32, esp. pontos X e XI), aprovado ainda mais amplamente mediante a resolução XXII, adotada em 1965 na 2ª Conferência Interamericana Extraordinária (Rio de Janeiro), modificadora do estatuto da Comissão (OEA/Ser. E/XIII.1). Este trabalho precursor, inclusive, foi destacado por René Cassin na primeira sessão plenária da Conferência especializada interamericana sobre Direitos humanos (8/11/1969), isto é, no marco em que foi adotada a Convenção Americana, quando expressou que a Comissão, na época, tinha ido muito além de sua função de “promotora” dos direitos humanos, para se tornar “protetora” ao “atuar como órgão judicial” (Atas e documentos, OEA, Washington, 1973, p.433). Fato também destacado em um dos primeiros trabalhos sobre a Comissão (vide a edição de 1968 de Vasak, Karel, *La Commission interamericaine des droits de l’homme*, Paris, LGDJ, p.52-62 e pássim). Daí, a “dupla função que [...] cumpre” a Comissão (Corte Interamericana de Direitos Humanos, Controle de legalidade no exercício das atribuições da Comissão interamericana..., cit., parágrafo 30).

Mais ainda, para além do antes posto sobre o artigo 33 da Convenção Americana, os Estados membros da OEA, em 1967, adotaram o chamado “Protocolo de Buenos Aires” – que reformulou a carta da Organização e entrou em vigor em 1970 – que elevou a Comissão, como já enunciado (supra, considerando 3º) a hierarquia do órgão principal da Organização. Em suma, em conformidade com a referida Carta, a Comissão é um órgão principal e autônomo da OEA, cujo mandato surge desta Carta e da Convenção Americana, e que atua na representação de todos os países membros da Organização (Convenção Americana, artigo 35; Estatuto da Comissão, artigo 2.2). Não pode ser esquecido o fato de que, visto por outro ângulo, a Convenção Americana também se diferenciou do modelo europeu, o qual destaca a importância vital que concedeu à Comissão para o funcionamento do sistema de proteção que instrumentalizava, na medida em que a competência daquela para a tramitação de petições individuais não foi de reconhecimento facultativo pelos Estados (Convenção Europeia, artigo 25), uma vez que derivou do simples fato de ser parte da primeira (Convenção Americana, artigo 44).

13º) Que, naturalmente, um resultado definitivo e adverso para o Estado ante a Comissão implicará para aquele, segundo o critério que vem se expondo, dar conta de sua responsabilidade internacional e do dever de remediar a situação examinada pela segunda. No entanto, não é menos verdade que, para o Estado, tal seja consequência do “exercício de sua soberania”, ao ter assumido o caráter de parte da Convenção e, por fim, a competência da Comissão (Corte Interamericana de Direitos Humanos, *Cesti Furtado vs. Peru*, mérito, sentença de 29/9/1999, Série C nº56, parágrafo 169 e sua citação). Na proteção dos direitos humanos está necessariamente

compreendida a noção de restrição ao exercício de poder estatal (idem, *Condição jurídica e direitos dos migrantes indocumentados*, cit., parágrafo 76). O referido exercício, por sua vez, é assaz demonstração de que prevaleceu no Estado a decisão de reforçar a tutela interna dos direitos humanos pela via internacional (“complementar”/“coadjuvante”), com o risco, é claro, de tais resultados. A responsabilidade internacional do Estado, ao fim das contas e conforme já visto (considerando 10), é gerada na jurisdição nacional, pois é “imediate” ao ato “ilícito internacional” que lhe foi (posteriormente) atribuído (neste mesmo sentido: idem, *Bayarri vs. Argentina*, exceção preliminar, mérito, reparações e custas, sentença de 30/10/2008, Série C nº187, parágrafo 19).

Ademais, a existência do antes mencionado juízo de admissibilidade relativo ao esgotamento dos recursos internos por parte da suposta vítima (*supra*, item 9º), está “estabelecido em benefício do Estado” e tem um objetivo manifesto: “permitir” a este “resolver o problema segundo o direito interno antes de ser confrontado com um processo internacional, o que é especialmente válido na jurisdição internacional dos direitos humanos, vez que esta é ‘coadjuvante e complementar’ daquela interna (Convenção Americana, Preâmbulo)” (Corte Interamericana de Direitos Humanos, *Gangaram Panday vs. Suriname*, exceções preliminares, sentença de 04/12/1991, Série C, n.º 12, parágrafo 18 e suas citações). O Estado, em outras palavras, está dispensado de responder por seus atos ante a um organismo internacional sem que, com anterioridade, tenha tido a oportunidade de saná-los dentro de seu próprio sistema legal.

Em síntese, a emissão do relatório final pressupõe, por um lado, que o Estado não quis discordar do relatório provisório e exercer o seu direito de comparecer perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos. E, por outro, que o primeiro já teve três períodos ou oportunidades dentro dos quais pôde reparar o erro. Os dois primeiros, habitualmente extensos, que se desenvolveram no plano interno (esgotamento dos recursos locais) e durante todo o curso do processo perante a Comissão, respectivamente. É um terceiro, que não é estranho a este último, mais curto e particularmente significativo, que começa a correr a partir da transmissão do relatório preliminar desfavorável.

14º) Que, embora a interpretação do termo recomendações que se impõe do artigo 51.2 da Convenção Americana é derivação necessária das diretrizes e normas de exegese identificadas e aplicadas em repetidas oportunidades no curso desta sentença, igualmente vale acrescentar outras considerações a fim de alcançar algumas objeções que podem ainda persistir. É significativo, neste sentido, em primeiro lugar, que os tratados de direitos humanos, de acordo com o que foi exposto acima, constituem uma série de limitações à soberania dos Estados, por isso é necessário adotar uma atitude abrangente em matéria de hermenêutica das obrigações estatais, ao contrário do ensino tradicional de direito internacional (Melchior, Michel, “Notions

'vagues' ou 'indeterminées' e 'lacunes' dans la convention européenne des droits de l'homme"; em *Protecting Human Rights: The european dimension / Protection des droits de l'homme: la dimension européenne. Studies in honour of / M'langes en l'honneur de Gérard Wiarda* (F. Matscher e H. Petzold eds.), Colonia/Berlim/Bon/Munique, C. Heymanns, 2ªed, 1990, p.411), quando mais se tais obrigações são "de caráter essencialmente objetivos" (supra, considerando 6º). No âmbito da proteção internacional dos direitos humanos, não há limitações "implícitas" ao exercício dos direitos, ao passo que as expressas não de ser "interpretadas de maneira restrita" (Corte IDH, *Benjamin e outros vs. Trinidad e Tobago*, exceções preliminares, sentença de 1/9/2001, Série C nº81, voto do juiz Cançado Trindade, parágrafo 17).

