

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
2ª CÂMARA DE COORDENAÇÃO E REVISÃO
6ª CÂMARA DE COORDENAÇÃO E REVISÃO
PROCURADORIA FEDERAL DOS DIREITOS DO CIDADÃO

JUSTIÇA DE TRANSIÇÃO,

DIREITO À
MEMÓRIA E À VERDADE:
BOAS PRÁTICAS.

COLETÂNEA DE ARTIGOS

VOL. 4

MPF
Ministério Público Federal

JUSTIÇA DE TRANSIÇÃO

DIREITO À MEMÓRIA E À
VERDADE: BOAS PRÁTICAS

Ministério Público Federal

Procuradora-Geral da República

Raquel Elias Ferreira Dodge

Vice-Procurador-Geral da República

Luciano Mariz Maia

Vice-Procurador-Geral Eleitoral

Humberto Jacques de Medeiros

Ouvidor-Geral do Ministério Público Federal

Juliano Baiocchi Villa-Verde de Carvalho

Corregedor-Geral do Ministério Público Federal

Oswaldo José Barbosa Silva

Secretário-Geral

Alexandre Camanho de Assis



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
2ª CÂMARA DE COORDENAÇÃO E REVISÃO
6ª CÂMARA DE COORDENAÇÃO E REVISÃO
PROCURADORIA FEDERAL DOS DIREITOS DO CIDADÃO

JUSTIÇA DE TRANSIÇÃO

DIREITO À MEMÓRIA E À
VERDADE: BOAS PRÁTICAS

COLETÂNEA DE ARTIGOS

Volume.4

Disponível em:

<<http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr2/publicacoes>>

DADOS INTERNACIONAIS DE CATALOGAÇÃO NA PUBLICAÇÃO (CIP)

B823m

Brasil. Ministério Público Federal. Câmara de Coordenação e Revisão, 2.

Justiça de transição, direito à memória e à verdade : boas práticas / 2ª Câmara de Coordenação e Revisão, Criminal ; 6ª Câmara de Coordenação e Revisão, Populações Indígenas e Comunidades Tradicionais ; Procuradoria Federal dos Direitos do Cidadão. – Brasília : MPF, 2018.

558 p. – (Coletânea de artigos ; v. 4)

Disponível também em: <www.mpf.mp.br>.

ISBN 978-85-85257-39-2

1. Justiça de transição. 2. Ditadura militar (1964-1985). 3. Crime contra a humanidade. 4. Comissão Nacional da Verdade (Brasil) (CNV). 4. Perseguição política. 5. Direitos humanos. I. Brasil. Ministério Público Federal. Câmara de Coordenação e Revisão, 6. II. Brasil. Ministério Público Federal. Procuradoria Federal dos Direitos do Cidadão. III. Título. IV. Série.

CDDir 341.234

Elaborado por Juliana de Araújo Freitas Leão – CRB1/2596

Membros integrantes da 2ª Câmara de Coordenação e Revisão

Titulares:

Luiza Cristina Fonseca Frischeisen – coordenadora
Subprocuradora-Geral da República

José Adonis Callou de Araújo Sá
Subprocurador-Geral da República

Juliano Baiocchi Villa-Verde de Carvalho
Subprocurador-Geral da República

Suplentes:

Márcia Noll Barboza
Procuradora Regional da República

Cláudio Dutra Fontella
Procurador Regional da República

Rogério José Bento Soares do Nascimento
Procurador Regional da República

Tulio Borges de Carvalho
Secretário Executivo

Membros integrantes da 6ª Câmara de Coordenação e Revisão

Titulares:

Antônio Carlos Alpino Bigonha
Subprocurador-Geral da República – coordenador

Mário Bonságua
Subprocurador-Geral da República

Roberto Thomé
Subprocurador-Geral da República

Suplentes:

Felício de Araujo Pontes Junior
Procurador Regional da República

Marcelo Veiga Beckhausen
Procurador Regional da República

Eliana Peres Torelly de Carvalho
Procuradora Regional da República

Marco Paulo Froes Schettino
Secretário Executivo

Coordenação e Organização

2ª Câmara de Coordenação e Revisão
6ª Câmara de Coordenação e Revisão
Procuradoria Federal dos Direitos do Cidadão

Planejamento visual, revisão e diagramação

Secretaria de Comunicação Social

Normalização Bibliográfica

Coordenadoria de Biblioteca e Pesquisa (Cobip)

Procuradoria-Geral da República

SAF Sul, Quadra 4, Conjunto C
Fone (61) 3105-5100
70050-900 - Brasília - DF

www.mpf.mp.br

Membros integrantes da Procuradoria Federal dos Direitos do Cidadão

Deborah Macedo Duprat de Britto Pereira

Procuradora Federal dos Direitos do Cidadão
Subprocuradora-Geral da República

Domingos Sávio Dresch da Silveira
Procurador Federal dos Direitos do Cidadão
Adjunto
Subprocurador-Geral da República

Marlon Alberto Weichert
Procurador Federal dos Direitos do Cidadão
Adjunto
Procurador Regional da República

Eugênia Augusta Gonzaga
Procurador Federal dos Direitos do Cidadão
Adjunto
Procuradora Regional da República

Patrícia Campanatti
Secretária Executiva

SUMÁRIO

	Apresentação	9
1	A justiça de transição no Brasil: aspectos conceituais e a participação do Ministério Público na consecução dos fins	12
	<i>André Luiz Pereira Spinieli</i>	
2	Apontamentos sobre justiça de transição	44
	<i>Marlon Alberto Weichert</i>	
3	A experiência da Rede Latino-Americana de Justiça de Transição: mecanismos e desafios para o avanço justransicional	70
	<i>Sofia Bordin Rolim, José Carlos Moreira da Silva Filho</i>	
4	A teoria da legislação simbólica aplicada à lei da anistia brasileira: uma transição inacabada	86
	<i>Natália Damasceno e Sousa</i>	
5	O 6º Princípio de Chicago na ditadura militar brasileira: o caso das violações dos direitos dos povos indígenas.....	126
	<i>Nathália Santos Veras</i>	
6	Polêmica dimensão da justiça no processo transicional brasileiro: uma ausência na opção constitucional.....	146
	<i>Eneá de Stutz e Almeida</i>	
7	A evolução do direito à memória e à verdade na administração pública brasileira	170
	<i>Marcelo Henrique Pereira Marques</i>	
8	A memória na transição brasileira: o bloco “Porão do Dops” e a atuação do Ministério Público	186
	<i>Lahis da Silva Rosa</i>	
9	Direito ao esquecimento e direito à memória: antagonias jurídico-penais na transição democrática	198
	<i>Caroline Bussoloto de Brum</i>	
10	Justiça de transição, comissão da verdade e as especificidades do caso brasileiro	218
	<i>Fernanda Nalon Sanglard</i>	
11	Memória e justiça: um ensaio sobre o caso da Boate Kiss	244
	<i>Fernanda de Vargas, Fernanda Martins</i>	
12	Memória e verdade como elementos de empoderamento democrático na experiência latino-americana	260
	<i>Alex Daniel Barreto Ferreira</i>	

13	O direito à verdade e à memória como pressuposto para a formação da identidade constitucional e efetivação da cidadania democrática	280
	<i>Lucas Borges Santos, Bruno Burgarelli Albergaria Kneipp</i>	
14	Desconsideração da coisa julgada em casos de crimes contra a humanidade .	298
	<i>Ivan Cláudio Marx</i>	
15	Responsabilidade criminal e direito internacional dos direitos humanos.....	318
	<i>Emilio Peluso Neder Meyer, Felipe Guimarães Assis Tirado</i>	
16	O desaparecimento forçado sob as lentes da CNV: contribuições para a justiça de transição brasileira	342
	<i>Andrea Bandeira de Mello Schettini , Carolina de Campos Melo</i>	
17	Os crimes de lesa-humanidade e a justiça de transição “a passos lentos”: uma breve análise sobre as denúncias da “Guerrilha do Araguaia” e da Extradicação nº 1.362/DF	366
	<i>Bruno César Machado Torres Galindo, Homero Bezerra Ribeiro</i>	
18	Os painéis especiais para crimes graves no Timor-Leste: breve balanço crítico	384
	<i>Sven Peterke, Marcilio Franca</i>	
19	A inconvenção de leis de anistia e os reflexos do descumprimento da sentença do caso Gomes Lund.....	414
	<i>Sérgio Tibiriçá Amaral, Alexia Domene Eugenio, Beatriz Camargo Ribeiro</i>	
20	Justiça de transição no Brasil: pela necessidade do diálogo entre Cortes no “Caso Vladimir Herzog”	440
	<i>Luiz Eduardo Camargo Outeiro Hernandez</i>	
21	O Poder Judiciário e a dimensão da memória e da verdade na justiça de transição brasileira	454
	<i>Marcelo Pires Torreão</i>	
22	Contribuições da antropologia forense para a justiça de transição: O Caso da Vala de Perus	480
	<i>Ana Paula Moreli Tauhyl, Mariana Inglez, Marina da Silva Gratão, Candela Martínez Barrio</i>	
23	Vala de Perus: a atuação do MPF e o desterro da memória	494
	<i>Thaís Sales Alencar Ferreira</i>	
24	Um diálogo psicojurídico sobre memória, esquecimento e justiça de transição	520
	<i>Maria Lourdes da Cunha</i>	
25	Sem transição, sem justiça: entre a tutela civil e o marco temporal, a permanência da colonialidade na relação com os povos indígenas.....	534
	<i>Marco Antonio Delfino de Almeida</i>	

APRESENTAÇÃO

O Ministério Público Federal, por meio da Câmara Criminal (2ª CCR), da Câmara das Populações Indígenas e Comunidades Tradicionais (6ª CCR) e da Procuradoria Federal dos Direitos do Cidadão (PFDC), apresenta a coletânea “justiça de transição e Direito à Memória e à Verdade: boas práticas”, que reúne artigos de membros e servidores do MPF, bem como de pesquisadores e profissionais com atuação na temática, com o fim de proporcionar uma visão holística sobre a justiça de transição e a sua efetivação.

A justiça de transição deve ser implementada sob múltiplos prismas e tendo em vista a necessidade de desenvolver estratégias abrangentes sobre ela, o que faz surgirem as imprescindíveis atenções integrais quanto à busca da verdade, à reparação das vítimas, à investigação e à punição daqueles que cometeram graves crimes qualificados como crimes contra a humanidade.

Os artigos selecionados para compor a coletânea atendem à referida visão holística da justiça de transição, tratam de aspectos fundamentais e práticos acerca da justiça de transição, abordando questões relativas à memória e à verdade dos fatos, às obrigações de investigar esses fatos e de punir seus autores, aos mecanismos nacionais e internacionais de implementação da justiça de transição e à necessária interdisciplinaridade da análise do tema.

A coletânea se compõe ainda de artigos que, de forma inovadora, apresentam análises de recentes decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos, propostas para a efetiva implementação da justiça de transição no Brasil, estudos de atuações do MPF em caso concretos, contribuições de pesquisas forenses, bem como trazem à tona o debate sobre casos de violações de direitos dos povos indígenas no âmbito da temática da justiça de transição.

Com isso, mostra-se multidisciplinar, por integrar diversas áreas do conhecimento, e plural, por compreender diferentes colaboradores, pesquisadores e profissionais, que oferecem contribuições valiosas ao aprofundamento nos debates sobre o tema. É preciso ressaltar, porém, que as posições expostas nos artigos não necessariamente refletem os entendimentos das Câmaras Criminal (2ª CCR), das Populações Indígenas e Comunidades Tradicionais (6ª CCR) e da Procuradoria Federal dos Direitos do Cidadão (PFDC).

A 2ª CCR, a 6ª CCR, a PFDC e os membros que integram os grupos de trabalho sobre justiça de transição, sobre Violações dos Direitos dos Povos Indígenas e Regime Militar e sobre Direito à Memória e à Verdade agradecem todas as contribuições dos diversos profissionais que se dispuseram a colaborar com a formação da coletânea, desejando a todos que desfrutem de uma leitura proveitosa, que contribua, em última análise, à efetiva implementação da justiça de transição no Brasil.

Brasília, julho de 2018.

I JUSTIÇA DE
TRANSIÇÃO:
FUNDAMENTOS
TEÓRICOS E
PRÁTICOS

1 A JUSTIÇA DE
TRANSIÇÃO NO BRASIL:
ASPECTOS CONCEITUAIS E A
PARTICIPAÇÃO DO MINISTÉRIO
PÚBLICO NA CONSECUÇÃO DOS
FINS

André Luiz Pereira Spinieli¹

Resumo: Passados quase dez anos da sentença prolatada pela Corte Interamericana de Direitos Humanos no Caso Gomes Lund e Outros, chamado de "Guerrilha do Araguaia", que concluiu pela responsabilidade do Estado brasileiro pelo desaparecimento forçado de guerrilheiros ao tempo dos governos militares e estabeleceu a necessidade da persecução criminal, é possível dizer que as marcas deixadas pelas graves violações aos direitos humanos durante a ditadura militar ainda causam grandes repercussões no direito e na sociedade, que fazem questão de lembrar os fatídicos dias para que não mais tornem a acontecer, além de possuir grande reverberação no que diz respeito à justiça de transição. Dessa forma, o presente artigo tem por finalidade analisar o conceito de justiça transicional, seus elementos e a participação do Ministério Público, como órgão protetor dos direitos humanos, nas investigações e, subsidiariamente, objetiva visualizar o papel do modelo de justiça na passagem integral à democracia.

Palavras-chave: Justiça de Transição. Ministério Público. Ditadura Militar. Guerrilha do Araguaia.

Abstract: *After almost ten years of the sentence issued by the Inter-American Court of Human Rights in the Gomes Lund et al. Case, called the "Guerrilla of the Araguaia", which concluded that the Brazilian State is responsible for the forced disappearance of guerrillas at the time of the military governments and established the need for persecution, it is possible to say that the marks left by the grave violations of human rights during the military dictatorship still cause great repercussions in law and in society, which make a point of remembering the fateful days so that they will not happen again, besides having great reverberation with regard to transitional justice. Thus, the purpose of this article is to analyze the concept of transitional justice, its elements and the participation of the Public Ministry, as a body that protects human rights, in the investigations and, in the alternative, aims to visualize the role of the model of justice in the integral transition to democracy.*

Keywords: *Transitional Justice. Public Ministry. Military dictatorship. Guerrilla of the Araguaia.*

¹ É graduando em Direito pela Faculdade de Direito de Franca, localizada no interior do Estado de São Paulo, Brasil. Em 2017, ingressou no Ministério Público do Estado de São Paulo, trabalhando na seara do combate ao crime organizado. É pesquisador nas áreas de Direito Penal, Criminologia e Direitos Humanos, tendo apresentado vários artigos e trabalhos, que também foram publicados em revistas e anais de congressos. Ele é tradutor e intérprete nas línguas espanhola e francesa. E-mail: spinieliandre@gmail.com.

1 Introdução

No século passado, como a maioria dos países latino-americanos, o Brasil foi vítima de um extenso período de governança militar, durante os anos 1964 a 1985, sendo este último de recente lembrança no imaginário brasileiro, marcado pela derrocada dos generais no poder e pela conseqüente abertura à democracia. Deve-se frisar que o ponto comum entre os regimes autoritários experimentados na América do Sul é justamente exterminar militantes de esquerda e erradicar as ameaças comunistas, fundamento este utilizado para a instauração da ditadura, quando os militares presenciaram o último governante democrático visitar o parceiro econômico e comercial de ideologia comunista, a China. Por isso, atividades hoje compreendidas como graves transgressoras dos direitos humanos – desaparecimentos forçados, tortura em porões e delegacias, sequestros e execuções sumárias, como as perpetradas pelo grupo paramilitar denominado "Esquadrão da Morte" –, foram colocadas em prática.

Nesse sentido, destaca-se o episódio da Guerrilha do Araguaia, que ceifou a vida de mais de setenta guerrilheiros na região do Araguaia, ponto distribuído entre os estados do Pará, Tocantins e Maranhão, os quais foram completamente esquecidos pelo Estado brasileiro durante o próprio regime militar e posteriormente, quando do retorno à democracia. No que parece uma verdadeira "queima de arquivo", a omissão do Brasil em investigar o caso e punir eventuais responsáveis veio à tona quando movimentos organizados da sociedade civil peticionaram, em nome dos guerrilheiros desaparecidos e seus familiares, solicitando a condenação ao Estado frente ao descaso para com o massacre. Nesse sentido, o tema traz a lume discussões até então em aberto sobre o conceito de justiça de transição e as medidas que foram tomadas posteriormente à condenação brasileira perante o caso citado, cuja finalidade precípua nada mais é senão oferecer respostas concretas ante as manchas deixadas pelos regimes autoritários e as conseqüentes violações dos direitos humanos.

2 Justiça de transição no Brasil

2.1 Conceito

Partindo-se de uma análise recortada e individual das palavras que compõem o termo que intitula o presente capítulo, apesar de passados milhares de anos desde a concepção da célebre máxima do juriconsulto romano Ulpiano, que traz a justiça como "dar a cada um o que lhe pertence", ainda é possível verificar a existência de um desafio em aberto no âmbito das instituições jurídicas, consistente em localizar e alcançar um conceito unívoco do que venha a ser realmente o alcance da expressão, cuja noção não pode se restringir à lei e às estruturas jurídicas mas também levar em consideração o Direito como um todo.