Deve-se reconhecer, em segundo lugar, que é acerto que a Corte Interamericana de Direitos Humanos no já mencionado *Caballero Delgado y Santana*, depois de lembrar os artigos 50 e 51 da Convenção americana, destacou que "o termo 'recomendações' usado por esta deve ser interpretado conforme o seu sentido corrente de acordo com a regra geral de interpretação contida no artigo 31.1 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados e, portanto, não tem o caráter de uma decisão jurisdicional obrigatória cujo não cumprimento geraria a responsabilidade do Estado. Uma vez que não consta que na presente Convenção a intenção das partes tenha sido dar-lhe um sentido especial, não é aplicável o artigo 31.4 da mesma Convenção. Como consequência, o Estado não incorre em responsabilidade internacional por não cumprir uma recomendação não obrigatória" (mérito, parágrafo 67). Também reproduzido este fragmento no parágrafo 93 de *Genie Lacayo vs. Nicarágua* (mérito, reparações e custas, sentença de 29/1/1997, Série C nº30, parágrafo 79), e em *Loayza Tamayo vs. Nicaragua* (mérito, reparações e custas, sentença de 29/01/1997, Série C, n.º 33, parágrafo 79). No entanto, não é menos certo que, quanto ao artigo 51, ele constitui apenas um *obiter dictum* (*Abaco*, Julgamento: 315:449, 454-1992), uma vez que todo o atinente a este preceito o é estranho a competência do tribunal regional e, inclusive, às circunstâncias das três causas mencionadas, tal como põe em evidência o parágrafo 82 do próprio *Loayza Tamayo*: "[...] a Corte conclui que a violação ou não do artigo 51.2 da Convenção não pode ser pleiteada em um caso que, como o presente, foi submetido à consideração da Corte, uma vez que não existe o relatório atinente ao respectivo artigo". Além disso, deve ser enfatizado que a Corte Interamericana de Direitos Humanos retomou a questão em *Blake vs. Guatemala*, pronunciamento muito importante para a matéria, tanto por seu silêncio quanto por suas palavras (mérito, sentença de 24/1/1998, Série C nº36). Primeiro, não foi reiterado, ou sequer citado, o antes transcrito parágrafo 67 de *Caballero Delgado y Santana*. Segundo, somente se ateu ao "critério" presente no igualmente já referido parágrafo 82 de *Loayza Tamayo* (parágrafo 108). A bem saber, o peso de ambas as circunstâncias foi levado em consideração pelo juiz Montiel Arguello em seu voto dissidente, baseado em que a decisão deveria ter se apoiado nas doutrinas dos citados *Caballero Delgado e Santana* e *Loayza Tamayo* (parágrafos 12-14). Poderia se sustentar que "*Blake*," uma vez que marcou um afastamento dos antecedentes alusivos ao

artigo 51, reforçou a consistência do relatório preliminar, ao sustentar, “em relação ao artigo 50”; que “o artigo 33 da Convenção americana dispõe que a Comissão Interamericana é um órgão competente junto à Corte ‘para conhecer os assuntos relacionados ao cumprimento dos compromissos contraídos pelos Estados parte’, de modo que, ao ratificar a referida Convenção, os Estados-partes se comprometem a atender às recomendações que a Comissão aprova em seus relatórios” (parágrafo 108; de igual modo: *Herrera Ulloa vs. Costa Rica*, exceções preliminares, mérito, reparações e custas, sentença de 2/7/2004, Série C, nº107, parágrafos 182/187). A única referência ao parágrafo 82 de Loayza Tamayo se repetiu, após Blake, em Castillo Petruzzi e outros vs. Peru (mérito, sentença de 30/5/1999, Série C, nº52, parágrafo 212; vide Cesti Hurtado..., cit., parágrafos 186/189).

A partir de uma perspectiva análoga e entendo-as, *ex hypotesi*, como destinadas ao artigo 51.2: qual o sentido que se deve dar à doutrina da Corte Interamericana de Direitos Humanos, segundo a qual, “em virtude do princípio da boa-fé, consagrado no artigo 31.1 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, se um Estado assina e ratifica um tratado internacional, especialmente se se trata de direitos humanos, como é o caso da Convenção Americana, tem a obrigação de realizar seus melhores esforços para aplicar as recomendações de um órgão de proteção como a Comissão Interamericana que é, além disso, um dos órgãos principais da Organização dos Estados Americanos, tendo como função ‘promover a observância e a defesa dos direitos humanos’ no hemisfério (Carta da OEA, artigos 52 e 111)” (Cesti Hurtado..., cit., parágrafo 186). De acordo com o Dicionário da língua espanhola (RAE), um dos sentido correntes de “aplicar” não é “empregar, administrar ou colocar em prática [...] uma medida a fim de obter determinado efeito em algo ou alguém” ou, sem mais e precisamente para o “Direito;” “adjudicar bens ou efeitos”? Deixar de “aplicar” (“to apply;” na versão inglesa do citado parágrafo 187 de Cesti Hurtado) um tratado não constitui um descumprimento deste (vide supra, considerando 9º, frase do caso Chorzów Factory)? Ainda: qual o efeito útil da afirmação também contida em Cesti Hurtado de que “ao ratificar a referida Convenção, os Estados-partes se comprometem a atender às recomendações que a Comissão aprova em seus relatórios” (parágrafo 187, itálicos adicionados)? Não significa “atender;” segundo o referido Dicionário, “acolher favoravelmente ou satisfazer o desejo de um pedido;” mas também um “mandato”? A “obrigação” do Estado de realizar os aludidos “esforços” não pesa também para o cumprimento das decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos (vide esta última: Assunto do povo indígena Kankuano, medidas provisórias, resolução de 30/1/2007, parágrafo 10)? Não é a “boa-fé” um dos princípios básicos que regem “a criação e a execução de obrigações jurídicas” (Corte Internacional de Justiça, *Essais nucléaires* (Australia vs. França), sentença de 20/12/1974, Recueil 1974, p.268, parágrafo 46)?

Mesmo que consideradas não obrigatórias, sobre qual base jurídica a Assembleia Geral da OEA resolveu, depois de afirmar “o valor essencial do trabalho realizado pela Comissão Interamericana

de Direitos Humanos (CIDH) para o aperfeiçoamento da promoção e proteção dos direitos humanos e fortalecimento do estado de direito no Hemisfério”, encorajar os Estados membros a “darem seguimento às recomendações da CIDH, inclusive, entre outras, as medidas cautelares” (Observações e recomendações ao relatório anual da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, 03/06/2008, AG/RES. 2409 (XXXVIII-O/08), pontos 2 e 3.b; vide, no mesmo sentido, as resoluções da referida Assembleia Geral, Fortalecimento dos sistemas de direitos humanos em prosseguimento aos mandatos derivados das cúpulas das Américas, aprovadas em 4/6/2009 – AG/RES. 2521 (XXXIX-O/09) – e o de 7/6/2011 –AG/RES. 2675 (XLI-O/11)? É válido desvincular o “seguimento” proclamado pela Assembleia Geral da OEA das diversas atividades que, sob a mesma expressão, desenvolve normativamente a Comissão com o propósito de “verificar o cumprimento” de suas recomendações (“1. Uma vez publicado o relatório [...] sobre o mérito ao qual se formulou as recomendações, a Comissão poderá tomar as medidas de *seguimento* que considere oportunas, tais como solicitar informação às partes e celebrar audiências com o fim de verificar o cumprimento das recomendações. 2. A Comissão informará de maneira que considere pertinente sobre os avanços no *cumprimento* de tais recomendações”, Regulamento da Comissão, item 48, itálicos adicionados).

Finalmente, com base na própria doutrina da Corte Interamericana de Direitos Humanos sobre as “garantias mínimas” processuais que se derivam dos tratados internacionais, pode-se afirmar que nada impede e, quiçá, muito aconselhe que aquelas sejam “suscetíveis de expansão” à luz das medidas nacionais, “que ampliam o horizonte da proteção dos jurisdicionados” frente ao Estado (vide Corte Interamericana de Direitos Humanos, *El derecho a la información sobre la Asistencia consular...*, cit., opinión, ponto 6; também, Convenção Americana, artigo 29.b e c). E, assim como as normas internacionais de direitos humanos devem ser entendidas como normas “de conteúdo mínimo” (Alvarez vs, Cencosud SA, Julgamento: 333:2306, 2323 -2010-), as sentenças resultam em uma dessas medidas (Ekmekdjian vs. Sofovich, Julgamento: 315:1492, 1515 – 1992-; também p.1513; García Méndez, Julgamento:331:2691, 2702 -2008-).

15º) Que prosseguindo com a ordem expositiva anunciada no primeiro parágrafo do item anterior, cabe observar, em terceiro lugar, que dadas as raízes fincadas e maturidade que o sistema convencional interamericano atingiu no decorrer dos anos, pode-se entender que a postura mantida resulta, em todo caso, a mais consistente com a interpretação evolutiva dos instrumentos internacionais de proteção aos direitos humanos, a qual, além de ser consoante com as regras gerais de hermenêutica dos tratados contidos na Convenção de Viena e na Convenção Americana (item 29), tem sido aplicada e pronunciada em numerosas oportunidades pela Corte Interamericana de Direitos Humanos: estes tratados “são instrumentos vivos, cuja interpretação tem que acompanhar a evolução do tempo e das condições de vida atual” (vide Corte Interamericana de Direitos Humanos, *El derecho a la información sobre la asistencia*



consular..., cit., parágrafos 113/115 e citações, e voto concorrente do juiz Cançado Trindade, parágrafo 2/15; Caso do Massacre Mapiripán vs. Colombia, mérito, reparações e custas, sentença de 15/9/2005, Série C, nº134, parágrafo 106). Tempo e condições que não fizeram mais que afirmar o ser humano como um sujeito pleno de ação e proteção de seus direitos fundamentais no âmbito do Direito Internacional. Tempo e condições que também devem ser vistos à luz da Carta Democrática Interamericana, por meio da qual, em 2001, os Estados Americanos, em referência direta à Convenção Americana e ao sistema de proteção implementado por esta sob o regime de “petições”, reiteraram e resolveram, por um lado, “que a promoção e proteção dos direitos humanos são condições fundamentais para a existência de uma sociedade democrática” e, por outro, “sua intenção de fortalecer” o referido sistema “para a consolidação da democracia no Hemisfério” (preâmbulo e artigo 8). Em relação a isso, duas circunstâncias. Primeiramente, que “as justas exigências da democracia” devem “orientar a interpretação da Convenção Americana” (Corte Interamericana de Direitos Humanos, *La colegiación obligatoria de periodistas* (arts. 13 e 29 Convenção Americana sobre direitos humanos), Parecer consultivo OC-5/85 de 13 de novembro de 1985, Série A nº5, parágrafo 44). E, em segundo lugar, que não só os tribunais internacionais, mas também os “tribunais constitucionais” corresponde “definir o rumo por meio da interpretação das normas de amplo alcance e atualizar o significado dos preceitos. É indispensável que assim seja, a condição de que não se subverta a orientação essencial das normas, sob o pretexto de interpretá-las, mas sim que se aprofunde e avance” (idem, Artigo 55 da Convenção Americana..., cit., voto do juiz García Ramírez, parágrafo 21).

Em quarto lugar, é questão relevante aquela referente aos motivos pelos quais foi dada à Comissão a faculdade de incitar a competência da Corte Interamericana de Direitos Humanos quando, em não o fazendo o Estado, aquela terminaria ditando uma recomendação obrigatória. Várias são as respostas que podem ser dadas a esta interrogante. A mais fundamental se encontra no caráter arquitetônico que tem a Convenção Americana e a Corte Interamericana de Direitos Humanos em relação aos Estados-partes e às pessoas sujeitas às suas jurisdições. O relatório final da Comissão e suas recomendações, mesmo sendo obrigatório na causa em que está ditado e, inclusive, servindo a doutrina que informa para guiar as autoridades nacionais na interpretação e aplicação da Convenção Americana em outros assuntos (vide Sanchez Reisse, Julgamento:321:1328-1998-), é certo que, pelo menos neste último aspecto, o papel central repousa na obra da Corte Interamericana de Direitos Humanos. É a sua jurisprudência que é chamada a constituir uma espécie de “patrimônio jurídico de todos os países e povos da região” (Apresentação do presidente da Corte IDH, juiz Antonio A. Cançado Trindade, ante o Conselho permanente da OEA, Washington, 16/10/2002, OEA/Ser.GCP/doc.3654/02, VI). Por conseguinte, é completamente extensível à Convenção Americana e à Corte Interamericana de Direitos Humanos, mas não à Comissão, aquilo que é defendido pela Corte Europeia de Direitos Humanos em respeito à Convenção Europeia de Direitos Humanos e as suas sentenças:

assim como a primeira resulta em um “instrumento constitucional da ordem pública europeia” (Loizidou vs. Turquia, exceções preliminares, sentença de 23/3/1995, Série S, nº310, parágrafos 75 e 93; Neulinger et Shuruk vs. Suisse, Gran Sala, sentença de 6/7/2010, Recueil des arrêts et décisions 2010, parágrafo 133; Al-Skeini et autres c. Royaume-Uni, Gran Sala, sentença de 7/7/2011, Recueil des arrêts et décisions 2011, parágrafo 141), as segundas “servem não apenas para decidir sobre os casos trazidos a seu conhecimento, mas também, de maneira mais geral, para esclarecer, salvaguardar e desenvolver as normas da Convenção e atribuir, de tal maneira, a todos os Estados, os compromissos que assumiram na qualidade de partes contratantes” (Irlanda vs. Reino Unido, sentença de 18/1/1978, Série A, nº25, parágrafo 154). Se o sistema da Convenção Europeia tem por objetivo fundamental oferecer aos particulares um recurso, também tem por fim resolver, dentro do interesse geral, questões que interessam à ordem pública, elevando as normas de proteção dos direitos humanos e projetando sua jurisprudência sobre o conjunto da comunidade dos Estados partes (Konstantin Markin vs. Rússia, Gran Sala, sentença de 22/3/2012, parágrafo 89).