A justiça é um fim social e acaba comumente definida em termos normativos, afins à liberdade ou igualdade, que, apesar de serem descritivos e puramente teóricos, podem ser reduzidos a conceitos de aplicações verificáveis no mundo do ser, pelo confronto com o método empírico. Como ressalta Norberto Bobbio (1998, p. 661), "a Justiça foi equiparada à legalidade, à imparcialidade, ao igualitarismo e à retribuição do indivíduo segundo seu grau, sua habilidade ou sua necessidade".

Apenas para o fim de tecer um superficial e breve debate histórico-jurídico sobre o conceito de justiça, não pairam dúvidas de que o filósofo grego Aristóteles foi um dos principais pensadores que contribuíram para a discussão em torno do tema. Dizia ele que o conteúdo das leis é a própria justiça e que ela deve ser analisada sob diversos enfoques, tendo em comum entre eles o fundamento da igualdade, que, por sua vez, é divisível em duas subespécies de justiça: a distributiva e a corretiva.

Por isso, tendo em vista os inúmeros problemas na definição de justiça, oportuno trazer a lume as considerações do próprio Aristóteles (1992, p. 54) em uma de suas célebres obras filosóficas, que bem tece um conceito inicial de justiça a partir de um contraponto com a noção de injustiça:

Em geral, a maioria das disposições legais estão constituídas por prescrições da virtude total, porque a lei manda viver de acordo com todas as virtudes e proíbe que se viva de conformidade com todos os vícios. E, das disposições legais, servem para produzir a virtude total todas aquelas estabelecidas sobre a educação para a vida em comunidade. Assim, a lei esgota o domínio ético do cidadão, sendo, por isso, a medida objetiva da justiça no seu mencionado sentido. A justiça geral consiste, pois, no cumprimento da lei. Inversamente, a injustiça total é sua violação. (ARISTÓTELES, 1992, p. 54)

Com raízes etimologicamente latinas, oriundas da palavra *transitio*, a segunda palavra que compõe a expressão intituladora do objeto do presente artigo deve ser compreendida como a ação e o efeito de se passar de um determinado estado para outro, diferente do primeiro. Conforme o dicionário Aurélio (2002, p. 681), transição é "ato ou efeito de transitar; passagem dum lugar, assunto, tratamento etc., para outro; processo ou período de mudança de um estado ou condição para outro estado ou outra condição". Ou seja, trata-se da fase que se situa entremeio a um modelo anterior e que segue rumo a um posterior, como na mudança de um sistema político por outro.

Ao que tudo indica, o termo "justiça de transição" foi originalmente cunhado pela professora norte-americana Ruti G. Teitel, cofundadora da Sociedade Americana de Direito Internacional, no ano de 1991, cujo fim precípua foi o de explicar a construção autoconsciente de uma concepção de justiça distinta daquela trazida pelos clássicos, associada a períodos de mudança política radical em detrimento dos antigos regimes opressivos. Ou seja, o conceito vincula-se primordialmente aos processos históricos de luta em prol da transição de ditaduras para regimes democráticos pós-ditatoriais.

Diz ela que se trata de um fenômeno de tamanha complexidade e que possui diferentes facetas. De início, há uma normalização na justiça de transição, quando se pensa em tal justiça como modelo cabível em momentos excepcionais, com profundas reformas nas normas relativas ao uso generalizado de violência e do aumento de número de conflitos étnicos e civis e, na sequência, surge uma mudança em torno das obrigações estatais para refreamento da violência e conseqüente punição dos fatos *ex ante*.

Além disso, segundo Teitel (2010, p. 4-11) ainda é possível dividir a existência da justiça de transição em três fases históricas bastantes distintas, as quais têm início com o desfecho da Segunda Guerra Mundial e se alongam até os dias atuais, quando vivemos a terceira onda transacional:

I) No primeiro nível está o Tribunal de Nuremberg, responsável pela criação de diversos precedentes jurídicos – basta lembrar que foi a primeira vez que o mundo presenciou a punição institucionalizada de autoritaristas e seus mandantes;

II) em segundo lugar, toma-se por referencial as transições democráticas na América Latina e a baixa no comunismo após a queda soviética, a partir dos anos 1980, fase esta que restou caracterizada como política e econômica; e

III) por fim, a terceira e contemporânea fase se mostra a partir daquilo que a autora chama de "tribunalização" da lei e das políticas.

Dessa maneira, juntando-se as informações colhidas de cada uma das palavras componentes do termo, tem-se que a justiça de transição representa os constantes tensionamentos entre o ideal de justiça como algo probo e bom à sociedade e os peculiares fenômenos políticos que assumiram diferentes formas em cada Estado, sobretudo naqueles de origem latino-americana. Quer dizer que se trata especificamente da passa-

gem de um regime autoritário ou de um período de guerra – em menor ocorrência no âmbito das Américas, ao menos para os fins a que se destina o presente trabalho – para um momento democrático ou pós-conflito, cuja pedra de toque, ponto comum entre todos os países atingidos pelo espectro ditatorial costuma ser a necessidade de lidar e reparar a herança de abusos contra os direitos humanos deixados pelo regime antecedente.

O elemento comum entre todos os movimentos transitórios é negativo e consiste no leque de violações dos direitos fundamentais e de regras de proteção mínimas para com a pessoa humana, tendo em vista as condutas de refreamento perpetradas por agentes do Estado ou de grupos organizados no território estatal para colaborar com as transgressões aos direitos mínimos. Ainda, desponta como objeto comum a posterior criação de tratados e resoluções internacionais que diziam respeito, em grande parte, sobre o *modus* que os Estados atingidos pelos regimes autoritários deviam conduzir as investigações e futuros ressarcimentos aos familiares das vítimas.

Muito embora a sucessão de regimes autoritários e repressivos tenham marcado negativamente a história da América Latina entre meados dos anos 1960 e 1980, a problemática sobre as marcas deixadas pelos governos ditatoriais ainda não foi tratada de modo consistente por nenhum dos regimes democráticos pós-ditadura em toda a extensão continental americana. A justificativa está calcada no fato de que as transições políticas para a democracia foram, em grande parte, realizadas sob compromisso constitucional de mantê-la por longos anos, e ainda há uma grande aceitação social dos valores que por muito sustentaram as ditaduras – diversas vezes oponíveis em face da corrupção governamental que se alastra pelas instituições democráticas.

Eis a primariedade do assunto no meio acadêmico jurídico e o interesse nacional pelo tema. Nesse sentido, Paulo Abrão e Marcelo Torelly (2010) explicam a baixa incidência do assunto nas letras jurídicas:

A ausência de estudos teóricos e empíricos aprofundados sobre a justiça de transição no Brasil faz prevalecerem análises primárias que apenas repercutem um senso comum baseado em dois diagnósticos: o primeiro, de que o processo de acerto de contas ("accountability") do estado brasileiro com o passado priorizou apenas o dever de reparar, valendo-se de um parâmetro reparatório baseado em critérios de eminente natureza trabalhista que seria impertinente e, um segundo, de que a ideia de "anistia" que, em sentido etimológico significa esquecimento, deturparia as medidas justacionais do Estado brasileiro pois em última análise faria o país viver um processo transicional que procura esquecer o passado, e não superá-lo. (ABRÃO; TORELLY, 2010, p. 29)

A justiça de transição é conceito que vem se consolidando com a fluência das últimas décadas — seja sob o ponto de vista acadêmico, seja sob o ponto de vista normativo — e tem ganhado maior relevância político-jurídica a partir das reiteradas prolações de sentenças relacionando-a como fator principal de responsabilização estatal pela Corte Interamericana de Direitos Humanos e pelo Tribunal Penal Internacional. Portanto, o conceito de justiça de transição não guarda relações com as concepções abstratas de justiça que hoje são apresentadas por diversos autores, notadamente os norte-americanos — e foge completamente delas —, uma vez que seu ponto de partida é objeto concreto e histórico, cuja identificação dos referenciais de justiça transicional requer localização histórica, fontes normativas e referenciais de Direito Positivo.

Apesar da jovialidade do assunto em terras acadêmicas, diversos autores internacionais se debruçam sobre a justiça de transição com a finalidade oferecer um conceito que ao mesmo tempo seja conciso e capaz de enumerar todos os elementos que compõem o fulcro dos movimentos transicionais. A esse respeito, o internacionalista Louis Bickford (2004, p. 1045) escreve, em celebrada obra enciclopédica completa de verbetes sobre temas afins à violação dos direitos humanos em campos estrangeiros, que a justiça transitória

[...] refere-se a um campo de atividades e investigações acerca de como as sociedades lidam com os legados de violações e abusos contra os direitos humanos praticados no passado, atrocidades em massa e outras formas severas de trauma social, inclusive o genocídio e a guerra civil, a fim de construir um futuro mais democrático, justo e pacífico². (BICKFORD, 2004, p. 1045)

O conceito de justiça de transição acaba comumente compreendido como um mecanismo apto a confrontar o abuso do passado e servir de subsídio para uma grande transformação política, a qual envolve a comunhão de recursos judiciais e extrajudiciais, associados também a estratégias que pugnem pelos direitos humanos das vítimas, sobreviventes e familiares dos desaparecidos³. Ainda que o termo seja capaz de causar controvérsias doutrinárias, é possível notar a presença de quatro vertentes no âmbito da justiça transicional: o direito à reparação das vítimas, a responsabilização dos agentes que violam os direitos humanos, a readequação democrática das instituições que

2 No original: "Transitional justice refers to a field of activity and inquiry focused on how societies address legacies of past human rights abuses, mass atrocity, or other forms of severe social trauma, including genocide or civil war, in order to build a more democratic, just, or peaceful future".

3 A nomenclatura "desaparecidos" é utilizada para designar as pessoas que, antes da promulgação da Lei nº 9.140, de 4 de dezembro de 2005, ainda não haviam sido publicamente declaradas mortas pela ditadura militar, sobretudo por terem seus cadáveres ocultados. De outro lado, "mortos" representa os casos em que houve a elaboração de um relatório sobre o óbito dos militantes e presos políticos.

fomentaram os abusos de poder e o direito à ampla memória e verdade (BAGGIO, 2010, p. 269).

Dentre as estratégias complementares às ações judiciais que são deflagradas no curso das investigações, é possível citar a perseguição de perpetradores de crimes durante os regimes autoritários; o estabelecimento de comissões da verdade e outras maneiras de inquirição do passado; o fomento de um ambiente propício para a reflexão sobre o tema "justiça de transição" e para a tomada de posições institucionais com a população civil; a definição de um plano-piloto de persecução penal; a identificação de casos e definição do juízo federal competente para apreciar as ações penais, conforme dispõem os ditames internacionais e constitucionais; e, por fim, a investigação da formação de quadrilhas durante a ditadura militar, que permaneçam até os dias atuais (MPF, 2013, p. 11).

Nesse contexto, cumpre-nos ressaltar e apresentar especificamente o importante papel desempenhado pelas comissões da verdade na formação de um conceito uníssono de justiça de transição, as quais carregam consigo o condão de reconhecer, de modo difuso à população civil, a prática de crimes que representam graves violações aos direitos humanos em diferentes contextos históricos, que terminam por demonstrar distintas noções políticas, jurídicas e culturais das atuais. As comissões devem ter sob foco a repressão ao cometimento de graves violações de direitos humanos e direito humanitário, contando com membros de elevado grau de independência e que tenham certo período preparatório para definir suas metas, tendo em vista que há diversos problemas a serem enfrentados, tais como a nomeação de responsáveis, a proteção das testemunhas, as fontes de financiamento e o sigilo nos trabalhos.

Ainda que um documento formal conferindo contornos às instituições da verdade no âmbito internacional tenha surgido tão somente em 2006, após reunião do Alto Comissariado da ONU para Direitos Humanos (ACNUDH), deve-se ter em mente que as primeiras experiências, ainda embrionárias e bastante tímidas, datam dos anos de 1974, quando se formou uma comissão em torno da investigação sobre o desaparecimento de pessoas em Uganda, e 1982, na Bolívia. Bastante distinta foi a Comissão Nacional formada pelo então presidente argentino Raul Alfonsín, a qual é comumente citada na historiografia sobre as comissões da verdade e também foi constituída com a finalidade de apurar a responsabilidade por desaparecimentos forçados.

Em síntese, verifica-se, a partir da convergência dos objetos por ora analisados, que a justiça de transição é o conjunto de medidas que se destinam a lidar com o legado, a herança de violações aos direitos humanos e fundamentais perpetrados por agentes estatais durante determinado regime de exceção, providências estas que englobam políticas públicas, reformas legislativas e o funcionamento do sistema de justiça, cujos fins sejam garantia à completa transição política, de um período para outro, e reparar as ví-

timas e seus familiares pelos danos causados durante as ditaduras, visando a sua não repetição⁴.

Há ainda quem sustente que as estruturas de poder que serviam de sustentáculos para o regime político anterior continuarão em vigor no regime posterior e influenciarão sobremaneira o modelo de justiça de transição que será adotado pela sociedade, de acordo com as peculiaridades histórico-políticas de cada local. No Brasil, apenas para exemplificar, tem-se o que se denominou de "transição sob controle", na qual os governantes militares do fim da ditadura apenas aceitaram o engrandecimento popular, relaxamento esse demonstrado a partir do *slogan* "transição lenta, gradual e segura", proposto pelo governo Geisel, pois havia claramente uma tentativa de garantir a impunidade dos agentes estatais gestores da repressão após a redemocratização brasileira.

Nesse sentido, defendem Paulo Abrão e Marcelo Torelly (2010) acerca do modelo de justiça transicional brasileira:

A partir daí procurou-se impor burocraticamente um conceito de perdão pelo qual os ofensores perdoariam os ofendidos, o que limitou a adesão subjetiva à reconciliação, tentando-se transformar a anistia em um mero esquema de reparações materiais com intuito de impor o esquecimento, como se isso fosse possível. (ABRÃO; TORELLY, 2010, p. 128)

Daí a possibilidade de se afirmar que as estratégias de justiça transicional colocam em conflito diversas questões e determinados valores tencionados acabam levados ao sacrifício. Certo é que "cada sociedade venha a desenhar sua própria fórmula de justiça transicional" (YELLES et al., 2006, p. 9), conforme as condições políticas, econômicas, jurídicas, culturais e sociais que permeiam o momento pós-ditatorial.

Não obstante, cabe, por fim, frisar que a justiça de transição carrega em seu próprio nome o objetivo de ser o conjunto de elementos de justiça que conduzam um determinado país, certamente alvo passado de um regime ditatorial sanguinário, à construção de uma cultura firmada nos ditames da democracia e amplo acesso aos direitos individuais e coletivos fundamentais. Trata-se, sem dúvidas, de um esforço comum entre os nacionais do estado-alvo de governos de exceção para construir e dar sustentabilidade à paz após um período conflituoso, baseado na violência em massa ou na violação sistemática dos direitos humanos (VAN ZYL, 2011, p. 47).

4 Desde muito tempo, a literatura jurídica traz em seu bojo um simples e certo conceito de justiça de transição na célebre obra *O caso dos denunciante invejosos*, de Lon Fuller, para quem se trata de "um processo de julgamentos, depurações e reparações que se realizam após a mudança de um regime político para um outro".

2.2 Elementos da justiça de transição

Afirmado no primeiro tópico, a justiça de transição se constitui como elemento necessário e dos mais capazes de reverter todo um Estado rumo à ordem democrática, a partir de um conjunto de medidas que objetivam estabelecer um consenso nacional de que os delitos praticados durante regimes de exceção devem ser passíveis de punição, muito embora passado muito tempo desde seu cometimento.

Cabe-nos salientar também que o caráter autoritário não é algo inédito no período militar, mas sim um pensamento que sempre se fez presente no ideário político brasileiro, mesmo antes das doutrinas de segurança nacional desenvolvidas sob a égide das ditaduras encabeçadas por militares das mais altas patentes, governos estes que se alastraram por toda a América do Sul e, inclusive, atingiram pequenos países da América Central⁵.

Tendo em consideração tais elementos do ideário político peculiar que se apresentou na América Latina, ainda resta evidente que as instituições, sobretudo as brasileiras, herdaram prática e trejeitos oriundos do regime militar, de modo que a finalidade básica de um projeto de justiça transicional deve ser o firmamento de novos argumentos políticos, ideológicos, econômicos e culturais que estabeleçam diálogos com o recém-chegado momento enfrentado pelo país.

Conforme já afirmado, a doutrina especializada traça a existência de quatro conjuntos de medidas comuns no âmbito da justiça transicional, independentemente do local em que as medidas são deflagradas, sendo elas o direito à justa reparação pelos danos aos direitos humanos causados pelos agentes estatais do regime de exceção, a responsabilização civil e criminal daqueles que correram para a prática das atrocidades, a adequação das instituições que estiveram à frente dos regimes ditatoriais à nova onda democrática e o direito à memória e verdade, praticável a partir da criação de comissões especializadas.

A existência de elementos preestabelecidos no âmbito das políticas de justiça de transição colabora direta e grandemente para redemocratização de um Estado após grave período de transgressão aos direitos humanos individuais e coletivos e, a partir de então, passa-se a repensar a cidadania e a não repetição dos atos ventilados durante o momento conflituoso.