A referida função, no marco americano, com vistas a assegurar a ordem pública regional e ao fortalecimento de “valores comuns superiores (centrados na proteção do ser humano)” (Corte Interamericana de Direitos Humanos, Constantine e outros..., cit., parágrafo 85 e suas citações) que quiseram estabelecer os Estados-partes da Convenção Americana ao reafirmarem mediante esta “seu propósito de consolidar neste continente [...] um regime de liberdade pessoal e de justiça social, fundado no respeito aos direitos essenciais do homem” (preâmbulo), e que faz daquele tratado também um regime de “garantias coletivas” (Corte Interamericana de Direitos Humanos, Baena Ricardo e outros, competência, cit., parágrafo 97), a referida função, reitera-se, é a que permite dar um sentido profundo à existência da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Sentido que a própria Corte Interamericana de Direitos Humanos indicou ao entender como causas particularmente apropriadas para que a Comissão as levasse ante a seus magistrados, as que continham “problemas legais e controvérsias não considerados pela Corte”, ou “uma matéria que se reveste especial importância no continente”, ou nas quais a própria Comissão não tivesse podido “alcançar uma decisão unânime sobre esses problemas jurídicos” (Corte Interamericana de Direitos Humanos, La colegiación obligatoria de periodistas..., cit., parágrafo 25). Sentido que também está codificado no reconhecimento por essa instituição de ser a “intérprete última da Convenção Americana” (Almonacid Arellano y otros vs. Chile, excepciones preliminares, mérito, reparações e custas, sentença de 26/9/2006, Série C nº154, parágrafo 124). A Comissão, certamente, igualmente precisa do referido resultado paradigmático da jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos, o qual explica promover (vide especialmente os incisos c e d do artigo 45 do regulamento da Comissão). Não deveria causar surpresa então, que a primeira sentença ditada pela Corte Europeia tenha derivado de um caso levado pela Comissão Europeia de Direitos Humanos, ainda que esta tenha descartado a violação alegada pelo ator. Contudo,

segundo explicou C.H.M. Waldock, presidente da Comissão, procedeu-se de tal maneira não porque seus membros tenham mudado de critério ou tivessem dúvidas sobre os fundamentos de sua decisão, mas porque o litígio se referia, *inter alia*, a “aspectos jurídicos de importância fundamental para a interpretação da Convenção Europeia” (Eissen, Marc-Andre, “*Le premier arrêt de la Cour européenne des droits de l’homme: affaire Lawless, exceptions préliminaires et questions de procédure*”, em *Annuaire français de droit international*, 1960, vol.6, ps.452/453).

16) Por último, é fundamental destacar outros dois motivos. Por um lado, se alguma dúvida se mantém a esta altura do discurso, a máxima *ut res magis valeat quam pereat*, também conhecida como de “efeito útil”, é regra geral de interpretação já estabelecida antes mesmo de sua recepção no artigo 31 da Convenção de Viena e impõe, tal como explica a Comissão de Direito Internacional, que quando um tratado é suscetível, *verbi gratia*, de duas interpretações, uma das quais lhe permite produzir seus efeitos desejados e a outra não, a boa-fé e a necessidade de realizar o objeto e a finalidade do instrumento exigem a adoção da primeira das duas interpretações (Anuário da Comissão de Direito Internacional, 1966, volume II, p.239); vide Corte Internacional de Justiça, *Affaire du Détroit de Corfou*, sentença de 9/4/1949, *Recueil* 1949, p.24 e citações). Assim também manteve a Corte Interamericana de Direitos Humanos (Godínez Cruz..., exceções preliminares, cit., parágrafo 33, com citação do precedente da Corte Permanente de Justiça Internacional *Free zones of upper savoy and the district of Gex*, de 1929), a qual advertiu, segundo já exposto, que este princípio é aplicável tanto aos aspectos substantivos do tratado quanto aos processuais (*supra*, considerando 5º). A alternativa mais favorável para a tutela dos direitos protegidos “*deve sempre ser a eleita [...]*” (Corte Interamericana de Direitos Humanos, *Caso Massacre de Mapiripán...*, cit., parágrafo 106, itálicos adicionados).

Paralelamente, o princípio *pro homine* ou *pro persona*, que “informa todo o direito dos direitos humanos” (Portal de Belém, Julgamento: 325:292, 306 -2002) e que é “inerente” ao Direito Internacional dos direitos humanos (Madorrán, Julgamento: 330:1989, 2004-2007), “impõe privilegiar a interpretação legal que forneça ao ser humano mais direitos frente ao poder estatal” (Acosta, Julgamento: 331:858, 864-2008).

Por outro lado, e em qualquer caso, parece claro que o regime de petições criou, pelo menos, “expectativas legítimas” na pessoa sujeita à jurisdição de um Estado-parte da Convenção Americana de que constitui-se em um procedimento real e efetivo, não conjectural ou ilusório (vide Vizzoti, Julgamento: 327:3677, 3688-2004; Madorrán, Julgamento: 330:1989, 2007-; Pérez c. Disco SA, Julgamento: 332:2043, 2056/2057 -2009), para obter do Estado a reparação de seus agravos. Logo, é preciso notar que a aplicação do já referido princípio de boa-fé no cumprimento dos tratados indica, precisamente, que uma das formas de satisfazê-lo pelos Estados é “honrando” o mencionado tipo de expectativas (Villiger, Mark E., *Commentary on the 1969 Vienna Convention*

on the Law of Treaties, Leiden/Boston, M.Nijhoff, 2009, ps.425/426 e citações). Pode se afirmar, parafraseando o juiz García Ramírez, que “a proclamação de direitos sem a provisão de garantias para fazê-los valer fica no vácuo. Se converte em uma fórmula estéril, que dá expectativas e gera frustrações. De modo que é preciso estabelecer as garantias que permitam reivindicar o reconhecimento de direitos, recuperá-los quando tenham sido desconhecidos, restabelecê-los se tiverem sido violados e colocá-los em prática quando seu exercício encontrar obstáculos injustificados” (Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados*, cit., parágrafo 36).

17º) Que, contudo, é preciso esclarecer que a obrigatoriedade das recomendações do relatório final reconhece, como o próprio artigo 51.2 enuncia, recomendações “pertinentes”, isto é, só as dirigidas a “remediar a situação examinada”, a qual não poderia ser outra que a do próprio peticionário do agravo produzido em relação a ele. Soma-se a isso que, como também é assinalado no referido preceito (“o Estado deve tomar as recomendações que lhe compete”), o cumprimento local das recomendações terá de se realizar com estrito respeito da ordem de distribuição de competências previsto pelo ordenamento jurídico interno, principalmente pela Constituição nacional. Mas, nenhum questionamento sobre essas questões, nem sobre as supra antecipadas (considerando a 3º) foi formulado ante esta instância e, finalmente, uma “indenização” constitui “a forma mais comum” de reparar um dano (Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Velásquez Rodríguez vs. Honduras*, reparações e custas, sentença de 21/7/1989, Série C nº7, parágrafo 25).

18) Em conclusão, corresponde indeferir a queixa do Estado nacional e reconhecer o caráter obrigatório para este das recomendações do artigo 51.2 da Convenção Americana formuladas no Relatório nº 30/97 da Comissão, sob risco de incorrer em interpretação oposta a todas as pautas e critérios de hermenêutica reiteradamente lembrados. É evidente, no juízo deste Tribunal, que tal resultado é o que impõe o “sentido” que deve se atribuir aos termos do citado preceito, tanto no “contexto” específico quanto no geral em que estão inseridos, atendendo ao “objeto e finalidade” do regime de petições e da Convenção Americana de maneira integral. É, ao par, o que melhor responde ao princípio de “boa-fé” e do “efeito útil” de tal regime, evitando assim, o “enfraquecimento” do sistema, quando não, por assim dizer, do próprio ser humano ao qual está destinado a servir. O direito de petição individual “abriga [...] a última esperança dos que não encontraram justiça no âmbito nacional” (Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Condición jurídica y derechos humanos del niño*, cit., voto do juiz Cançado Trindade, parágrafo 22).

Mais ainda: este desenlace se adequa inteiramente à concreta posição sustentada pelo Estado no âmbito da OEA, a qual, por outro lado, mantém grande sintonia com aquela acima mencionada (considerando 11). Com efeito, nas “Observações da delegação argentina aos pontos de discussão no “Plano de trabalho para a continuidade do processo de reflexão sobre o



sistema interamericano de promoção e proteção aos direitos humanos (2008-2009) (CO/CAJP-2665/08 rev. 2 corr.1)' correspondentes à sessão da CAJP (Comissão de Assuntos Jurídicos e Políticos) de 13 de novembro"; foi expresso: "III. Relatório do artigo 51: Partilhamos o valor e a importância do relatado no artigo 51. Nesse sentido, ressaltamos as importantes contribuições que, na experiência argentina, tiveram as recomendações formuladas pela Comissão por meio de tal procedimento que contribuíram decisivamente na declaração de inconstitucionalidade das leis de Obediência Devida e de Ponto Final (relatório 28/92), relatórios que, inclusive, têm sido declarados de observância obrigatória pela Justiça argentina. (Caso Carranza Latrubesse)" (CP/CAJP-2676/08, 17/11/2008, p.2, as formas em itálico e negrito correspondem ao original; também: "Plano de trabalho para a continuidade do processo de reflexão sobre o sistema interamericano de promoção e proteção dos direitos humanos (2008-2009)", CP/CAJP-2665/08 rev. 7. 23/2/2009, p.14; e "Resultados do processo de reflexão dos direitos humanos (2008-2009)", CP/CAJP-2665/08 rev. 8, corr.3, 18/3/2009, p.16).

Também, é de se fazer notas as razões pelas quais a representante argentina ante o Grupo Especial de Trabalho e Reflexão sobre o Funcionamento da Comissão Interamericana de Direitos Humanos enfatizou a necessidade de imprimir maior celeridade no trâmite das petições e casos perante a Comissão. Atrasos excessivos ou demora – afirmou – por um lado, colocam "em crise o fim último do mecanismo de proteção internacional"; isto é, "uma resposta subsidiária, mas eficaz, a nível internacional, tendente a promover o cumprimento das obrigações do Estado em matéria de direitos humanos e a combater a impunidade" e, por outro, "atentam contra a esperança das vítimas de obter justiça e operam negativamente sobre as possibilidades de produzir uma resposta eficaz do Estado" ("Apresentação da delegação argentina sobre os temas 'assuntos de procedimento de tramitação dos casos e pedidos individuais ante a CIDH' e 'medidas cautelares'" (Reunião do grupo de trabalho de 20 de setembro de 2011), GT/SIDH/INF.6/11, 26/9/2011, I; também: GT/SIDH/INF. 17/11 rev. 1, 7/11/2011, ps. 16/17).

Cabe esclarecer que o juiz Fayt deixa assentado que o que foi decidido anteriormente não se contrapõe aos fundamentos de suas discordâncias de Julgamento: 327:3312; 328:2056 e 330:3248, toda vez que as questões de ordem pública (artigo 27 da Constituição Nacional) levadas em conta para resolver os casos mencionados não guardam relação com as debatidas nestas atuações.

19) Que, no que diz respeito à reclamação do autor, deve ser entendido que não resulta atendível, pois o recurso extraordinário denegado carece de fundamentação suficiente para questionar o aspecto não federal da sentença do *a quo* contra a qual se dirige. O recorrente alega que, para determinar o montante de indenização, "deve ser considerado aquilo de que fora privado: o salário, o direito a uma carreira judicial – ou ao menos a sua possibilidade –, o direito à antiguidade,

o direito à aposentadoria, ou, alternativamente, o valor líquido dos salários perdidos (sem o desconto da aposentadoria), mais reparação por danos morais” (fls.452 do expediente principal).

No entanto, independentemente de outras razões que levariam a rejeitar a proposição, duas circunstâncias são suficientes para estabelecer. Primeiramente, o recurso não expressou de maneira concreta e pormenorizada, e nem sequer de forma global, a base de cálculo e a quantia total. Em segundo lugar, ainda que se admitindo a hipótese de que, como deseja o recorrente, “a reparação deve anular, deixar sem efeito, apagar as consequências da violação do devido processo, que impediu que o julgamento útil sancionasse a remoção e ordenasse a reparação do dano inferido” (fls. 449), o que importa é que aquele omite expor por que somar-se os “salários” não pagos ou o “montante líquido” quando, resulta de seu próprio relato, indicado anteriormente neste julgamento, que a pretensão que restou com seguimento impedido não requeria a reposição do cargo. Em outras palavras, se “excluir” a mencionada violação implica voltar sobre o demandado mas não julgado, resta evidente que o pedido de que seja “sancionada” a medida não tinha por objetivo “apagar” a remoção, mas só a obtenção dos danos por esta inferidos. De modo que o “direito à aposentadoria”, além de não ser explicado em que consiste, recaíram sobre si as mesmas objeções anteriores. E, sobre os conceitos restantes invocados como sujeitos à indenização, o autor não demonstra que o montante fixado pela Câmara não seria suficiente, especialmente uma vez que, como apontado, o recurso especial silencia sobre a quantificação. Finalmente, a alegação relativa aos juros (fls. 457) ignora que a indenização que foi estabelecida pelo *a quo* “em valores da data de seu pronunciamento” (supra, considerando 1º).