⁵ Bastam breves esforços para nos lembrar das figuras autoritárias que estiveram à frente do Haiti nas décadas de 1960 a 1980. O primeiro, chamado pelos camponeses e classes mais pobres da sociedade de Papa Doc (nome oriundo da junção entre "papa" e "doutor"), pelo seu espírito bondoso e acolhedor, logo se tornou um perverso ditador, que ordenou a prisão de editores dos principais jornais e donos de emissoras de rádio ou a execução de opositores políticos. Posteriormente, como sucessor, o governo de Baby Doc foi marcado pelos gastos com objetos luxuosos, torturas e mortes perpetradas por milícia particular, conhecida como *tonton-macoutes* ou "bichos-papões". Além das graves transgressões aos direitos humanos, o Haiti mergulhou numa forte onda de analfabetismo e baixas na expectativa de vida.

Diante disso, passemos à análise mais apurada dos institutos e medidas que com­ põem o rol de alterações engendradas pela justiça transicional.

2.2.1 Reparação pelos danos causados

Nos termos da presente pesquisa, deve-se compreender que dano é sinônimo de prejuízo auferido diante da prática de um ato ilícito perpetrado pelo Estado em relação aos seus subordinados, podendo ser material ou moral, com ou sem expressão econômica. Conforme a teoria geral da responsabilidade, as vítimas de um regime de exceção têm o direito de receber do Estado as reparações em função das graves violações aos direitos fundamentais que sofreram, as quais podem se dar por meios materiais, psicológicos ou morais ou mediante ações simbólicas, como a construção de memoriais⁶.

Não restam dúvidas de que a causação de dano irremediável aos direitos humanos é o grande vilão da responsabilidade estatal após um regime ditatorial, pois não seria possível falar em indenização ou ressarcimento se não houvesse o dano. Não basta a possibilidade, o risco de causar dano, é necessário que haja uma consequência palpável e concreta, realmente lesiva às liberdades fundamentais do indivíduo, além de outros direitos fundamentais individuais e coletivos eventualmente transgredidos durante atos excepcionais de governo.

Com o desfecho, o regime militar e a devolução do poder aos democraticamente eleitos, certamente o Estado brasileiro se deparou com uma série de questões intrinsecas, notadamente pelo fato de que a formulação das políticas reparatórias apresentava pontos bastante complexos. Assim, cabia aos responsáveis individualizar e diferenciar as vítimas dos atentados, a maneira como foram violadas em seus direitos fundamentais e se o raio reparatório atingiria tão somente pessoas vítimas de graves transgressões aos direitos individuais, como execuções, torturas ou desaparecimentos forçados.

Tecendo considerações cristalinas sobre a política de reparação enquanto um dos pilares da transição do regime autoritário para a democracia, há o seguinte entendimento:

Para compensar as vítimas é necessário determinar que tipo de dano caracteriza a condição de vítima. Em primeiro lugar, os danos podem ser materiais (perda de bens), pessoais (violações a direitos humanos), ou intangíveis (perda de oportunidade). [...] Em segundo lugar, há de se definir

⁶ A propósito, um bom exemplo de medida simbólica foi a construção do National World War II Memorial, situado na capital do Estado norte-americano e cuja finalidade foi servir de rememoração a todos os militares daquele país que serviram nas forças armadas durante o segundo conflito mundial.

que parentes e amigos próximos das vítimas "primárias" serão incluídos enquanto vítimas "secundárias". [...] Em terceiro lugar, há de se dizer o ponto de partida no tempo (ELSTER, 2006, p. 152).

A partir da necessidade, o legislador infraconstitucional passou a trazer novas leis ao ordenamento jurídico nacional com a clara finalidade de prever as hipóteses e limitações frente ao dever de reparação às vítimas da ditadura militar.

Nesse ínterim, a vulgarmente conhecida "Lei da Anistia" funcionou como marco simbólico para o início da reabertura democrática brasileira e, muito embora traga preceitos de ordem penal e trabalhista, tamanha é sua importância no processo reparatório e transicional do Brasil, pois visava extinguir a punibilidade de atos considerados crimes políticos durante o regime ditatorial e trazia disposições acerca do sistema de reparação aos anistiados políticos, inclusive estabelecendo a reintegração de servidores públicos civis e militares demitidos, reformados, transferidos, aposentados ou postos em disponibilidade, previsões que acabaram revogadas.

O artigo terceiro, ainda em vigor, determina a forma de retorno ao serviço público, firmando entendimento segundo o qual será apenas mediante a existência de vaga para o mesmo cargo e função ocupada ao tempo da demissão. É a redação do *caput* do terceiro artigo da referida lei:

Art. 3º O retorno ou a reversão ao serviço ativo somente deferido para o mesmo cargo ou emprego, posto ou graduação que o servidor, civil ou militar, ocupava na data de seu afastamento, condicionado, necessariamente, à existência de vaga e ao interesse da Administração.

A Lei nº 6.683, de 28 de agosto de 1979, trouxe à tona os primeiros passos do que seria uma nova tradição no processo de reparação brasileiro. A doutrina majoritária compreende que, não obstante os esforços dos demais países da América Latina, o legislador brasileiro foi além e trouxe o viés laboral para dentro da legislação transicional, sobretudo por colocar em local privilegiado a perda do emprego como um dos critérios para reparação estatal.

Não de somenos importância, a doutrina especializada formula diversas críticas em torno da sobredita lei, mas se destacam aqueles que ressaltam o fato de terem sido criadas e fixadas legalmente medidas reparatórias demasiadamente limitadas, que acabam beneficiando tão somente os perseguidos políticos que tinham vínculo empregatício com o Estado, deixando os outros totalmente descobertos do manto das correções, bem como não seriam exequíveis.

Com base em pesquisas realizadas pela Comissão Estadual da Verdade do Estado do Rio de Janeiro no ano de 2014, restou apurado que a parcela majoritária das vítimas de perseguições políticas era composta por homens que possuíam idade variante entre vinte e seis e trinta anos. Além disso, os três primeiros anos do regime militar foram essenciais para que se percebesse a grande incidência de casos, totalizando 42% (quarenta e dois por cento). Ainda, os profissionais mais atingidos foram servidores públicos, jornalistas e professores, que mantinham atividade social intensa e militavam em partidos e grupos da oposição.

A legislação de anistia formulada aos tempos de 1979 foi a grande encarregada por caracterizar e instituir uma espécie de "perdão" aos crimes políticos e conexos, elegendado tal medida como via adequada à reparação estatal pelos danos sofridos, até mesmo trabalhistas, durante o regime militar brasileiro. Do mesmo modo, desde o seu princípio, a política transicional reparatória do Brasil adotou um modelo de medidas de restituição de direitos.

Após a Constituição Federal de 1988, o legislador infraconstitucional decidiu dar continuidade à promulgação de leis que comungavam com seu senso de reparação. Também foi editada a Lei nº 9.140, de 4 de dezembro de 1995, que inovou ao estabelecer a chamada Comissão de Mortos e Desaparecidos, cuja finalidade era localizar restos mortais de desaparecidos políticos, alterar os arquivos da época e reconhecer a responsabilidade estatal brasileira pela morte de inúmeras pessoas durante o período. Ou seja, trata-se especificamente de lei voltada ao processamento das demandas de familiares dos mortos ou desaparecidos durante o regime militar, estipulando valores para a indenização, a título reparatório, os quais eram multiplicados conforme o número de anos correspondentes à expectativa de sobrevivência do desaparecido.

Não há dúvidas de que o reconhecimento da responsabilidade estatal e a localização de mortos e desaparecidos durante a ditadura militar requer do Brasil uma posição de garantidor das reparações pecuniárias. Nesse contexto, entende Torelly (2010) que

Em 11 anos de atuação, foram apreciados 475 casos, dos quais 136 já encontravam-se automaticamente reconhecidos em relação anexa à própria lei nº 9.140/9. Foram apreciados outros 339 casos na tentativa de arregimentar as provas para reconhecer o fato morte/desaparecimento e conferir a reparação às famílias. Na concretização dos trabalhos da Comissão, as reparações oscilaram entre o valor mínimo de R\$ 100 mil e um valor máximo de R\$ 152 mil, tendo obtido uma média de R\$ 120 mil e pago um total de perto de 40 milhões a familiares e vítimas fatais do regime militar. (TORELLY, 2010, p. 210)

As legislações posteriores às citadas surgiram em crítico contexto estatal, quando já se considerava o Brasil culpado pela reparação que não fora feita de forma abrangente, e mais, tardia. Diversos eram os *deficits* de danos ainda não consertados, como a necessidade de reparação a toda e qualquer pessoa atingida por atos de perseguição política, e não apenas àquelas vítimas de homicídio ou desaparecimento; a necessidade de previsão legal que abrangesse os trabalhadores do setor privado que, por questões políticas, tenham sido afastados das funções; a reparação concedida aos familiares de mortos e desaparecidos, restauro este que não abrangeu os danos ocorridos nas perseguições anteriores à morte ou desaparecimento, entre outros.

Na mesma esteira, a Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) possui vasta jurisprudência sobre o dever pertencente aos Estados de esgotar as medidas cabíveis para combater a impunidade, esta entendida como "a falta de investigação, persecução, captura, enjuizamento e condenação dos responsáveis de violações aos direitos humanos"⁷ (CORTE IDH, 1998, p. 74). Especificamente na decisão do caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras, a corte internacional afirmou que cabe aos Estados prevenir, investigar e condenar toda violação dos direitos reconhecidos pela Convenção Americana sobre Direitos Humanos e, em determinados casos e diante da possibilidade fático-jurídica, restabelecer o direito violado e fornecer reparação pelos danos produzidos em transgressão aos direitos humanos.

Finalmente, após o ano de 2003, mecanismos reparatórios distintos dos anteriores surgiram e a "nova onda" foi encabeçada pela Comissão de Anistia pertencente ao Ministério da Justiça, cujos meios de trabalho elegidos foram a realização de audiências públicas, o financiamento de projetos e ações culturais organizadas pela sociedade e a publicação de obras de cunho acadêmico sobre direito à memória, anistia e justiça transicional. Igualmente, implantou-se a construção do chamado "Memorial da Anistia", no qual está organizado e disponibilizado um grande acervo de depoimentos gravados e autos dos processos a todos os interessados.

2.2.2 Direito ao resgate da memória e à busca pela verdade

Diversos são os fenômenos políticos e sociais latino-americanos que foram dotados de grande instabilidade e notória fragilidade das instituições democráticas e do próprio

7 No original: "La Corte constata que em Guatemala existió y existe un estado de impunidad respecto de los hechos del presente caso entendiéndose como impunidad la falta en su conjunto de investigación, persecución, captura, enjuiciamiento y condena de los responsables de las violaciones de los derechos protegidos por la Convención Americana, toda vez que el Estado tiene la obligación de combatir tal situación por todos los medios legales disponibles ya que la impunidad propicia la repetición crónica de las violaciones de derechos humanos y la total indefensión de las víctimas y de sus familiares".

modelo de Estado de Direito, todas elas contribuindo para a ruptura impensada da democracia e o desencadeamento de perseguições de cunho majoritariamente político, que pregava a cassação de direitos e restrições às liberdades individuais e coletivas em tempos de paz. Não se deve olvidar também do caso particular brasileiro, de uma ditadura militar que perdurou mais de vinte anos no poder, após sucessivas reeleições. Negativamente memorável o regime, senão pelo endurecimento nos historicamente chamados "anos de chumbo", que datam do final da década de 1960 e seguem até o início dos anos 1970, pelos diversos atos institucionais e fortalecimento de doutrinas voltadas à segurança nacional.

Justamente neste ponto é que se insere, como componente crucial à justiça de transição, o direito à memória ou ao resgate dela. O direito ao resgate da memória deve ser tratado como elemento essencial da justiça de transição, cuja pretensão máxima é permitir a realização de justiça histórica, lembrando as vítimas, os perpetradores de atos criminosos e as demais pessoas das atrocidades que deram azo à responsabilização estatal por violação aos direitos humanos. Cabe ao Estado a satisfação de tais obrigações, o qual deve possibilitar o livre acesso a documentos que retratam fatos daquela época e, também, permitir e promover a atribuição de responsabilidades pelo rompimento da cadeia de normalidades nos direitos fundamentais individuais e coletivos que tenha sido identificado no curso do período autoritário.

Encerrados os anos de governo autoritário e frente a um cenário de destruição dos direitos humanos, ante a sabida e conhecida consumação de crimes de homicídio, tortura e desaparecimento forçado, parecia-nos contraditório e incompreensível estabelecer o direito ao esquecimento, de modo puro e simples, ao invés de um direito à memória. Isso porque não restam dúvidas de que o Brasil carrega, até os dias de hoje, um passado de retrocesso democrático e de crimes graves, de modo que é incabível se exigir que simplesmente se esqueça o que ocorreu. Na verdade, o modelo teórico pregado nos dias de hoje é justamente no sentido de construir e enrijecer as pilastras institucionais democráticas para que sejam capazes de permitir alternativas razoáveis e justas para o resgate da memória brasileira.

Sem prejuízo do longo tempo decorrido desde a redemocratização brasileira – que teve como movimento de ponta as chamadas "Diretas Já" e que contribuíram positivamente para que o poder fosse devolvido às mãos do povo com a Constituição Federal de 1988 –, ainda é possível verificar resquícios de autoritarismo na cultura social brasileira, que são externados, nos dias de hoje, por meio da execução de importantes pessoas no meio do qual fazem parte, pela violência policial, pelo encarceramento em massa e pela formação de grupos milicianos.

Eis a flagrante necessidade de se recorrer às memórias daqueles tempos com o fim de evitar novas desumanidades, pois o esquecimento revela ser sinônimo de deixar en-

terrados os casos atentatórios à dignidade humana que tiveram suas execuções consumadas durante o regime militar. Comentando a necessidade da busca pela verdade e o direito à memória, escrevem Rodrigues Barbosa e Vannuchi (2009):

No Brasil, entretanto, posto que passadas mais de duas décadas do término do regime militar, ainda não se restaurou por inteiro a verdade. Por exemplo, ainda não foram totalmente disponibilizados à população os arquivos da ditadura, a despeito dos esforços empreendidos pela Secretaria Especial e pela Comissão. Ainda não se mostrou, em sua integralidade, o que realmente se passou no período ditatorial. Resistências em abrir os arquivos da ditadura ainda subsistem em importantes segmentos do Estado, cujo dever é assegurar o direito de acesso às informações, franqueando-as, mediante procedimentos simples, ágeis, objetivos e transparentes. (BARBOSA, VANNUCHI, 2009, p. 5)

Nesse cenário, trinta anos após o início dos trabalhos da Comissão Nacional sobre o Desaparecimento de Pessoas (Conadep) na Argentina, resta evidente que as comissões instituídas nos países que sofreram com os males ditatoriais se constituem importantes instrumentos de viabilização e concretização do direito à memória e da busca pela verdade. Muito embora surjam com caráter excepcional (*ad hoc*), sua validade perdura para além dos momentos de transição política e alcançam não só pessoas individualmente consideradas mas também instituições completas que cooperaram com o processo de extermínio e desaparecimento de indivíduos em larga escala.

Pelo vocábulo "comissões da verdade", é possível extrair que se trata de instituições que "tentam estabelecer os fatos relativos aos abusos contra os direitos humanos sob um regime anterior ou conjunto de práticas governamentais passadas, mas que se abstém de processar os perpetradores que oferecerem testemunhos sob seus auspícios" (MAIER, 2000, p. 261)⁸. Impera dizer que as comissões da verdade não possuem poderes judiciais, o que evidentemente não impede a posterior utilização de informações coligidas a partir de seus esforços em sede judicial. Aliás, caso a comissão tivesse poderes para dizer o direito no caso concreto, não há dúvidas de que os culpados as veriam como instituições "inimigas" e certamente não contribuiriam, bem como a ausência de poderio faz com que os integrantes estejam adstritos aos limites impostos pelo devido processo legal.

A montagem das comissões para a busca da verdade na América Latina tinha expressa relação com a impossibilidade de os governos civis recém-instalados no poder,

⁸ 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".

em meio à derrocada das ditaduras militares, contestarem as atrocidades cometidas pelos repressores. Dessa forma, retirar-se-ia a responsabilidade de cobrança pelas violações aos direitos humanos dos ombros dos governantes ditos democráticos e arremessaria todo o conjunto para uma comissão formada por membros não pertencentes aos Poderes e cuja finalidade seria exclusivamente investigar os crimes e aviventar a memória brasileira.

E com razão de fazerem tal jogo político, os governantes certamente temiam novas repressões militares e a retomada do poder, que, caso acontecesse, ninguém conhece ao certo quanto tempo teria de duração. A propósito, Cueva (2011) escreve que

Os governos civis, então, que haviam chegado ao poder em meio a uma crise de legitimidade das ditaduras militares, dificilmente poderiam arriscar a sua própria, contestando as atrocidades cometidas pelos repressores. Contudo, ao mesmo tempo, constatavam que os processos judiciais não se constituíam em uma resposta perfeita e acreditavam que podiam ser perigosos. (CUEVA, 2011, p. 341)

Inclusive, a criação da Comissão da Verdade chilena trouxe disposições expressas sobre a indisponibilidade imediata da função judicial, pois "o exercício das ações judiciais para tais efeitos, não permite esperar que o país possa alcançar uma apreciação global sobre o ocorrido em um prazo mais ou menos breve" (CHILE, 1990). Concomitantemente ao tempo em que as comissões ainda tinham grande capacidade de amoldamento, para se adaptar às situações específicas de cada nação, havia a possibilidade de impor limites ao estabelecimento de grupos não autênticos criados para o fim de, falsamente, encerrar as ações judiciais que tramitariam por muitos anos⁹.