Assim, ouvido o Procurador Geral, é parcialmente deferida a reclamação e o Recurso Especial do Estado nacional e se confirma a sentença recorrida quanto à matéria que foi examinada; e se indefere a queixa do autor. Publique-se, seja dado por perdido o depósito do ator, archive-se com cópia da presente, seja apensada a queixa na demanda principal e devolva-se.

RICARDO LUIS LORENZETTI
ENRIQUE S. PETRACCHI
ELENA I. HIGHTON DE NOLASCO
CARLOS S. FAYAT
JUAN CARLOS MAQUEDA
E. RAUL ZAFFARONI
CARMEN M. ARGIRAY

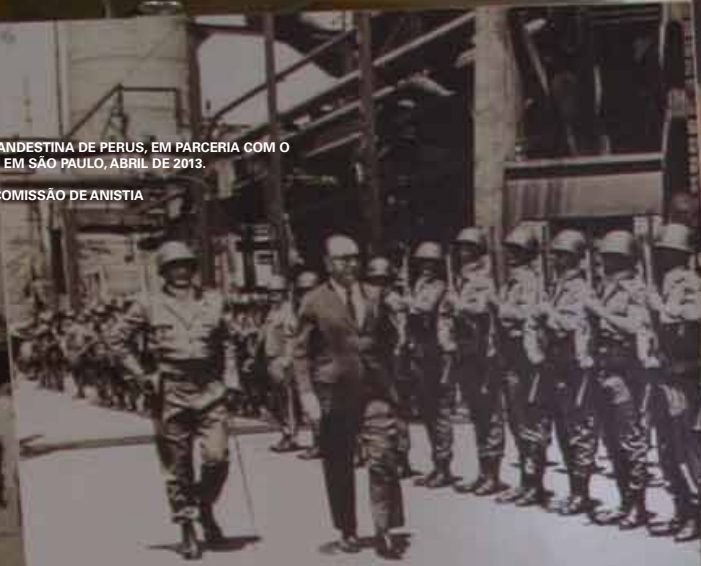


CARTAZ 1975, ANO INTERNACIONAL DA MULHER.

FONTE: ACERVO DA COMISSÃO DE ANISTIA.

EXPOSIÇÃO VALA CLANDESTINA DE PERUS, EM PARCERIA COM O INSTITUTO MACUCO, EM SÃO PAULO, ABRIL DE 2013.

FONTE: ACERVO DA COMISSÃO DE ANISTIA



O governo do gen. Emilio Garrastazu Medici foi o mais violento da fase ditatorial.

O período foi marcado pelo aumento da repressão política, da censura aos meios de comunicação e pelas torturas e assassinatos de presos políticos.

O 4º ditador gen. Ernesto Geisel continua esta política de execuções. Em 1975 foi oficializada a **Operação Condor**, que sobre a influência dos EUA uniu as ditaduras da América do Sul: Brasil, Argentina, Uruguai, Paraguai, Chile, Bolívia, tendo o Brasil papel de destaque, com cursos de formação de torturadores e envios de armamentos.

O envolvimento de efetivos regulares da segurança com as práticas de grupos assassinos explica a conivência com o crime por parte de corporações historicamente fundadas na lei e na ordem. O Esquadrões da Morte nestes países contaminaram o Exército.

Estima-se que a Operação Condor resultou em mais de 400 mil torturados e 100 mil assassinatos.

Em 1983, no governo do gen. Figueiredo, o último ditador, têm início a campanha das **Diretas Já**, que acabou rejeitada no Congresso Nacional. Mas a pressão exercida pelo povo garantiu que o fim da ditadura se tornasse real.

Membros da CPI em reunião em 27 de março de 1984, após o início do trabalho e discussão dos pontos da agenda. O grupo foi convocado e nomeado para a data de 27 de março de 1984 para a abertura. Havia 100 membros em uma reunião despretensiosa.



Constituintes da CPI em reunião em 27 de março de 1984, após o início do trabalho e discussão dos pontos da agenda. O grupo foi convocado e nomeado para a data de 27 de março de 1984 para a abertura. Havia 100 membros em uma reunião despretensiosa.



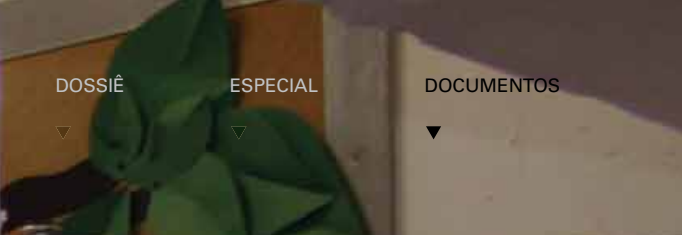
25/10/1975, no DOI-CODI, sob o comando do gen. Ednardo D'Ávila Mello, foi torturado até a morte por asfixia o jornalista Vladimir Herzog. Tornando-se um símbolo de luta contra a ditadura militar no Brasil. Mesmo depois do fim da ditadura o crime ainda não foi punido.

Zuzi Angel nunca perdeu a esperança de reencontrar o filho, nem que fosse apenas para ter o direito de enterrá-lo. Stuart Angel Jones foi assassinado sob tortura na Base Aérea de Galeão. Incansável nas denúncias, Zuzi também acabou assassinada pelo militar em 14/04/76.



VALA INDESTINADA E PERUS

PARECIDOS POLÍTICOS,
ENCERRADO



13/03/64 - Comissão realizada no Central do Brasil no Rio de Janeiro. João Goulart defende as Reformas de Base.



31 de março de 1964: tropas mineiras e paulistas marcham para a Guanabara. É o começo do Golpe de Estado.

Os generais Antonio Carlos Moura e Cláudio Mouton Pinto, conspiradores fascistas que mobilizaram tropas pelo golpe militar. À direita, o então governador de Minas Gerais, o tenente-coronel Magalhães Pinto, uma das figuras civis da direita que apoiou o golpe e a instalação de militares no Brasil.