No primeiro momento, as comissões tinham como finalidade trazer à tona a verdade e apareciam como respostas efetivas à demora nas demandas judiciais, que certamente não poderiam ser satisfeitas com os procedimentos comuns de justiça. Dessa maneira, a doutrina mais experiente identifica três características essenciais ao surgimento das novas instituições:

1) As comissões tinham como foco inicial os atos considerados mais urgentes ou cuja probabilidade de obter êxito durante a investigação era alta. Percebe-se, pois, a existência de um mandato recebido dos Poderes constituintes e estabelecido com poderes reduzidos, cujo raio de alcance não seguia até pontos distantes;

9 Importante destacar que as primeiras comissões formadas na Latino-América nada mais eram senão um desdobramento, uma herança das instituições já existentes na tradição política anglo-saxã, na qual existe a figura das chamadas comissões de investigação (*commissions of inquiry*).

II) A falta de participação da sociedade nas investigações foi fato notório, vez que as comissões eram constituídas como grupos especializados e sequer esboçavam interesse em criar alianças ou receber auxílio de outros órgãos durante a inquirição, provavelmente por conta da redução de poderes exercida pelos mandatos; e

III) As comissões reconheciam o direito de as vítimas obterem uma reparação à altura do dano sofrido, bem como assumiam que as instituições judiciais estavam despreparadas e incapacitadas de prover tal reparação.

Ademais, hoje existem correntes doutrinárias que defendem e postulam a favor da existência do direito à verdade não só como partícula indispensável do pacote de implementações que devem ser feitas durante a justiça transicional mas também como direito humano fundamental. O que se percebe é que há uma construção do direito à memória e à verdade no sentido de baixo para cima, isto é, inicialmente há reivindicação por parte dos movimentos sociais e apenas em um segundo momento é que se tem a participação dos órgãos estatais capazes de legitimar e formalizar as pretensões.

O que se verifica com clareza no âmbito interno é que o direito à memória e à verdade é hipótese marcante de um "novo direito", cujo conceito é inexistente em sede de textos legislativos. Porém, diante das fontes jurídicas e dos processos de interpretação dispostos ao operador, é possível dizer que tal direito se encontra escorado em duas premissas básicas, quais sejam: em primeiro lugar, tem-se o direito presumido de que o cidadão conhece a verdade sobre fatos que compõem a história e, em segundo plano, a ideia de ser preservada a memória das pessoas ou grupos de pessoas que, conforme a história se passou, foram perseguidos e entraram para as incansáveis listas de vítimas.

Pode-se afirmar que, em que pese a justiça de transição se pautar nas teses das justiças social, criminal e administrativa para a consecução de seus fins últimos, ainda há a vertente histórica, consistente em trazer a revelação à vítima, aos seus familiares e a toda a sociedade das verdades atreladas aos eventos ocorridos durante o regime militar, numa verdadeira *historical accountability*. Parece-nos que o fim primordial do direito à memória e à verdade é justamente evitar a volta do fatídico período de ditadura, que carrega consigo o fardo da tortura e de violações aos direitos humanos.

O escritor tcheco Milan Kundera (1984) já se pronunciou acerca da possibilidade de repetições históricas:

Se a Revolução Francesa se repetisse eternamente, a historiografia francesa orgulhar-se-ia com certeza menos do seu Robespierre. Mas, como se refere a algo que nunca mais voltará, esses anos sangrentos reduzem-se hoje apenas a palavras, teorias, discussões, mais leves do que penas, algo que já não aterroriza ninguém. Há uma enorme diferença entre um Robespierre que apareceu uma única vez na história e um Robespierre que eter-

namente voltasse para cortar a cabeça aos franceses. Digamos, portanto, que a ideia do eterno retorno designa uma perspectiva em que as coisas não nos aparecem como é costume, porque nos aparecem sem a circunstância atenuante da sua fugacidade. (KUNDERA, 1984, p. 5)

Em solo brasileiro, apesar da tardia instalação dos mecanismos de justiça transicional, no início do século XXI foi criada a Comissão de Anistia do Ministério da Justiça, que, por meio de medida provisória e, posteriormente, lei, passou a integrar definitivamente a estrutura estatal. Apesar de sua nomenclatura remeter diretamente à noção de esquecimento e perdão, no Brasil o sentido da palavra foi invertido para fazer significar memória. Passados mais de quinze anos desde sua instalação definitiva, o órgão foi responsável por reunir páginas de documentação oficial sobre a história da repressão nos "anos de chumbo" e por colher dezenas de depoimentos escritos e orais das vítimas daqueles tempos.

Não há dúvidas de que a reparação é medida basilar no sistema de justiça transicional, sobretudo por se mostrar sob duas égides: a primeira, individual, apresenta-se como meio apto a buscar a reconciliação para com os cidadãos que tiveram seus direitos violados, claramente por meio da aceitação, por parte do Estado, de que houve afronta à cidadania e aos direitos fundamentais das vítimas; a segunda, coletiva, traduz-se em projetos de memória e ações que visam a não repetição das barbáries, de modo que a sociedade tome conhecimento dos fatos ocorridos e repudie veementemente tais erros.

Especialmente no que diz respeito à prevalência da memória e da verdade¹⁰, é de rigor salientar dois importantes projetos instituídos pela Comissão de Anistia. O primeiro, denominado "Caravanas da Anistia", é realizado em prol das populações que vivem em locais de onde sai o maior número de pedidos de reparação pelos danos ditatoriais, por meio da realização de sessões e audiências públicas, bem como pela introdução de conhecimento fático histórico no interior de colégios, universidades, associações, sindicatos e demais organismos sociais que sofreram com a repressão. O segundo foi denominado de "Marcas da Memória" e diz respeito, em poucas palavras, à busca pelo aprendizado coletivo e persistente rememoração, basicamente por recurso de iniciativas locais, regionais e nacionais que fomentem o debate acerca da ditadura militar.

Independentemente dos feitos exitosos da Comissão de Anistia, não se pode esquecer que o Brasil enfrenta e deve lidar com sérios problemas no campo da preservação da

10 Poeticamente, o escritor brasileiro Carlos Drummond de Andrade (1985) escreveu o poema denominado "A verdade dividida", que assim foi redigido: "A porta da verdade estava aberta, mas só deixava passar meia pessoa de cada vez. Assim não era possível atingir toda a verdade, porque a meia pessoa que entrava só conseguia o perfil de meia verdade. E sua segunda metade voltava igualmente com meio perfil. E os meios perfis não coincidiam. Arrebutaram a porta. Derrubaram a porta. Chegaram ao lugar luminoso onde a verdade esplendia os seus fogos. Era dividida em duas metades diferentes uma da outra. Chegou-se a discutir qual a metade mais bela. Nenhuma das duas era perfeitamente bela. E era preciso optar. Cada um optou conforme seu capricho, sua ilusão, sua miopia".

memória e da verdade sobre o regime ditatorial. São notórias as impressões populares de que a já citada Lei nº 6.683, de 28 de agosto de 1979, instaurou anistia recíproca, tanto aos militares quanto às vítimas do regime, razão pela qual são inúmeras as críticas em torno do diploma legal de anistia. Não menos, também é perceptível a existência de certa dificuldade de acesso e abertura dos documentos oficiais da repressão, de tal maneira que, não raras vezes, o ônus de montar robusto conjunto probatório ficava a cargo dos familiares dos mortos e desaparecidos políticos.

Como se vê, o Brasil conta substancialmente com três diplomas legais distintos que contribuem direta e positivamente para a manutenção da memória sobre as graves violações aos direitos humanos ocorridas durante a ditadura militar nacional e, por isso, importante colacionar no presente estudo uma diferenciação de encargos de cada uma das três comissões instituídas respectivamente pelas sobreditas leis:

I) A Comissão Especial sobre Mortos e Desaparecidos Políticos, criada pela Lei nº 9.140, de 4 de dezembro de 1995, popularmente chamada de "Lei dos Mortos", possui instrumentos para reconhecimento oficial tão somente de mortes e desaparecimentos. Além disso, a comissão possui presunção parcial de veracidade dos fatos, ao passo que necessita de um conjunto probatório mais robusto para afirmar categoricamente que alguém foi morto ou se encontra desaparecido desde o tempo do regime militar. Aqui, a crítica feita é de que a colheita de informações e provas ficou a cargo dos familiares das vítimas. Por fim, vale consignar que a comissão não possui atribuição para verificar a autoria de fatos reputados como verdadeiros;

II) a Comissão de Anistia, instituída pela Lei nº 10.559, de 13 de novembro de 2002, tem por finalidade reconhecer tão somente perseguições políticas e também não possui atribuição para verificar a autoria dos fatos verdadeiros. Porém, contradizendo a anterior, o órgão trabalha com a presunção de veracidade das alegações apresentadas, até porque pode consultar a documentação disponível no Arquivo Nacional e no Serviço Nacional de Informações (SNI); e

III) a Comissão Nacional da Verdade, colocada em funcionamento a partir da Lei nº 12.528, de 18 de novembro de 2011, trabalha com o reconhecimento de vítimas e sua averiguação oficial dos fatos é ampla e abrange circunstâncias ligadas às violações dos direitos humanos, proporcionando a confrontação de provas e versões que lhe são apresentadas. Ademais, seu compromisso também engloba o esclarecimento das violações durante a ditadura militar, bem como o desmantelamento das versões falsas e falaciosas da história, documentadas errônea e propositalmente pelos agentes repressivos. Conta, ainda, com os arquivos do projeto denominado "Brasil Nunca Mais".

Apesar da tardia formação da Comissão Nacional da Verdade, prepondera o entendimento segundo o qual sua construção foi marcada por um grande conjunto de informações históricas sobre o período ditatorial brasileiro, tais como importantes pesqui-

sas acadêmicas e relatórios organizados por movimentos sociais em prol dos direitos humanos, de tal maneira que é notório o registro feito no Relatório Final da sobredita comissão, a qual escreve que a conclusão deve ser somada

a todos os esforços anteriores de registro dos fatos e esclarecimento das circunstâncias dos casos de graves violações de direitos humanos praticadas entre 1946 e 1988, a partir de reivindicação dos familiares de mortos e desaparecidos políticos, em compasso com demanda histórica da sociedade brasileira. (BRASIL, 2014, p. 20).

A Comissão Nacional da Verdade, em especial, trouxe à baila diversos relatórios técnicos elaborados por comissões estaduais brasileiras, confeccionados até o final do ano de 2014, contendo todo o processo de investigação e levantamento de informações e depoimentos colhidos de vítimas, familiares das vítimas, militares envolvidos nos casos e outros, necessários à melhor elucidação dos fatos. Quer dizer que a Comissão Nacional não foi a primeira a tratar a busca pela verdade nesse sentido e nem a última existente a fim de catalogar as vítimas e reportar a face verdadeira dos casos ocorridos durante a ditadura militar, de modo que seu papel não se finaliza por aí, estendendo-se, ainda, como importante instrumento de representação e reconstrução histórica brasileira, mas, dessa vez, sob outro ponto de vista.

Com a inclusão das demais comissões brasileiras, cuja finalidade básica é a colheita de informações e procedimento de investigações acerca dos fatos violadores dos direitos humanos ocorridos durante a ditadura militar nacional, e fornecendo importantes subsídios, Marcelo Torelly (2014, p. 224) realiza a seguinte distinção em termos de prova, ao passo que incluímos, na mesma tabela comparativa, os números encontrados sobre as comissões:

Quadro 1 – Poderes das comissões e seus números

	Comissão Especial sobre Mortos e Desaparecidos Políticos (1961-1985)	Comissão de Anistia (1946 -1988)	Comissão Nacional da Verdade (1946 -1988)
Solicitar documentos públicos e privados	Sim	Sim	Sim
Solicitar documentos secretos	Não	Não	Sim
Requisitar informações	Sim	Sim	Sim
Convidar testemunhas e depoentes	Sim	Sim	Sim
Convocar testemunhas e depoentes	Não	Não	Sim

	Comissão Especial sobre Mortos e Desaparecidos Políticos (1961-1985)	Comissão de Anistia (1946 -1988)	Comissão Nacio- nal da Verdade (1946 -1988)
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
Números de casos	500 casos	70.000 casos	434 casos

Fonte: TORELLY (2014, p. 224); BRASIL (2014, p. 7-14).

Resta evidente, pois, a importante função institucional desempenhada, em especial, pela Comissão Nacional da Verdade, uma vez que não se restringiu a apurar tão somente os fatos cometidos durante a ditadura militar e deu à vítima e a seus familiares um lugar de destaque, sobretudo por tecer um Relatório Final dispondo de significativas informações acerca dos *modi operandi* que deram cabo à vida das vítimas ou que lhe forçaram os desaparecimentos.

Segundo Paul Van Zyl (2009):

As comissões de verdade dão voz no espaço público às vítimas e seus testemunhos podem contribuir para contestar as mentiras oficiais e os mitos relacionados às violações dos direitos humanos. O testemunho das vítimas na África do Sul tornou impossível negar que a tortura era tolerada oficialmente e que se deu de forma estendida e sistemática. As comissões do Chile e da Argentina refutaram a mentira segundo a qual os opositores ao regime militar tinham fugido desses países ou se escondido, e conseguiram estabelecer que os opositores "desapareceram" e foram assassinados por membros das forças militares em desenvolvimento de uma política oficial. [...] o fato de se reconhecer oficialmente o sofrimento das vítimas melhorará as possibilidades de confrontar os fatos históricos de maneira construtiva. (VAN ZYL, 2009, p. 36)

Em conclusão, os trabalhos das comissões recebem ampla repercussão midiática em âmbito nacional e internacional, o que permite a difusão das histórias mais obscuras do período militar e dá margem à busca pela verdade – elemento este essencial para a

correta transmutação do período ditatorial para a plena democracia. É cabível admitir que o processo de identificação e reparação às vítimas, levado adiante pelas comissões brasileiras, constitui um grande avanço nos assuntos sobre direitos humanos no Brasil, e sua implantação é passo decisivo para o processo transicional. Certo de que o sentimento nacional frente ao período ditatorial é o de ausência de punição aos envolvidos em mortes e desaparecimentos, o estabelecimento de uma política estatal voltada unicamente à busca pela verdade e pela memória e ao esclarecimento do momento político-social presenciado pós-1964 indica que há clara mudança de paradigma frente às transgressões aos direitos humanos.

3 Atuação do Ministério Público na responsabilização ditatorial

A promulgação da Lei nº 9.140, de 4 de dezembro de 1995, trouxe ao público o reconhecimento da responsabilidade estatal pelo assassinato de opositores políticos no período delimitado de setembro de 1961 a agosto de 1979 e criou a Comissão Especial sobre Mortos e Desaparecidos Políticos, já amplamente comentada no presente texto, sendo que muitos a consideram como marco jurídico do período transicional brasileiro.

No mesmo passo, ainda durante os tempos de ditadura militar, o Brasil sediou o massacre à denominada "Guerrilha do Araguaia", como era chamado o movimento de resistência ao regime militar integrado por alguns membros do Partido Comunista do Brasil (PCdoB), cuja bandeira era a luta contra o regime mediante a construção de um exército popular de libertação, e, conforme narram os fatos, o grupo era predominantemente formado por cerca de setenta jovens. Ante a insistente necessidade de pôr fim às ameaças comunistas brasileiras, o governo nacional deu aval ao início das campanhas de informação, identificação e repressão contra os membros do citado grupo, sob a ordem flagrantemente revestida de ilegalidade de que deveriam deter os prisioneiros e sepultar os mortos ainda na selva, identificando-os previamente. Durante os chamados "anos de chumbo", a Presidência da República tomou as rédeas da operação e ordenou a execução dos capturados, de tal maneira que, ao final de 1974, já não existiam mais guerrilheiros pertencentes ao grupo.

Sob o fundamento de que os desaparecimentos forçados ocorridos durante o período militar brasileiro, em especial no que diz respeito aos membros da "Guerrilha do Araguaia", constituem violações aos direitos humanos internacionalmente fixados, a saber: a privação do direito de liberdade, a violação à vida e à integridade pessoal, o desrespeito ao direito de reconhecimento da personalidade jurídica e aos deveres estatais de garantir àqueles sujeitos à jurisdição a inviolabilidade da vida e o direito de não tê-la pri-

vada arbitrariamente, sem prejuízo da tardia persecução criminal, a Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) decidiu, no caso juridicamente conhecido como Gomes Lund e Outros ("Guerrilha do Araguaia") vs. Brasil, que o Estado era responsável pela não investigação dos fatos ocorridos, bem como pela demora em sinalizar os criminosos e puni-los, de modo que as famílias das vítimas clamavam pela devida retaliação e peticionaram à Comissão Interamericana de Direitos Humanos.

Além disso, fixou a Corte o entendimento segundo o qual

as disposições da Lei de Anistia brasileira que impedem a investigação e a sanção por graves violações de direitos humanos carecem de efeitos jurídicos e não podem ser obstáculo para a investigação dos fatos referentes ao caso, nem para a identificação e punição dos responsáveis e tampouco podem ter igual ou semelhante impacto em outros casos de graves violações de direitos humanos consagrados na Convenção Americana ocorridos no Brasil" (CORTE IDH, 2010, p. 113).

Por fim, determinou a Corte que o Brasil é obrigado a indenizar os familiares da vítima pelos prejuízos causados pelo crime, efeito da condenação segundo o Código Penal brasileiro, bem como é preciso que se conduza eficazmente a investigação criminal para esclarecer os fatos, definir os limites das responsabilidades penais e impor efetivamente as sanções cabíveis.

Isso significa que caberia aos órgãos de investigação criminal na seara federal, notadamente ao Ministério Público Federal – cuja missão é contribuir para possíveis descobertas no campo das violações dos direitos humanos ocorridas durante a ditadura a fim de que haja ensejo ao ajuizamento de ações civis públicas em face dos agentes repressivos para condenação e pagamento em pecúnia ou obrigações diversas e trabalhos de busca de restos mortais dos desaparecidos políticos –, o dever de dar o pontapé inicial aos exames, tudo isso baseado nos seguintes critérios fixados pela CIDH:

- I) Levar em conta o padrão de violações de direitos humanos existente na época, a complexidade dos fatos apurados e o contexto em que os fatos ocorreram;
- II) evitar omissões no recolhimento da prova e seguir todas as linhas lógicas de investigação;
- III) identificar os agentes materiais e intelectuais do desaparecimento forçado e da execução extrajudicial de pessoal;
- IV) não aplicar a Lei da Anistia aos agentes de crimes;
- V) não aplicar prescrição, irretroatividade da lei penal, coisa julgada, *ne bis in idem* ou qualquer excludente similar de responsabilidade criminal para eximir-se do cumprimento da obrigação determinada pela Corte;

VI) garantir que as autoridades competentes realizem, *ex officio*, as investigações criminais correspondentes à obrigação determinada pela Corte e responsabilizem os agentes culpados. Para esse efeito, devem ter a seu alcance e utilizar todos os recursos logísticos e científicos necessários para recolher e processar as provas; devem ter acesso garantido à documentação e informação necessárias para elucidar os fatos e concluir, com presteza, as investigações e ações criminais que esclareçam o que ocorreu à pessoa morta e às vítimas de desaparecimento forçado;

VII) garantir a segurança das pessoas que participem da investigação, tais como os familiares das vítimas, as testemunhas e os operadores de justiça; e

VIII) assegurar a não realização de atos que impliquem obstrução ao andamento do processo investigativo.

A condenação internacional possui caráter vinculativo a todos os órgãos do Estado brasileiro, inclusive o Ministério Público, que é o órgão que possui as funções de protagonismo na implementação dos direitos humanos em território nacional, conforme seu perfil constitucional e segundo destacado pela Corte Interamericana quando da prolação da sentença condenatória. No mais, ante a complexidade e peculiaridade dos casos criminais insertos na justiça transicional, é preciso que as atuações sejam diferenciadas o bastante para que se adequem às particularidades dos casos.

Nesse sentido, a perseguição desenvolvida pelo Ministério Público Federal¹¹ foi sabidamente dividida em dois roteiros de atuação, um cível e outro criminal.

O primeiro núcleo consiste na preparação para viabilizar o ajuizamento de ação civil pública, mediante recomendações e realização de audiências públicas, que tenham como fim unicamente analisar como se deu a repressão em determinados entes federativos que contavam com a presença dos DOI-Codi ou dos Dops; identificar as vítimas e incluir perseguições contra populações indígenas e camponesas; manter contato com entidades e organismos representantes de familiares das vítimas, como o Grupo Tortura Nunca Mais, que peticionou no Caso Gomes Lund; identificar agentes públicos responsáveis pelas violações aos direitos humanos e verificar sua situação; requisitar documentos e, finalmente, elaborar e propor a ação civil pública com a finalidade de reparar, a título de danos morais, as vítimas, se vivas, ou seus familiares.

Por seu turno, o segundo núcleo de atuação se relaciona à busca de restos mortais dos desaparecidos políticos, cuja intervenção ministerial se dá diretamente nas investigações sobre ocultações de cadáveres e acompanhamentos de busca de corpos, localização e identificação de ossadas. A execução dos planos se dá mediante identificação

11 O Ministério Público Federal adota a posição institucional de que as condutas perpetradas pelos agentes estatais durante a ditadura militar já eram, desde a época do início de suas execuções, consideradas como crimes contra a humanidade ou como crimes a eles conexos, de modo que devem incidir sobre tais atos as consequências jurídicas decorrentes da subsunção às *jus cogens* no Direito Internacional, especialmente a imprescritibilidade e insuscetibilidade de concessão de anistia, o que demonstra a acertada posição ministerial frente à decisão da CIDH.

de locais onde os sepultamentos podem ter ocorrido, diagnóstico das possibilidades de busca, colheita de depoimentos testemunhais e de familiares das vítimas, mas confrontando com outros relatos para aferir a credibilidade das informações, exigência da presença das famílias, notadamente para coleta de dados antropométricos e de material genético dos familiares, como decorrência da sentença da Corte internacional.

Há escritos sobre a atuação do Ministério Público Federal na busca pela verdade do ocorrido na ditadura militar e a responsabilização dos envolvidos, os quais trazem as seguintes considerações:

Considerando as obrigações específicas dirigidas ao MPF, e as enormes limitações decorrentes do transcurso do tempo – mais de quarenta anos – os membros do GTJT entendem que é possível afirmar que, nos últimos seis anos, a instituição vem satisfatoriamente cumprindo o que foi determinado ao Estado brasileiro no que se refere à investigação e responsabilização criminal dos autores das graves violações a DH cometidas durante o período ditatorial. Tal conclusão decorre dos dados apresentados no capítulo anterior, bem como da análise qualitativa das provas colhidas durante a fase investigativa, realizada exclusivamente pelos PRs envolvidos, sem nenhum auxílio da PF. Centenas de pessoas foram ouvidas em todo o território nacional, milhares de documentos arquivados foram analisados, buscas e apreensões foram realizadas e, como resultado, novas provas a respeito dos fatos foram obtidas e embasam as ações penais já ajuizadas. Nota-se, em todas as ações, a preocupação especial com a obtenção de provas da participação efetiva ou da autoria direta dos crimes por parte dos denunciados, e não apenas da autoria pela posição de comando do agente à época dos fatos (MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL, 2017, p. 42).

Foi justamente nos delineados pontos que o Relatório Final da Comissão Nacional da Verdade estipulou, com limpidez, a autoria das graves violações de direitos humanos no período militar brasileiro, o qual foi divulgado na mídia com o nome de todos os agentes motivadores ou executores das condutas criminosas de repressão, apesar de que mais de um terço dos envolvidos já haviam falecido quando da publicação dos resultados, entre eles todos os presidentes da República e membros das Juntas Militares, e possibilitou o trabalho judicial por parte do Ministério Público Federal.

Assim, cabe ressaltar a atitude proativa adotada pelo Ministério Público Federal desde 2001, quando deu início aos inquéritos civis para investigação das mortes e desaparecimentos ocorridos contra o grupo de guerrilheiros do Araguaia e, para melhor apuração, realizou viagens à região, com os familiares das vítimas, para colher os depoi-

mentos daqueles que possuíam informações relevantes e que presenciaram o conflito armado. Anos depois, o órgão ministerial ajuizou uma ação civil pública contra a União e os coronéis Carlos Alberto Brilhante Ustra e Audir Santos Maciel, pedindo ao final a responsabilização dos ex-chefes do DOI-Codi de São Paulo pela tortura, morte e desaparecimento de pessoas, posteriormente inumados em vala clandestina no Cemitério de Perus, na mesma cidade.

Mais recentemente, houve a formação de um grupo de atuação voltado à justiça de transição e responsável por averiguar quatorze sequestros na cidade de São Paulo e outros no Rio de Janeiro, Rio Grande do Sul e Pará, tendo a frente especial do Ministério Público Federal ajuizado duas ações penais contra Sebastião Rodrigues de Moura, responsável pela repressão contra a "Guerrilha do Araguaia", e o já citado Brilhante Ustra, pelo sequestro do sindicalista Aluizio Palhano Pedreira Ferreira.

Fato é que foram denunciados diversos agentes por delitos contra a vida, a paz pública e outros mais, como homicídio qualificado, falsidade ideológica, estupro, ocultação de cadáver, quadrilha armada, fraude processual, favorecimento pessoal, transporte de explosivos, abuso de autoridade e sequestro. Com o fim de garantir o conhecimento público dos dados, o Ministério Público Federal teceu quadro que bem demonstra a origem dos denunciados:

Quadro 2 – Denunciados segundo o grau de origem

Origem	Número de denunciados
Exército	21
Marinha	0
Aeronáutica	0
Polícia Civil	9
Polícia Militar	7
Bombeiros	1
Perito (Instituto Médico Legal)	8
Civil infiltrado	1

Fonte: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL (2017, p. 28).

Além desse, há o quadro atinente ao número de decisões contrárias e favoráveis já julgadas no Brasil:

Quadro 3 – Decisões contrárias e favoráveis já julgadas

Instância	Decisões	
1º Grau de Jurisdição	Contrárias	17
	Favoráveis	4
2º Grau de Jurisdição	Contrárias	7
	Favoráveis	2
Superior Tribunal de Justiça (STJ)	Contrárias	3
	Favoráveis	0

Fonte: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL (2017, p. 29).

Como fato de conhecimento público, durante o regime ditatorial instalado a partir de 1964, não há dúvidas de que agentes públicos praticaram ou concorreram para a prática de diversos abusos e atos criminosos contra supostos opositores do regime político que se encontrava em vigor, ante o princípio da segurança pessoal. Não menos, a título de indenização, as vítimas e familiares foram, e alguns continuam na espera, ressarcidas pelos males causados pelos ditadores, muito embora não se tenha notícia de qualquer caso de ação regressiva intentada contra os agentes públicos.

A atuação do Ministério Público Federal diante dos casos de violação dos direitos humanos, cometidos durante a ditadura militar, sinalizam mais um avanço em termos de justiça transicional, vez que deve ser conceituada como o conjunto de medidas consideradas necessárias à superação de períodos sombrios da história, ocorridos no bojo de conflitos armados ou de regimes autoritários. Assim, o órgão ministerial tem por fim esclarecer a verdade histórica e judicial, realizar a justiça por meio da responsabilização dos violadores dos direitos humanos e promover a reparação dos danos às vítimas.

A justiça transicional parece ser pautada por três princípios básicos: verdade, justiça e reparação. A indispensabilidade de observância dos tipos basilares está pautada na consecução do objetivo maior da não repetição dos atos criminais externados durante a ditadura militar. Não há dúvidas de que as medidas transicionais são instrumentos de prevenção contra novos regimes autoritários e, nesse sentido, reforçam a cidadania e a democracia como elementos afins ao repúdio à cultura de impunidade e segredo, totalmente contrários à busca pela verdade e devida reparação às vítimas.

Igualmente, a participação e a pressão exercida pelo Ministério Público, sem prejuízo de outras instituições públicas que atuem na defesa dos direitos humanos, faz com que novas medidas sejam pensadas e adotadas pelo Governo Federal com o fim de resgatar a memória dos fatos e deixá-los "límpidos" para que a sociedade civil possa perceber os frutos negativos dos períodos ditatoriais brasileiros. Trata-se de medidas que, mes-

mo sendo consideradas tímidas frente à gama de possibilidades de justiça transicional, contribuem efetivamente para a concretização da democracia e, de um modo ou de outro, inspiram e transmitem confiança ao meio social, que com certeza passa a ver os organismos como combatentes da impunidade, não importando que um ano ou décadas transcorram.

4 Considerações finais

Partindo-se do panorama exposto acerca da justiça de transição brasileira, é correto afirmar que ainda há enormes contradições e, até mesmo, inexistente um conceito unívoco do que venha a ser tal passagem de um estado ditatorial para a plena democracia. Por outro lado, não há dúvidas de que o Brasil galgou importantes passos na consecução de tais fins, sobretudo após sua condenação em sede internacional, no caso *Gomes Lund e Outros vs. Brasil*, julgado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH). A condenação brasileira em âmbito internacional vincula, sem quaisquer dúvidas, todos os setores públicos e dá à sociedade civil importante instrumento para lutar contra as mazelas e resquícios deixados pelo sistema ditatorial implantado em 1964 pelos militares que ocuparam o poder.

Ainda, foi possível compreender que, sem prejuízo da indefinição exata do que venha a ser justiça de transição (ou transicional), bem como da incessante discussão em torno de seu conceito, o modelo adotado pelo Estado brasileiro para o retorno à democracia é pautado por três princípios basilares e informadores da política de transição, notadamente pelo fato de serem os seguintes:

I) a busca pela verdade dos fatos ocorridos durante a égide do regime militar, cuja importância não se esgota em conhecimentos e documentação histórica, mas se prolonga para os fins de assistência às vítimas sobreviventes ou aos familiares;

II) a justiça, realizável no caso concreto a partir dos esforços erigidos dos órgãos públicos e da sociedade civil, cuja atuação que salta aos olhos é a do Ministério Público, que, como um dos guardiões dos direitos humanos, forma grupos de atuação judicial e extrajudicial, a fim de ver condenados os responsáveis pelos crimes contra as pessoas durante a ditadura militar; e

III) a reparação, indispensável à correta transmutação de um estado ditatorial para um democrático, sobretudo por ser o meio hábil, e legalmente previsto, de diminuir os prejuízos causados pela ação delitiva.

Não obstante, foi possível notar que o Brasil ainda é frequentemente exposto ao legado ditatorial, o que reclama a necessidade de participação efetiva dos órgãos públicos – como já informado, o Ministério Público realiza majestoso trabalho na busca por restos

mortais e, conseqüentemente, no ajuizamento de ações civis públicas e ações penais contra os responsáveis, materiais ou intelectuais, pelos delitos em questão – e da sociedade civil, que cada vez mais clama pelo fim da cultura à impunidade e do segredo. No mesmo sentido, a criação de comissões da verdade se apresenta como instrumento de suma importância estratégica ao modelo adotado pelo Brasil no que diz respeito às suas políticas de transição, inclusive por repudiar todo e qualquer ato de anistia aos agentes públicos da época e documentar, trazendo à tona as verdades sombrias do período ditatorial, as vítimas e as causas de suas mortes.

A consolidação de uma democracia pós-período de repressão exige a implementação de políticas de resgate da memória e de busca pela verdade, não se esquecendo da reforma institucional e da apropriação dos mecanismos de transição pela sociedade civil, de tal maneira que todos notem a necessidade de se elaborar a democracia a fim de que o passado macabro seja constantemente lembrado e nunca mais nos revisite.

Referências

ABRÃO, Paulo; TORELLY, Marcelo D. Justiça de Transição no Brasil: a dimensão da Reparação. **Revista Anistia Política e Justiça de Transição**, Brasília, n. 3, jan./jun. 2010. Disponível em: <<http://www.memoriasreveladas.arquivonacional.gov.br/media/>>. Acesso em: 12 mar. 2018.

ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. Introdução de Mário da Gama. Brasília: UnB, 1992.

BAGGIO, Roberto Camineiro. Justiça de transição como reconhecimento: limites e possibilidades do processo brasileiro. In: SANTOS, Boaventura de Sousa et al. (Org.). **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.

BARBOSA, Marco Antônio Rodrigues; VANNUCHI, Paulo. Resgate da Memória e da Verdade: um direito de todos. In: SOARES, Inês; KISHI, Sandra (Coord.). **Memória e Verdade: a justiça de transição no Estado Democrático Brasileiro**. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2009.

BICKFORD, Louis. Transitional Justice. In: SHELTON, Dinah (Ed.). The **Encyclopedia of Genocide and Crimes Against Humanity**. Nova Iorque: MacMillan, 2004. v. III.

BRASIL. **Relatório da Comissão Nacional da Verdade**. Brasília: CNV, 2014. v. I.

CORTE IDH. **Caso de la “Panel Blanca” (Paniagua Morales y Otros) vs. Guatemala**. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_37_esp.pdf>. Acesso em: 20 mar. 2018.

_____. **Caso Gomes Lund e Outros (“Guerrilha do Araguaia”) vs. Brasil**. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_219_esp.pdf>. Acesso em: 20 mar. 2018.

CUEVA, Eduardo González. Até onde vão as Comissões da Verdade? In: REÁTEGUI, Félix (Org.). **Justiça de Transição: Manual para a América Latina**. Brasília: Comissão de Anistia, 2011.

ELSTER, Jon. **Rendición de Cuentas** – La Justicia Transicional em Perspectiva Histórica. Buenos Aires: Katz, 2006.

KUNDERA, Milan. **A insustentável leveza do ser**. São Paulo: Círculo do Livro S.A., 1984.

MAIER, Charles. Doing history, doing justice: the narrative of the historian and of the truth commission. In: ROTBERG, Robert; THOMPSON, Dennis (Org.). **Truth v. Justice: the morality of truth commissions**. New Jersey: Princeton University Press, 2000.

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. Grupo de Trabalho Justiça de Transição: 2ª Câmara de Coordenação e Revisão, Criminal. **Crimes da Ditadura Militar**. Relatório sobre as atividades de persecução penal desenvolvidas pelo MPF em matéria de graves violações a DH cometidas por agentes do Estado durante o regime de exceção. Brasília: MPF, 2017. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr2/publicacoes/roteiro-atuacoes/005_17_crimes_da_ditadura_militar_digital_paginas_unicas.pdf>.