1964 - O 1º-Ato Institucional suspende o direito de voto em estado de sítio, suspende os direitos políticos sem condenação judicial, permite a cassação do mandato legislativo, permite a cassação do poder de voto e a cassação do mandato legislativo. O 1º-Ato em 27/10/65, extinguiu os poderes políticos e de voto de todos os membros do Congresso Nacional e de outros órgãos legislativos, gerando por decreto a eleição indireta para presidente e governador. O 1º-Ato também suspendeu os direitos políticos e de voto de todos os membros do Congresso Nacional e de outros órgãos legislativos, gerando por decreto a eleição indireta para presidente e governador. O 1º-Ato também suspendeu os direitos políticos e de voto de todos os membros do Congresso Nacional e de outros órgãos legislativos, gerando por decreto a eleição indireta para presidente e governador.

9/4/1964 - O 1º-Ato Institucional suspende o direito de voto em estado de sítio, suspende os direitos políticos sem condenação judicial, permite a cassação do mandato legislativo, permite a cassação do poder de voto e a cassação do mandato legislativo. O 1º-Ato em 27/10/65, extinguiu os poderes políticos e de voto de todos os membros do Congresso Nacional e de outros órgãos legislativos, gerando por decreto a eleição indireta para presidente e governador. O 1º-Ato também suspendeu os direitos políticos e de voto de todos os membros do Congresso Nacional e de outros órgãos legislativos, gerando por decreto a eleição indireta para presidente e governador.

REVISTA DA ANISTIA

NORMAS EDITORIAIS

Art. 1º A Comissão de Anistia do Ministério da Justiça receberá textos de todas as áreas das Ciências Humanas e Sociais, em formato de artigo acadêmico, para publicação na Revista Anistia Política e Justiça de Transição.

Art. 2º Os trabalhos serão recebidos no correio eletrônico revistaanistia@mj.gov.br.

Art. 3º Os artigos a serem publicados na Revista da Anistia Política no Brasil, independente da área, deverão versar sobre a Anistia Política e/ou a Justiça de Transição, no Brasil e no exterior.

Parágrafo Único: Serão aceitos até dois trabalhos de Iniciação Científica por edição, devendo tal condição ser expressamente informada na folha de rosto.

Art. 4º Os textos recebidos em conformidade com estas normas serão encaminhados ao Conselho Editorial da Revista, de forma não identificada, para avaliação e aprovação para publicação.

Art. 5º Os textos aprovados pelo Conselho Editorial serão publicados na Revista da Anistia Política no Brasil, em ordem a ser

definida pela Coordenação-Executiva, em um dos três números subsequentes à aprovação.

Parágrafo Único: Havendo número de textos aprovados para além da capacidade de publicação da Revista, os mesmos serão devolvidos aos autores, acompanhados de carta de aprovação.

Art. 6º Serão aceitos para publicação textos em português, espanhol e inglês.

Parágrafo Único: Textos em outras línguas poderão ser aceitos, após solicitação ao Conselho Editorial, restando ao Presidente do Conselho a opção de publicá-los na língua original ou em versão traduzida.

Art. 7º Para que sejam considerados aptos para o envio ao Conselho Editorial, os textos deverão ser inéditos e remetidos em documento aberto de Word 97 (ou inferior), com as seguintes formatações:

- a) Papel A4;
- b) Fontes Times New Roman, tamanho 12;
- c) Espaçamento entre parágrafos 1,5;



d) Total de laudas não inferior a 10 e nem superior a 25, excluída a folha de rosto;

e) Referências e notas de rodapé em formato ABNT Vancouver (SOBRENOME, nome. Título. Cidade: Editora, data, páginas);

f) Folha de rosto contendo: título e subtítulos, dados pessoais dos autores, contato e endereço, formação e atuação profissional, titulação, indicação sobre tratar-se de artigo de iniciação científica ou não, órgãos de fomento, outras informações relevantes.

Parágrafo único: A folha de rosto deverá vir no corpo do próprio texto e ser o único local onde resta identificada a autoria, sob pena de desclassificação.

Art. 8º Todos os trabalhos deverão conter, no corpo do texto, resumo em português e em língua estrangeira (inglês, francês ou espanhol), bem como três palavras-chave nas duas línguas do resumo.

Art. 9º Deve acompanhar o envio do texto e-mail de cessão de direitos autorais para a edição impressa e on-line da Revista da Anistia Política no Brasil, restando liberada a republicação dos textos após a publicação na revista, desde que referida a publicação original.

§ 1º. Caso o enviante não possua e-mail em nome próprio, para que registre-se a cessão de direitos, deverá enviar termo de cessão assinado e escaneado, como anexo.

§ 2º. Os textos publicados dão direito aos autores a receber cinco exemplares da Revista, independente de quantos forem.

Art. 10º É de responsabilidade dos autores o conteúdo dos textos, bem como a veracidade das informações prestadas, inclusive quanto ao ineditismo dos textos.

Parágrafo único: É de responsabilidade dos autores informar à Comissão de Anistia caso o texto previamente aprovado seja publicado em outro veículo, incluindo a internet, antes da publicação oficial da Revista.

Brasília, 13 de fevereiro de 2009.

Paulo Abrão Pires Junior

Presidente do Conselho Editorial

Marcelo D. Torelly

Coordenador-Geral do Conselho Editorial

CONVERSA PÚBLICA DA CLÍNICA DO TESTEMUNHO DO INSTITUTO
PROJETOS TERAPÊUTICOS, SÃO PAULO, 15 DE ABRIL DE 2013.

FONTE: ACERVO DA COMISSÃO DE ANISTIA.



CONVERSA PÚBLICA DA CLÍNICA DO TESTEMUNHO DO INSTITUTO
SEDES SAPIENTIAE, SÃO PAULO, 16 DE ABRIL DE 2013.

FONTE: ACERVO DA COMISSÃO DE ANISTIA.



CONVERSA PÚBLICA DA CLÍNICA DO
TESTEMUNHO DO INSTITUTO PROJETOS
TERAPÊUTICOS, RIO DE JANEIRO,
EM 17 DE ABRIL DE 2013.

FONTE: ACERVO DA COMISSÃO DE ANISTIA.



FOTO 30: CONVERSA PÚBLICA DA CLÍNICA DO
TESTEMUNHO DA SIGMUND FREUD ASSOCIAÇÃO
PSICANALÍTICA, PORTO ALEGRE, EM 25 DE ABRIL DE 2013.

FONTE: ACERVO DA COMISSÃO DE ANISTIA.