_____. **Relatório preliminar de atos de persecução penal desenvolvidos pelo MPF acerca das graves violações de direitos humanos cometidas por agentes do Estado durante a ditadura**. Brasília: Procuradoria-Geral da República, 2013.

PODER EXECUTIVO DA REPÚBLICA DO CHILE. **Decreto Supremo nº 355, de 1990**. Crea Comisión de Verdad y Reconciliación. Disponível em: <<http://www.derechoshumanos.net/paises/America/derechos-humanos-Chile/informes-comisiones/Creacion-Comision-Rettig.pdf>>. Acesso em: 21 mar. 2018.

TEITEL, Ruti G. **Global Transitional Justice**. New York Law School: Center for Global Studies, 2010. Disponível em: <https://www.gmu.edu/centers/globalstudies/publications/hjd/hjd_wp_8.pdf>. Acesso em: 10 mar. 2018.

TORELLY, Marcelo D. **Justiça Transicional e Estado Constitucional de Direito**: perspectiva teórico-comparativa e análise do caso brasileiro. Dissertação (Mestrado em Direito)—Universidade de Brasília, Brasília, 2010.

_____. Das comissões de reparação à comissão da verdade: contribuições da Comissão sobre Mortos e Desaparecidos Políticos (1995) e da Comissão de Anistia (2001) para a Comissão Nacional da Verdade. In: TOSI, Giuseppe (Org.). **Justiça de transição**: direito à justiça, à memória e à verdade. João Pessoa: Editora da UFPB, 2014.

VAN ZYL, Paul. Promovendo a justiça transicional em sociedades pós conflito. In: REÁTEGUI, Félix (Org.). **Justiça de Transição**: Manual para a América Latina. Brasília: Ministério da Justiça, 2011.

YELLES, Uprimny Rodrigo et al.(Coord.) **¿Justicia transicional sin transición?** Reflexiones sobre verdad, justicia y reparación en Colombia. Bogotá: Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, 2006.

2 APONTAMENTOS SOBRE JUSTIÇA DE TRANSIÇÃO

Marlon Alberto Weichert¹

Resumo: Os elementos básicos do conceito de justiça de transição estão bem sedimentados. Porém, há diversas questões que seguem em aberto e seguem desafiando a literatura. Neste artigo, o autor revisita a origem da justiça transicional e suas noções teóricas centrais. O trabalho afirma que a justiça de transição é um conjunto de medidas judiciais, legislativas e administrativas que o Estado deve adotar para, ademais da indispensável responsabilização dos autores de graves violações aos direitos humanos, revelar a verdade, reparar as vítimas, recuperar e proteger a memória e implementar reformas institucionais, como modo de acelerar e facilitar a superação de um legado de graves violações aos direitos humanos durante regimes autoritários ou guerras civis e simultaneamente reforçar valores democráticos e promover a garantia de não recorrência. O artigo é desenvolvido basicamente com metodologia descritiva, porém apresenta também proposições normativas sobre alguns aspectos ainda em aberto sobre a justiça de transição.

Palavras-chave: Democracia. Reconciliação. Não recorrência. Violação de direitos humanos. Reparação. Crimes contra a humanidade. Comissão da Verdade Reformas institucionais.

Abstract: *The basic elements of the concept of transitional justice are well established. However, there are several questions that remain open and still challenge the literature. In this paper, the author revisits the transitional justice's origins and its theoretical main notions. The work states that transitional justice is a set of judicial, legislative and administrative measures that a State shall adopt to, besides the indispensable accountability for human rights' perpetrators, disclosure the truth, repair damages suffered by the victims, recover and protect memory, and implement institutional reforms, in order to hasten and facilitate the overcoming of a legacy of serious human rights violations in the aftermath of authoritarian regimes and civil wars, and simultaneously reinforce democratic values and promote the guarantee of non-recurrence. This paper primarily adopts a descriptive methodology, yet it also proposes normative approaches regarding some issues still under discussion among transitional justice scholars.*

Keywords: *Democracy. Reconciliation. Non-recurrence. Human rights violations. Reparations. Crimes against humanity. Truth commission. Institutional reforms.*

¹ Marlon Alberto Weichert é mestre em Direito do Estado pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, procurador regional da República e procurador federal dos Direitos do Cidadão Adjunto.

1 Introdução

O conceito de justiça transicional começou a ser desenvolvido a partir da análise do conjunto de experiências de diversos países na condução de suas transições à democracia após o colapso de regimes ditatoriais, ou após conflitos internos, nos quais houve sistemática e grave violação de direitos humanos. É um fenômeno jurídico e político com início nos anos noventa do século XX, embora alguns autores reconheçam práticas transicionais desde a antiga Grécia (ELSTER, 2004, p. 3) e outros considerem que os juízos de Nüremberg (Pós-Segunda Guerra Mundial) foram o estopim da política de justiça transicional. De fato, práticas isoladas da atual denominada justiça transicional foram experimentadas em diversas épocas da história da humanidade. Todavia, o que diferencia o movimento iniciado no fim do século XX é a visão da necessidade de aplicação combinada de uma série de medidas políticas e jurídicas como meio de fortalecer uma sociedade e um Estado emergentes de regimes autoritários ou guerras civis, à luz de valores democráticos. A justiça transicional, tal como se compreende atualmente, insere-se no contexto de afirmação dos direitos humanos que ganha consistência a partir da década de 1970, impulsionada por demandas da sociedade civil por justiça e proteção diante de graves violações aos direitos humanos.

Há 3 grupos de experiências transicionais que impulsionaram a adoção da justiça de transição. O primeiro no Cone Sul da América, onde Argentina, Chile, Brasil, Uruguai, Paraguai e Bolívia – após golpes militares e ditaduras extremamente violentas – experimentavam a retomada da democracia. O segundo refere-se à transição da África do Sul após o fim do regime racista do Apartheid, em 1994 – a qual surpreendeu o mundo por ter sido realizada de forma pacífica, sob a liderança do primeiro presidente negro eleito, Nelson Mandela. E, finalmente, o grupo das transições nos países do extinto bloco soviético na Europa oriental e central, também no início da década de 1990, após a queda do Muro de Berlim (9 de novembro de 1989).

A esse conjunto de transições somaram-se, porém, os traumas decorrentes da incapacidade internacional de prevenir e intervir para cessar dois processos de graves violações aos direitos humanos. Primeiro, o relativo às guerras na região dos Bálcãs, no coração da Europa, entre nações e povos que compunham a antiga Iugoslávia. Tratou-se de um conflito com conotações geográficas, religiosas e étnicas, no período de 1991 a 2001, envolvendo Eslovênia, Croácia, Bósnia, Sérvia, Montenegro, Kosovo e Macedônia. Um dos eventos mais graves foi o massacre de Srebrenica, em julho de 1995, no qual mais de 8 mil bósnios muçulmanos foram mortos pelo exército da Sérvia, no que é considerado o maior genocídio na Europa após a Segunda Guerra Mundial. As guerras resultaram em mais de 100 mil mortos, 2 milhões de refugiados e dezenas de milhares de mulheres, crianças e adolescentes vitimadas por violência sexual. O segundo evento

foi o genocídio em Ruanda, pequeno país no centro da África, em abril de 1994. Ruanda é um país de colonização belga, composto basicamente por dois grupos étnicos: a maioria Hutu e a minoria Tutsi. Em uma história repleta de confrontos e animosidades, o genocídio ocorreu após a morte do presidente eleito, em um suspeito acidente de avião. A maioria Hutu, estimulada por membros do governo e alguns meios de comunicação, atacou os Tutsis. Cerca de 800 mil pessoas foram mortas em 100 dias.

Nesse contexto, militantes de direitos humanos, acadêmicos, políticos, entidades internacionais e não governamentais desenvolveram esforços para tentar compilar obrigações dos Estados em fase de transição, bem como identificar boas práticas que fossem capazes de permitir o enfrentamento do legado de violações aos direitos humanos e a reparação das vítimas, cuidando – ao mesmo tempo – da implementação e consolidação da democracia e da prevenção da recorrência ou repetição de ditaduras, guerras civis, genocídios, crimes contra a humanidade e outras graves violações aos direitos humanos. A conferência propulsora ocorreu em 1988, em Aspen, Suíça, quando então se referia a um processo de “justiça em tempos de transição” (PAIGE, 2009).

A primeira questão clássica que se coloca no processo de transição refere-se à responsabilização de membros do governo anterior pelos abusos ou violações de direitos humanos perpetradas. Há, por um lado, a posição tradicional de que paz e justiça são possibilidades antagônicas e, portanto, a justiça precisaria ceder para a garantia da paz. A responsabilização de ditadores e repressores inviabilizaria o processo transicional e, ademais, prejudicaria o fim das violações aos direitos humanos, na medida em que ditadores e governos autoritários tenderiam a postergar ao máximo seu domínio, pelo medo de entregar o poder e serem perseguidos. Ademais, a impunidade seria necessária para prevenir retrocessos durante os primeiros governos civis eleitos, tais como novos golpes de Estado, os quais poderiam ser tentados por integrantes ou sustentadores do regime anterior, agora ameaçados de punição. Assim, anistias e outras formas de impunidade seriam males necessários para criar uma “zona de conforto” a quem deve ser retirado do poder, bem como a seus seguidores e apoiadores, permitindo levar a cabo de modo pacífico a transição. Essa visão, de índole pragmática, sacrifica o valor justiça e o direito das vítimas à responsabilização criminal de seus algozes em favor da governabilidade.

De outro lado, situam-se os defensores da promoção da justiça, sob o argumento de existência de um dever de responsabilização de perpetradores de crimes contra a humanidade, genocídios e outras graves violações aos direitos humanos. Haveria incompatibilidade entre a isenção de responsabilidade e o regime jurídico de proteção aos direitos humanos. Ademais, os adeptos desse pensamento apontam a carência de evidências aptas a comprovar ser o risco de punição um elemento de decisão sobre o momento de saída de um governo autoritário do poder. Não seria a garantia da impunidade o motivador do fim do regime tirânico, mas sim a perda das reais condições de

exercício do poder, notadamente a sustentação econômica, social ou militar. A defesa da impunidade apenas viabilizaria um conveniente discurso de pacificação, como se houvesse magnanimidade do governo autoritário em deixar o poder e, por outro lado, essa providência fosse necessária para legitimar o novo governo entre segmentos sociais vinculados ao regime repressivo.

Os críticos ao suposto dilema entre “paz e justiça” apontam que não há comprovações de que a promoção da responsabilidade penal tenha acarretado retrocessos ou golpes de Estado no curso de algum processo de transição. Ao contrário, advogam que a punição penal nos casos de graves crimes contra a sociedade é indispensável pela função de prevenção do delito, propiciando reforço do objetivo de não repetição. A punição dos perpetradores de graves violações aos direitos humanos seria relevante para afirmar o caráter de generalidade da norma penal, reprimindo intenções de prática de atos semelhantes por outros membros da coletividade, bem como a própria repetição da conduta pelos mesmos agentes. A sanção de crimes graves ajudaria, pois, a consolidar a paz em médio e longo prazo.

Em síntese, a defesa da responsabilização dos autores de graves violações aos direitos humanos se fundamenta na ideia de que não há paz sem justiça.

A doutrina da justiça de transição reconhece essa polaridade, mas adota a premissa de que, desde o Tribunal de Nuremberg, o Direito Internacional fixou um paradigma de obrigatoriedade de responsabilização dos perpetradores estatais de graves violações de direitos humanos. A praxe de simples execução sumária dos vencidos ou de impunidade já não seria mais aceitável. Portanto, o processo de transição envolve necessariamente a promoção da justiça, ao menos em face dos principais responsáveis pelo cometimento de condutas gravíssimas, tais como crimes contra a humanidade e genocídios. Algumas anistias até podem ser aceitáveis e fazer parte do processo, desde que não sejam concedidas de modo geral, incondicional ou para altos escalões (AMBOS, 2010).

O estudo das transições, porém, revelou que a promoção da justiça, embora importante, não garante por si só a longevidade de um regime jurídico democrático e, tampouco, é elemento suficiente para a apuração da verdade. Ainda que a função penal do Estado objetive a prevenção de delitos, não é o Direito Criminal um instrumento capaz de, isoladamente, transformar sociedades divididas por um histórico de violências e desrespeito à democracia e aos direitos fundamentais. E, muito menos, de garantir que o Estado Democrático de Direito seja uma realidade estável.

Nesse contexto, aproveitando-se a experiência acumulada na transição dos países já mencionados, muitos dos quais desenvolveram atividades de revelação da verdade (especialmente Comissões da Verdade) e de reparação das vítimas, e idealizando-se medidas políticas e jurídicas que — somadas às obrigações internacionais de punição de autores de graves violações aos direitos humanos — pudessem fortalecer e dar longevi-

dade à democracia, formulou-se o conceito teórico de justiça transicional, ou justiça de transição.

Assim, a Organização das Nações Unidas definiu justiça transicional como o conjunto completo de processos e mecanismos relacionados com os esforços de uma sociedade para superar o legado de uma larga escala de abusos contra os direitos humanos no passado, a fim de assegurar responsabilização, a administração da justiça e reconciliação. Essas medidas podem ser judiciais ou não judiciais, incluindo persecução criminal, reparações, busca da verdade, reformas institucionais, expurgos de funcionários ou a combinação delas². Em sentido parecido, a respeitada entidade não governamental Centro Internacional para a Justiça Transicional (International Center for Transitional Justice – ICTJ) publica em seu sítio de internet que justiça transicional é

o conjunto de medidas judiciais e não judiciais que têm sido implementadas por diferentes países para reparar um legado de massivos abusos aos direitos humanos. Essas medidas incluem responsabilização criminal, comissões da verdade, programas de reparação e vários tipos de reformas institucionais.³

Com efeito, os elementos básicos do conceito estão bastante sedimentados. Porém, há diversas questões relacionadas à justiça transicional que ainda estão em aberto. Isso pode ser justificado pela origem empírica do conceito e a enorme variedade de processos transicionais a que se refere, cada um com características específicas, fruto da cultura, da política e do direito local. Ademais, por se tratar de uma definição normativa (ou seja, do que “deve ser”), de difícil comprovação na prática (mundo real e concreto do “ser”), ela também recebe muitas críticas, em especial dos cientistas sociais céticos quanto aos objetivos da justiça transicional.

Neste artigo, pretende-se traçar as linhas centrais da justiça de transição, sem prejuízo de indicar pontos controversos ou sob disputa. Utilizo, para tanto, basicamente o que já expus em trabalho anterior (WEICHERT, 2015), embora com algumas atualizações de enfoque e abordagem. Ainda assim, algumas partes são reprodução de referida publicação antecedente.

2 Guidance Note of The Secretary-General. United Nations Approach to Transitional Justice. Disponível em: <http://www.unrol.org/files/TJ_Guidance_Note_March_2010FINAL.pdf>, p. 2. Tradução livre.

3 Vide: <<http://www.ictj.org/about/transitional-justice>>. Tradução livre.

2 Os objetivos da justiça transicional

A justiça de transição tem múltiplos objetivos, embora todos eles convirjam para o foco de reforço do regime democrático de direito, no qual a proteção e a promoção dos direitos humanos são elementos estruturais.

Os desafios para a construção e consolidação de um Estado Democrático de Direito são enormes e sempre variam de país para país, cultura para cultura. Há casos em que os regimes autoritários ou guerras civis foram um episódio em um país com experiências democráticas anteriores. Em outros, a regra do país foi a violência, o autoritarismo e a violação de direitos humanos. Assim, enquanto na primeira situação se cuida de restabelecer o Estado Democrático de Direito, no segundo o desafio é estabelecer o regime democrático. Sem compreender as idiossincrasias de cada regime autoritário ou guerra civil, bem como das origens de tais eventos, não se pode apontar do que a justiça de transição será capaz e, tampouco, de quais instrumentos ou mecanismos podem ser adotados.

A justiça de transição busca desenvolver mecanismos que viabilizem a reconstrução democrática de países regressos de períodos de conflito ou regimes repressivos, nos quais suas instituições e sociedade se viram envolvidas com a violação ampla, sistemática e grave de direitos humanos, assim como a implementar essa pauta em Estados que pela primeira vez estão trilhando o caminho democrático. Para tanto, aponta a existência de uma série de ferramentas que facilitam reparar o passado e pavimentar o futuro, com a afirmação de valores essenciais do regime democrático: justiça, verdade e responsabilidade. Essa pauta axiológica é cultivada estrategicamente, com medidas que unem o ontem com o amanhã, valorizando o ser humano (reparação das vítimas), reconhecendo e divulgando os erros do passado (revelação da verdade; preservação e divulgação da memória), responsabilizando violações escandalosas de direitos humanos (promoção da justiça) e adequando o aparato estatal para a vida democrática (reformas institucionais). Não se cuida, portanto, de olhar o passado por si mesmo, mas sim de buscar a superação do que passou com perspectivas de não repetir.

Nesse passo, é possível afirmar que os objetivos da justiça de transição residem no fortalecimento do regime democrático de direito, com um olhar privilegiado para o desenvolvimento da capacidade de não recorrência.

A aspiração por democracia no contexto de justiça transicional está relacionada ao conceito de democracia política, mas não no sentido meramente formal ou procedimental (eleições periódicas e justas). A consolidação democrática é alcançada “quando sob determinadas condições políticas e econômicas, um particular sistema de instituições se torna o único jogo disponível (*the only game in town*), quando ninguém pode ima-

ginar atuações por fora das instituições democráticas” (PRZEWORSKI, 1991, p. 26)⁴, ou seja, quando é plenamente assumido por todos os atores sociais que qualquer conflito ou crise deverá ser solucionada e decidida de acordo com o direito em vigor (seguindo os procedimentos constitucionais e respeitando-se as instituições constitucionais), sem qualquer temor de ameaças autoritárias. Da mesma forma, a democracia está consolidada quando o governo e todos os órgãos militares e civis reconhecem e respeitam os cidadãos como detentores do poder estatal, aceitando que eles podem – e devem – ter acesso à informação e aos poderes públicos, controlando e participando dos processos de tomadas de decisão, sempre que isso for possível (democracia participativa). Numa democracia consolidada, a vasta maioria da sociedade respeita o Estado de Direito e os procedimentos políticos e, ao mesmo tempo, todo o Poder Público está comprometido com seus deveres constitucionais e ciente de que todo e qualquer cidadão é titular de direitos públicos subjetivos. Evidentemente que não se pode ter a utópica pretensão de que toda a sociedade será adepta a valores democráticos e da priorização do respeito aos direitos humanos. O fundamental é que arroubos autoritários – quando houver – sejam isolados e absolutamente incapazes de abalar o funcionamento regular do Estado ou afetar de maneira relevante a vida social.

A justiça transicional não traz conteúdos novos à definição de Estado de Direito Democrático. Ela impulsiona e canaliza a adoção dos valores democráticos e a promoção dos direitos fundamentais em sociedades pós-conflito ou pós-repressivas que estavam política e culturalmente divorciadas deles; funciona como um atalho ou acelerador para a incorporação dessa essencial pauta axiológica ao cotidiano da vida social, política e jurídica. Assim, se um perpetrador de violações aos direitos humanos é submetido a juízo (estratégia de justiça transicional), há um indicativo de que o Estado está pronto para promover justiça a qualquer um, sem distinções de classes, ou seja, com respeito ao princípio da igualdade (um valor perene do Estado Democrático de Direito). Do mesmo modo, o funcionamento de uma Comissão da Verdade (estratégia de justiça transicional) impulsiona o direito de acesso à informação e uma cultura de transparência nos assuntos públicos (um valor perene do Estado Democrático de Direito).

A relação entre justiça transicional e democracia é decorrência, ainda, do fortalecimento da sociedade civil mediante os processos de justiça, verdade, memória e reparação. Os atores sociais não governamentais desempenham um papel fundamental no desenvolvimento dessas estratégias e se capacitam para o dia a dia da participação democrática, sobretudo se “empoderando” dos mecanismos de acompanhar e controlar a atividade de governantes.

4 No original em inglês: “when under given political and economic conditions a particular system of institutions becomes the only game in town, when no one can imagine acting outside the democratic institutions”. Tradução livre.

Enfim, o fortalecimento da democracia substantiva é uma consequência inexorável de um processo holístico de justiça transicional, tanto pelo caráter de afirmação normativa de seus princípios e valores, como pelo impulso das habilidades da sociedade civil em se relacionar e interagir com o Poder Público e reivindicar direitos.

Não obstante, é claro que a justiça transicional não trará, por si só, a consolidação democrática. Muitos outros fatores contribuem para esse processo, sobretudo a implementação de direitos econômicos e sociais, com a redução das desigualdades sociais e o fim da pobreza extrema. Tampouco se pode considerar que a justiça transicional é condição indispensável para o alcance do Estado Democrático de Direito. Porém, é indubitável o nexo causal existente entre as políticas de justiça de transição e o conteúdo material do princípio democrático (DE GREIFF, 2012). Esses processos estão interconectados e progressivamente restauram (ou instauram) a pauta axiológica da justiça, igualdade e verdade como essenciais na vida social e política. Os objetivos da justiça de transição não são utópicos ou impossíveis. O sucesso da justiça de transição se mede pela qualidade da democracia e, normativamente, o quanto mais intenso e profundo for o processo de justiça de transição, melhores frutos serão colhidos na consolidação democrática. Ou seja, quanto mais engajada estiver a sociedade em relação à promoção de medidas que fortalecem valores essenciais da vida democrática e dos direitos fundamentais, estará também mais perto da garantia da não recorrência. Em outras palavras, democracia e proteção dos direitos humanos, além de serem pressupostos recíprocos (ROTHENBURG, 2014, p. 4), são também os pressupostos da garantia de não recorrência.

Chegamos, com isso, ao tema da garantia de não recorrência, o qual desponta como a consequência desejada do processo de justiça transicional. De fato, um aparato estatal e uma sociedade que se regem e relacionam a partir da promoção da justiça, igualdade, informação, verdade, responsabilidade e educação – e estruturado com instituições públicas, militares e civis, comprometidas com a defesa do próprio Estado Democrático de Direito e da cidadania – reúnem os elementos necessários para, de um lado, rejeitar que o autoritarismo ou o conflito militar possam ser considerados caminhos viáveis para o progresso e o desenvolvimento e, de outro, afugentar o pensamento de que a relativização da dignidade e dos direitos humanos sejam aceitáveis em prol de outros interesses.

A garantia de não recorrência não é apenas um olhar para o futuro para prevenir a repetição de erros anteriores mas também a superação do legado de autoritarismo que permanece em órgãos e instituições públicas mesmo após a (re)democratização. De fato, entidades que durante o período de conflito ou a ditadura foram estruturados e orientados para combater e reprimir dissidentes – restringindo e violando direitos humanos – certamente não abrirão mão de seus poderes ou tampouco serão capazes de

modificar sua cultura, apenas porque o regime entrou em colapso e foi substituído por outro. Há uma tendência inercial de manutenção do status quo que lhes era favorável e de rejeição a mudanças que afetem seu domínio (RAMIREZ-BARAT, 2007, p. 66). Assim, não é incomum que essas instituições (sobretudo as forças encarregadas da segurança pública) continuem a desrespeitar direitos dos cidadãos durante e após a transição, em um fenômeno que pode ser chamado de perpetuação da violação de direitos humanos.

As políticas de justiça transicional tendem a confrontar essa herança, principalmente com as medidas de reformas institucionais e de responsabilização de violadores de direitos humanos. As primeiras porque se dedicam a promover a (re)discussão do papel das instituições públicas (especialmente das forças armadas, de segurança pública e de justiça) no regime democrático, expurgando agentes vinculados à perpetração de graves violações de direitos humanos, alterando a cultura e as estruturas autoritárias e comprometendo-as com os valores constitucionais do Estado de Direito. A segunda porque elimina a sensação de impunidade, de que um agente do Estado teria proteção para praticar abusos e cometer crimes.

Veja-se, aliás, o próprio caso brasileiro, no qual são persistentemente elevados os índices de violência policial, sobretudo de execuções sumárias de suspeitos e de torturas e tratamentos cruéis e degradantes a pessoas suspeitas de terem cometido crimes e a presos, em um quadro que nitidamente se relaciona com a ausência de reformas das instituições de segurança pública e justiça, bem como de deficiente afirmação normativa da responsabilidade penal dos agentes públicos pela violação de direitos humanos.

Por esse motivo, a vocação da justiça de transição não é somente evitar a repetição de graves erros do passado, mas sim enfrentar a continuidade da má conduta de instituições e agentes públicos no ambiente democrático. Assim, a garantia de não recorrência comporta duas finalidades: prevenir a repetição, no sentido de impedir o retorno de regimes autoritários; e superar a perpetuação de enclaves autoritários e de graves violações aos direitos humanos, as quais remanescem como legados do período de conflito ou ditadura. A primeira está preocupada com o futuro, enquanto a segunda está concentrada no presente. Em suma, a não recorrência seria o gênero que abrange duas espécies: a não repetição e não perpetuação.

Finalmente, cabe destacar que um dos efeitos desejados do processo transicional é, ainda, a reconciliação. Existem dois planos de relações sociais que – em regra – demandam reconciliação em sociedades pós-conflito ou pós-repressivas. O primeiro refere-se à confiança dos cidadãos no Estado, seus órgãos e agentes. O regime autoritário e a repressão destroem o vínculo de compartilhamento de interesses do Estado com o indivíduo. O Poder Público, que deveria perseguir o interesse coletivo, assume o papel de violador de direitos do cidadão. Subjetivamente, uma relação que deveria estar baseada na confiança passa a se fundar no medo.

Por outro lado, esses regimes lastreiam-se também no tratamento desigual dos grupos sociais. Enquanto alguns são perseguidos por motivos políticos, religiosos, ideológicos, étnicos, raciais, sociais etc., aqueles que apoiam os governantes são tratados de modo privilegiado. Instituem-se discriminações e estimulam-se antagonismos. Essa conduta fortalece – nos perseguidos – a desconfiança no Estado e em seus órgãos, e contamina a convivência social entre os grupos sociais atingidos. Assim, as relações sociais terminam esgarçadas, com o crescimento de animosidades, rivalidades, preconceitos e ódio.

Verificam-se, pois, dois fenômenos paralelos. Primeiro, uma quebra na confiança civil, no eixo vertical do relacionamento entre cidadãos e as instituições públicas. E, em segundo lugar, uma fissura no tecido social, nas relações horizontais dos cidadãos e grupos sociais entre si (DE GREIFF, 2008).

A reconciliação deve, portanto, (r)estabelecer os elos de confiança nessas duas dimensões. Isso depende, por um lado, do reconhecimento público de que as instituições são novamente confiáveis e, por outro, da recomposição da tessitura social. Tal resultado vincula-se, essencialmente, à capacidade do Poder Público de restabelecer o primado da igualdade na sua relação com a coletividade. Enquanto houver a percepção de permanência de parâmetros normativos e práticas de governo que privilegiam alguns grupos em detrimento de outros, nem a confiança cívica (vertical) e nem a confiança social (horizontal) serão atingidas.

Alcançar o objetivo da reconciliação demanda, sobretudo, processos de responsabilização de graves autores de violações aos direitos humanos e de reparação das vítimas. Ambos são demonstrações concretas de respeito ao princípio da igualdade. Primeiro, porque, ao promover justiça contra ex-agentes estatais que se envolveram com a perpetração de violações de direitos humanos de seus próprios concidadãos, indica-se que não há grupos sociais imunes à lei penal; trata-se, pois, de afirmar a igualdade de todos perante a lei. E, segundo, porque ao reparar as vítimas, o Estado assume que elas foram injustamente perseguidas e são credoras de prestações materiais ou imateriais que reponham ou indenizem os danos sofridos, regulando seus direitos com os das demais pessoas.

Porém, também a realização de reformas institucionais tem elevada importância. O restabelecimento da confiança cívica está vinculado à percepção de que instituições e órgãos públicos superaram seus ranços autoritários e são capazes de reconhecer os cidadãos como titulares de direitos perante o Estado. Para tanto, é indispensável que o Poder Público altere os valores e as práticas que adotava durante o regime de exceção, adequando-os à pauta axiológica do Estado Democrático e Constitucional.

Embora a reconciliação vertical seja um objetivo em geral possível no bojo de um processo de justiça transicional, a reconciliação horizontal muitas vezes é um objetivo

de longo prazo, que foge aos limites do processo transicional. A depender das origens e razões do rompimento de vínculos sociais – o qual pode ter causa remota – e da extensão do fosso ou esgarçamento do tecido social, não será a mera transição que curará essa ferida. Entretanto, o processo transicional deve criar os alicerces para a construção paulatina de um novo modelo de relacionamento social dos diferentes grupos com o Estado, numa estrutura democrática que reconheça maiorias e minorias, seus direitos e suas peculiaridades culturais.

Por oportuno, cabe, ainda, salientar que reconciliação não se confunde com perdão. Este ocorre no espaço subjetivo e privado de cada uma das vítimas. Perdoar é uma decisão pessoal e individual de quem sofreu a violação de seus direitos, fora do alcance do Estado ou da justiça de transição. Qualquer tentativa de presumir que a revelação da verdade, a promoção da justiça ou a reparação de direitos, por si sós, sejam elementos que devem produzir o perdão, será mera retórica autoritária, com o Estado – mais uma vez – tentando influenciar nos valores afetivos e íntimos da pessoa.

3 As estratégias de justiça transicional - os objetivos intermediários

Como visto, o objetivo central do processo de justiça transicional é o fortalecimento do Estado Democrático de Direito, com o desenvolvimento de garantias de não recorrência. Para alcançar esses objetivos, foram concebidas diversas estratégias judiciais e não judiciais. Embora a classificação dessas medidas seja tema controverso, adoto um critério que as qualifica segundo o objetivo imediato (ou intermediário) a que se destinam.

Assim, entendo que há atualmente cinco grupos de objetivos imediatos a serem obtidos mediante providências de justiça transicional, a saber: promoção da justiça, revelação da verdade, reparação das vítimas, preservação e divulgação da memória e implementação de reformas institucionais.

É fundamental ressaltar, desde logo, que essas categorias não são estanques. A classificação atende a um critério de prevalência. Isso porque cada uma das atividades de justiça transicional atende a mais de um objetivo. Por exemplo, a responsabilização penal, claramente classificável como medida de justiça, assume relevância indiscutível também para a revelação da verdade e a reparação das vítimas e, em menor intensidade, para a produção da memória e as reformas institucionais. A exclusão de um perpetrador de violações aos direitos humanos do quadro da polícia é, da mesma forma, providência inerente à reforma institucional mas também é responsabilização e reparação às vítimas. Assim, é preciso ter em consideração que não há limites estanques;

toda providência é apta a contribuir com mais de um objetivo imediato e, ao final, todas elas contribuem para a (re)democratização, a não recorrência e, ainda, a reconciliação.

Uma segunda ressalva é de que não se trata de uma relação exaustiva. Aliás, novas perspectivas de intervenções jurídicas, políticas e sociais são necessárias para o processo transicional. Não há como negar, por exemplo, que uma abordagem educacional no contexto de violações suportadas por crianças e adolescentes — situação especialmente dramática em casos de genocídios e de guerras civis com o envolvimento de crianças-soldados ou de violências sexuais sistemáticas e generalizadas contra elas — é um elemento ainda carente de maior reflexão. Da mesma forma, é inexorável que a justiça de transição também terá que considerar o enfrentamento das causas dos conflitos, sobretudo quando estas repousam em deficit de direitos econômicos e sociais, o qual levou (e pode voltar a provocar) à disputa violenta pelo acesso a recursos escassos, tais como terras, água ou meios de produção. A justiça de transição, nesse caso, terá que desenvolver novos mecanismos para enfrentar esse específico legado, promovendo justiça distributiva para fins de reconciliação social (ELSTER, 2012, p. 80), pois não há como garantir a não repetição se as causas remotas de um conflito ou da desfuncionalidade social não são enfrentadas.

4 Promoção da justiça

A estratégia (ou eixo) de promoção da justiça tem como elemento básico a responsabilização judicial dos autores de graves violações aos direitos humanos, notadamente os crimes contra a humanidade e de genocídio. A justiça de transição toma posição explícita no antigo dilema entre transições com paz vs. transições com justiça, seguindo os *standards* do Direito Internacional e superando a concepção de que a governabilidade democrática seria inviabilizada pela persecução de criminosos do antigo regime.

De fato, desde o fim da Segunda Guerra Mundial e o julgamento pelo Tribunal de Nuremberg dos líderes do regime nazista, novos valores foram introduzidos na pauta da proteção internacional dos direitos humanos, sobretudo a inafastabilidade da responsabilização dos autores materiais e intelectuais dos crimes contra a humanidade. Paulatinamente esse conceito se consolidou e hoje integra o *jus cogens*, ou seja, o conjunto de regras internacionais de cumprimento obrigatório por todos os Estados. A justiça transicional começou o seu desenvolvimento exatamente por esse ponto, ou seja, a importância da responsabilização de graves violadores de direitos humanos para o futuro da democracia. Ainda que para vários acadêmicos das ciências sociais ainda não esteja claro ser esse um efetivo padrão seguido pelos Estados (OLSEN et al., 2010), é indiscutível que, no plano normativo, houve a incorporação desse dever de investigar e punir pela comunidade inter-

nacional e pelas Nações Unidas, conforme dão notícia a forte adesão de 120 Estados ao Estatuto de Roma – que instituiu o Tribunal Penal Internacional – e a Nota de Orientação do Secretário-Geral da ONU sobre justiça transicional.⁵ Assim, no âmbito do Direito Internacional dos Direitos Humanos, o recurso de conceder anistias (muitas vezes sob a forma de autoanistias, ou seja, edição de leis pelo próprio regime autoritário garantido impunidade a si próprio, seus agentes e sustentadores) a crimes de genocídio, crimes contra a humanidade e crimes de guerra não é válido. Nesse sentido, aliás, a reiterada jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos, conforme os casos *Velásquez Rodríguez vs. Honduras*, *Barrios Altos vs. Peru*, *Almonacid Arellano vs. Chile* e *Gomes Lund vs. Brasil*,⁶ entre outros, bem como o entendimento consolidado da Comissão de Direitos Humanos das Nações Unidas (atualmente Conselho de Direitos Humanos), fixado na Resolução nº 2005/81, de 21 de abril de 2005.⁷

A relação entre a promoção da justiça e o alcance dos objetivos da justiça transicional nos parece, de fato, evidente. Primeiro, porque atende ao direito das vítimas de verem os perpetradores de graves violações aos seus direitos fundamentais devidamente sancionados pelo Estado, num processo que restaura a confiança nas instituições incumbidas de promover a justiça e, portanto, que impulsiona a reconciliação. Segundo, porque exprime e concretiza o princípio da igualdade perante a lei. A persecução penal de altos dirigentes públicos envolvidos com a violação de direitos humanos, e eventualmente de seus apoiadores, indica que o Direito Penal não está a serviço da elite, mas sim da proteção da sociedade, sob balizas de igualdade e defesa da dignidade humana. Nesse sentido, a promoção da justiça criminal é fator de fortalecimento democrático, ainda mais porque oferece aos perpetradores o que eles negaram às vítimas, ou seja, um processo de acerto de contas mediante a garantia da ampla defesa, do contraditório e dos demais princípios do devido processo legal. A soma desses fatores, aliada ao caráter pedagógico e preventivo da sanção penal, contribui inelutavelmente para a garantia de não recorrência.