* ALDO SILVA ARANTES * ALÍPIO CRISTIANO DE FREITAS * AMARO ALEXANDRINO DA ROCHA * AMÉRICO ANTÔNIO FLORES NICOLATTI * ANA
ANA WILMA OLIVEIRA MORAES * ANGELA TELMA OLIVEIRA LUCENA * ANTONIA MARA VIEIRA LOGUERCIO * ANTONIO CARLOS FON * ANTONIO
A NETTO * ANTONIO RIBEIRO PENNA * APARECIDA ALVES DOS SANTOS * APOLÔNIO DE CARVALHO * ARI CÂNDIDO FERNANDES * ARMANDO
ÉLIO PERES * BEATRIZ ARRUDA * BELARMINO BARBOSA SIQUEIRA * BENITO PEREIRA DAMASCENO * BERGSON GURJÃO FARIAS * BOLÍVAR
AUGUSTO MARIGUELLA * CARLOS EUGÊNIO SARMENTO COÊLHO DA PAZ * CARLOS GUILHERME DE M. PENAFIEL * CARLOS LAMARCA * CARLOS
E FON * CELSO ANTUNES HORTA * CHICO MENDES * CLARA CHARF * CLEY DE BARROS LOYOLA * CRISTINA MARIA BUARQUE * DANIEL AARÃO
ARCY RODRIGUES DE FREITAS * DAVID CAPISTRANO * DENISE FRAENKEL KOSE * DENISE OLIVEIRA LUCENA * DENIZE FONTELLA GOULART *
FREITAS * DIMAS FLORIANI * DINALVA OLIVEIRA TEIXEIRA * DOM MARCELO PINTO CARVALHEIRA * EDGARD DE ALMEIDA MARTINS * EDSON
ARDO DIAS CAMPOS SOBRINHO * ELIA MENEZES ROLA * ELIANA BELLINI ROLEMBERG * ELIESER VAZ COELHO * ELÍRIO BRANCO DE CAMARGO
ZA MONNERAT * EMÍLIO RUBENS CHASSEREUX * EPAMINONDAS JACOME RODRIGUES * ESTRELLA DALVA BOHADANA * EULER FERREIRA DA
AYDE * FLÁVIO KOUTZII * FRANCISCO DE ASSIS LEMOS * FRANCISCO DERLI * FRANCISCO MARTINELLI * FRANCISCO PINTO MONTENEGRO *
RTEN MORRIS * FREI FERNANDO * FREI JOÃO * GEORGE DE BARROS CABRAL * GERMANA CORREA LIMA * GILDO SCALCO * GILNEY
HALUE YA MAGYTI * HAMILTON PEREIRA DA SILVA * HELDER SUAREZ BEDENDO * HELENA SOARES MELO * HELENA SUMIKO HIRATA * HELENITA
MARTINS DE CARVALHO * HUDSON CUNHA * IARA XAVIER * IDIBAL PIVETTA * IGOR GRABOIS OLIMPIO * ILTO VIEIRA * INÁ MEIRELES DE SOUZA
LHO * ISOUDE SOMMER * IVAN DE SOUZA ALVES * IVAN SEIXAS * IZABEL MARQUES TAVARES DA CUNHA * JANE VASCONCELOS DANTAS *
S PAREDES SOTO * JOANA D'ARC BIZOTTO LOPES * JOANA D'ARC VIEIRA NETO * JOÃO AMAZONAS * JOÃO ARTHUR VIEIRA * JOÃO BATISTA
ULART * JOÃO CARLOS ALMEIDA GRABOIS * JOÃO CHILE * JOÃO LUIZ SILVA FERREIRA * JOÃO MAURO BOSCHIERO * JOÃO RICARDO BESSA
ON CRISPIM * JOILSON SANTOS DE CARVALHO * JORGE RAIMUNDO NARRAS * JORGE SALDANHA DE ARAUJO * JOSAIL GABRIEL DE SALES *
* JOSÉ CALISTRATO CARDOSO FILHO * JOSÉ CARLOS NOVAIS DA MATTACHADO * JOSÉ CELSO MARTINEZ * JOSÉ DALTRO DA SILVA * JOSÉ
NOLETO * JOSÉ PORFÍRIO DE SOUZA * JOSÉ ROGÉRIO LICKS * JOSÉ SERRA * JOSÉ TADEU CARNEIRO CUNHA * JOSÉ VELOSO * JÚLIO PRATA *
DE OLIVEIRA * LANGSTEIN DE ALMEIDA AMORIM * LAURINDO MARTINS JUNQUEIRA FILHO * LENIRA MARIA DE CARVALHO * LEONEL BRIZOLA
LUIZ CARLOS PRESTES * LUIZ DE GONZAGA TRAVASSOS DA ROSA * LUIZ FELIPE RATTON MASCARENHAS * LUIZ GONZAGA TRAVASSOS DA
NOEL CYRILLO DE OLIVEIRA NETTO * MANOEL MOSART MACHADO * MANOEL SERAFIM DOS ANJOS * MARCOS JOSÉ BURLE DE AGUIAR * MARIA
S * MARIA DAS DORES DA SILVA * MARIA DE FÁTIMA MENDES DA ROCHA * MARIA DO PILAR COSTA SANTOS * MARIA DO SOCORRO DE
RIA FAUSTINO DE ALMEIDA AMARAL * MARIA IGNES DA COSTA D. E. BASTOS * MARIA JOSÉ RIOS P. DA S. LINDOSO * MARIA REGINA P. DA
RIJANE VIEIRA LISBOA * MARILIA DE CARVALHO GUIMARÃES * MARINA VIEIRA * MARIO COVAS * MÁRIO MAGALHÃES LOBO VIANA * MARIO
AURICE POLITI * MIGUEL ARRAES * MIGUEL DARCY DE OLIVEIRA * MIGUEL PRESSBURGER * NANCY MANGABEIRA UNGER * NARCISA BEATRIZ
AZAREH ANTONIA OLIVEIRA * NELSON CORDEIRO * NELSON REMY GILLET * NELSON RODRIGUES * NESTOR PEREIRA DA MOTA * NILMÁRIO DE
MALTA * OLIVIA RANGEL JOFFILY * ORLANDO MARETI SOBRINHO * OSCAVU JOSÉ COELHO * PAULO FRATESCHI * PAULO FREIRE * PAULO

Comissão de Anistia Ministério da Justiça

PERCY VARGAS * PERI DE ARAÚJO COTTA * PERLY CIPRIANO * PETER JOHN MCCARTHY * RAUL JORGE ANGLADA PONT * REGENIS BADING
DE * REYNALDO JARDIM SILVEIRA * RICARDO DE MORAES MONTEIRO * ROBERTO FARIA MENDES * ROGÉRIO LUSTOSA * RÔMULO DANIEL
ARY NOGUEIRA * RUY FRASÃO SOARES * SEBASTIANA CORREIA BITTENCOURT * SELMA LAIZ VIANA MONTARROYOS * SÉRGIO DE MAGALHÃES
OYOS * SINVAL DE ITACARAMBI LEÃO * SOLANGE LOURENÇO GOMES * SONIA HIPÓLITO * SONIA LINS * STUART ANGEL JONES * ULYSSES DE
VITOR BORGES DE MELO * VLADIMIR HERZOG * WALMIR ANDRA DE OLIVEIRA * ZIRALDO ALVES PINTO * ZULEIDE APARECIDA DO NASCIMENTO