5 Guidance Note of The Secretary-General. United Nations Approach to Transitional Justice; Disponível em: <http://www.unrol.org/files/TJ_Guidance_Note_March_2010FINAL.pdf>. Ver, em especial, p.10.

6 Para consultar a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos, veja: <<http://www.corteidh.or.cr/index.php/en/jurisprudencia>>.

7 Disponível em: <http://ap.ohchr.org/documents/alldocs.aspx?doc_id=11120>. Último acesso em: 31 mar. 2018.

5 Revelação da verdade

O segundo grupo de medidas refere-se ao objetivo de busca da verdade, que envolve a investigação e revelação das circunstâncias em que se deram as violações aos direitos humanos, bem como suas origens. Há um interesse tanto individual das vítimas – que têm o direito de saber o que se passou com elas ou seus parentes, bem como as respectivas circunstâncias – como coletivo e social, correspondente ao direito da sociedade de ser informada e se informar sobre o como e o porquê de ter sido submetida a um regime de graves violações aos direitos humanos. O propósito social é conhecer e entender, para não repetir ou reproduzir.

Diversas estratégias são possíveis nessa seara. As mais recomendadas são as comissões da verdade, porém há outros mecanismos podem ser adotados para a promoção da verdade, tais como a revisão dos marcos legais que garantam o direito de acesso à informação e que estabelecem sigilo de documentos⁸, a adoção de medidas administrativas para a busca e divulgação de acervos mantidos em sigilo pelos órgãos repressivos, a criação de comissões específicas de inquéritos ou de investigação (*fact-finding missions*), o fortalecimento e a democratização dos arquivos públicos.

As comissões da verdade são mecanismos oficiais de apuração de graves violações aos direitos humanos. O propósito é saber o que ocorreu, para satisfazer o direito das vítimas e da sociedade ao conhecimento da verdade. Com o decorrer das experiências, seu objeto tem se alargado, incluindo em muitos casos (como o brasileiro) a tarefa de fazer recomendações para o aperfeiçoamento das instituições públicas, no que se inter-relaciona com a estratégia de reforma institucional.

O potencial das comissões da verdade de atender também aos demais eixos da justiça transicional é enorme. Ela pode trazer contribuições probatórias para fins de persecução penal e reparação das vítimas e reunir material para divulgação e preservação da memória. Porém, o seu principal objetivo será sempre expor publicamente os acontecimentos e dar espaço às vítimas, contribuindo para que a sociedade possa compreender o ocorrido no passado e, com isso, capacitar-se para prevenir e evitar repetições e recorrências.

As comissões da verdade não são aceitas, pelo Direito Internacional dos Direitos Humanos, como substitutivas dos órgãos judiciários de investigação e tampouco suprimem a necessidade de promoção da responsabilidade penal. O resultado do seu trabalho é apontado como revelação da “verdade histórica”, “verdade moral” ou “verdade macro”, em contraponto àquela que surge de um processo judicial, identificada como “verdade judicial” (AMBOS, 2010, p. 50).

⁸ No Brasil, vide a Lei nº 12.527/2011, sancionada no mesmo dia da Lei nº 12.528/2011, que instituiu a Comissão Nacional da Verdade.

O caso da África do Sul foi, provavelmente, o único exemplo de atribuição de funções judiciárias a uma comissão da verdade. Criada em 1995, a Comissão da Verdade e Reconciliação destinava-se a investigar violações aos direitos humanos no regime do Apartheid. Conforme a Lei de Promoção da Unidade Nacional e da Reconciliação nº 34, de 1995,⁹ os autores das violações praticadas com objetivo político, que revelassem integralmente todos os fatos relacionados com esses atos, poderiam postular perante o Comitê de Anistia da Comissão não serem submetidos à persecução penal. Assim, cabia à Comissão, num processo conhecido como “anistia pela verdade”, deferir – ou não – o pedido de aplicação do benefício, que impediria a ação penal.

Passados mais de quinze anos da experiência sul-africana, o consenso existente no Direito Internacional aponta para a autonomia entre justiça e verdade histórica, sendo um direito das vítimas – e da sociedade – a responsabilização judicial de perpetradores de graves violações aos direitos humanos, sem prejuízo do dever estatal de revelar a verdade.

Assim, a instituição e o funcionamento de uma comissão da verdade “não substituem a obrigação do Estado de estabelecer a verdade e assegurar a determinação judicial de responsabilidades individuais, através dos processos judiciais penais”, conforme decidido pela Corte Interamericana de Direitos Humanos (caso Gomes Lund vs. Brasil, parágrafo 297).

6 Reparação das vítimas

A ONU definiu que as medidas de reparação de vítimas por sérias violações aos direitos humanos devem compreender restituição, compensação, reabilitação e satisfação, nos termos do rol de “Princípios e Diretrizes Básicos do Direito a Garantias e Reparações para Vítimas de Graves Violações ao Direito Internacional dos Direitos Humanos e Sérias Violações ao Direito Internacional Humanitário”, elaborados com base nos estudos realizados pelo professor Theo Van Boven e aprovados pela Assembleia Geral (Resolução nº 60/47, de 2005), assim como dos “Princípios para combater a impunidade”, aprovados pela Comissão de Direitos Humanos em fevereiro de 2005, a partir dos estudos dos especialistas independentes Louis Joinet e Diane Orentlicher. Segundo o princípio 18 do primeiro documento, “vítimas de graves violações ao Direito Internacional dos Direitos Humanos e sérias violações ao Direito Humanitário devem, de acordo e proporcionalmente à gravidade da violação e às circunstâncias de cada caso, receber plena e efetiva reparação, conforme fixado nos princípios 19 a 23, aos quais devem incluir as

⁹ “The Promotion of National Unity and Reconciliation Act of 1995”. Tradução livre.

seguintes formas: restituição, compensação, reabilitação, satisfação e garantias de não repetição.”¹⁰

Restituição compreende a restauração de direitos ou interesses da vítima ao estado anterior à violação. Essa é uma forma de reparação preferida à compensação, a qual tão somente indeniza uma perda ou prejuízo, sendo incapaz de repô-los. Pode se dar em relação à liberdade da vítima (mediante libertação do cárcere; ou garantia de retorno ao país, quando banida ou exilada), a seus direitos de personalidade (reversão de uma sanção de perda da nacionalidade), a seus direitos sociais (reintegração a emprego ou a escolas e faculdades, ou reinserção nos benefícios de previdência social), ou a seus bens (devolução de patrimônio confiscado).

A compensação é uma providência de indenização, quando – por qualquer motivo – já não é mais possível a restituição, ou esta não for apta a reparar integralmente o dano sofrido. É devida, por exemplo, por danos à saúde física ou mental, pela perda de oportunidades (empregos, educação, benefícios sociais), por prejuízos patrimoniais ou danos morais de qualquer ordem.

A reabilitação diz respeito a serviços que o Estado deve prover para reintegrar a vítima à vida social ou laboral. Inclui assistência médica e psicológica, (re)qualificação profissional e recuperação ou atenção escolar especial. Os programas relacionados à educação são especialmente relevantes em sociedades pós-conflitos nas quais houve o recrutamento de crianças-soldado, as quais, após o fim do conflito e a desmobilização das forças, tendem a ficar sem perspectivas e migrar para a prática de atividades criminosas e violentas, caso não haja uma intervenção para reinseri-las na vida social. A reabilitação por meio da retomada das atividades educacionais (ainda que em idade mais avançada) e, da mesma forma, a habilitação para o exercício profissional são, portanto, mecanismos indispensáveis para evitar uma revitimização, ou seja, que a vítima de uma primeira violação de direitos humanos seja mantida vulnerável e termine cooptada por outra forma de violência.

A satisfação corresponderia a outras obrigações de fazer do Estado, que não se caracterizam especificamente como reabilitação ou restituição, as quais visam reconhecer publicamente os danos sofridos pelas vítimas e desenvolver estratégias para reinseri-las na vida social. Comporta, pois, pedidos oficiais de desculpas; intervenções coletivas na comunidade para a oferta de serviços essenciais de segurança, saúde ou educação em áreas mais atingidas pela violência, assim como a reconstrução de estruturas públicas destruídas; estratégias de regularização de documentos, tais como retificação

10 No original em inglês: “18. In accordance with domestic law and international law, and taking account of individual circumstances, victims of gross violations of international human rights law and serious violations of international humanitarian law should, as appropriate and proportional to the gravity of the violation and the circumstances of each case, be provided with full and effective reparation, as laid out in principles 19 to 23, which include the following forms: restitution, compensation, rehabilitation, satisfaction and guarantees of non-repetition.” Tradução livre.

de registro civil de pessoas que adotaram nomes falsos; emissão de atestados de óbito de pessoas desaparecidas; exclusão de dados ou denominações expressivas de discriminação em registros públicos ou privados (tais como informações étnicas, raciais ou religiosas). As medidas de satisfação envolvem, ainda, o desenvolvimento de estratégias de educação sobre direitos humanos e difusão cultural em esferas públicas da luta, sofrimento e resistência das vítimas, atendendo a um binômio de reconhecimento da violação de seus direitos e de sensibilização social sobre o legado do período de conflito ou repressivo (RAMIREZ-BARAT, 2014).

A busca e identificação de restos mortais de pessoas desaparecidas é uma das principais medidas de satisfação. Com efeito, o desaparecimento forçado de pessoas é um dos mais graves crimes cometidos pelos regimes autoritários. Trata-se de conduta pluriofensiva, pois envolve os atos de suprimir a liberdade (sequestrar), torturar, matar, ocultar o cadáver e falsear a verdade. Por outro lado, traz profundo sofrimento aos familiares, perpetuando a agonia da espera por notícias e suprimindo a possibilidade de dar ao ente querido um sepultamento digno. Não por menos, a Corte Interamericana de Direitos Humanos, no julgamento do caso Gomes Lund vs Brasil (Guerrilha do Araguaia), afirmou que “a privação do acesso à verdade dos fatos sobre o destino de um desaparecido político constitui uma forma de tratamento cruel e desumano para os familiares próximos”, ou seja, é – por si só – uma grave violação aos direitos humanos (parágrafo 240 da sentença). Assim, conforme o princípio 34 do rol de princípios de combate à impunidade aprovados pela Comissão de Direitos Humanos da ONU,

no caso de desaparecimentos forçados, a família da vítima direta tem um imprescritível direito de ser informada do destino e/ou o paradeiro da pessoa desaparecida e, no caso de morte, de que os restos mortais sejam entregues à família tão logo tenham sido identificados, independentemente dos perpetradores terem sido identificados ou processados.

7 Recuperação e proteção da memória

O quarto grupo de medidas de justiça de transição refere-se à recuperação e preservação da memória, o qual cumpre dois principais propósitos: compilar a informação e transmiti-la transgeracionalmente. Há inúmeras formas de promover a memória, tais como divulgação de depoimentos, reunião de arquivos, publicação de livros, encenação de peças teatrais, estímulo a expressões musicais e exposições artísticas, e a criação de monumentos e de espaços de memória. Esta última forma de iniciativa de memória é uma das mais propagadas, pelo impacto que produz no meio social.

Um espaço de memória pode ser instituído sob diversos formatos e abordar os acontecimentos sob distintos enfoques (BLICKFORD, 2013). Quanto à forma, podem ser museus voltados a relatar os fatos históricos; memoriais nos próprios locais que foram cenários de graves violações aos direitos humanos, buscando privilegiar o fenômeno designado “a força do lugar”, ou seja, o impacto gerado nos visitantes pela presença em antigos campos de concentração, prisões, cemitérios clandestinos; instituição de parques ou praças públicas para homenagens às vítimas; pequenas intervenções urbanas para registrar locais onde houve episódios de violência (por exemplo, onde ocorreu o assassinato ou desaparecimento de determinado dissidente político). Com relação à finalidade, esses espaços podem enfatizar, ou combinar, variadas abordagens, seja para priorizar o sofrimento da vítimas, ou dar-lhes um espaço para homenagear e prantear mortos e desaparecidos, seja para provocar a consciência, com enfoque sobre a repressão, repressores e o papel da sociedade nesses processos, capacitando visitantes que não participaram do conflito ou não foram vítimas da repressão, e especialmente as próximas gerações, a entender que todos – mesmo como espectadores (bystanders) – são atingidos pela violação sistemática de direitos humanos e, em parte, também são responsáveis pela sua prevenção e não recorrência.

A implementação das atividades de recuperação e preservação da memória relacionam-se com as finalidades da justiça de transição notadamente no plano da garantia de não recorrência. Elas são indispensáveis no processo pedagógico de compreender o passado para não repetir os seus erros. Em acréscimo, elas também contribuem com o objetivo de reconciliação, pois – novamente – têm as vítimas como elemento central, permitindo ao restante da sociedade se solidarizar com seu sofrimento e reinterpretar os preconceitos que as estigmatizaram e que justificaram a perseguição.

8 Promoção de reformas institucionais

Finalmente, o quinto grupo de estratégias se refere à implementação de reformas institucionais nos órgãos públicos que direta ou indiretamente tomaram parte nos atos de violações aos direitos humanos. O objetivo é verificar quais instituições públicas foram responsáveis pela perpetração de graves violações de direitos humanos e adotar as intervenções necessárias para corrigir falhas estruturais, culturais ou de regramento legal que tenham contribuído com essa conduta. Da mesma forma, nesse processo são afastados agentes públicos que se envolveram com esses graves crimes ou vinculados a grupos ideológicos que davam suporte às práticas de violação dos direitos humanos¹¹. A reforma institucional reclama, pois, intervenções para dismantelar o legado autoritário e redefinir as funções e práticas das instituições, a fim de adequá-las aos valores de uma constituição democrática e torná-las parte do processo de prevenção contra eventuais ameaças antidemocráticas.

O processo de reforma institucional deve dar especial atenção aos órgãos que praticaram diretamente os atos violentos, usualmente as Forças Armadas, a polícia e as agências de inteligência e espionagem. Entretanto, abusos sistemáticos aos direitos humanos frequentemente envolvem a participação direta ou indireta de outros órgãos estatais. Dentre todos, destacam-se o Poder Judiciário e o Ministério Público, os quais, ou colaboraram com o uso repressivo da justiça para perseguir dissidentes políticos, ou deixaram de adotar as providências para investigar e sancionar denúncias de violações aos direitos humanos. Em realidade, um aparato repressivo é integrado por uma ampla rede de órgãos públicos, os quais atuam em várias frentes – desde a colaboração na espionagem e vigilância de funcionários públicos, trabalhadores e cidadãos, até a perseguição física. Em princípio, todos devem passar por um processo de autocrítica de suas responsabilidades e, em escalas distintas por conta do papel desempenhado na repressão, submetidas a alguma providência de reforma.

Um processo de completa reforma institucional demanda a redefinição de normas, valores e estruturas, além do expurgo de pessoas (MAYER-RIECK, 2007). No campo normativo, por exemplo, as regras que regulam o uso da força pelos órgãos de segurança e definem a responsabilidade dos agentes públicos por abusos não podem ser as mesmas do período ditatorial ou de conflito. Novas normas devem ser instituídas para regular tais comportamentos e efetivamente vincular as instituições e seus agentes ao Estado de Direito e aos valores constitucionais. Na mesma perspectiva, os procedimentos e trei-

¹¹ Essas políticas (conhecidas em inglês como *vetting e lustration*) foram intensamente adotadas nos países do antigo bloco soviético na Europa para afastar do serviço público ex-membros do Partido Comunista, especialmente aqueles que estavam envolvidos com as redes de informantes das polícias secretas. Esses processos, entretanto, não estão idênticos a críticas, pois foram conduzidos em algumas ocasiões à margem do devido processo legal e do direito de defesa.

namentos da conduta policial devem ser alterados para incorporar os padrões de um convívio cívico entre essas forças de segurança e os cidadãos.

Assim, entre outras medidas, os processos de reformas institucionais devem incluir a garantia de controle civil sobre as forças militares e policiais; a exclusão da jurisdição militar para processar e julgar civis, ou para julgar militares em crimes praticados contra civis; a incorporação em quaisquer processos criminais e disciplinares das regras do devido processo legal (ampla defesa, contraditório, imparcialidade); o fortalecimento da independência do Judiciário; a educação prioritária e permanente em direitos humanos para todos os setores do serviço público, mas com maior ênfase nas Forças Armadas e nas polícias; e a capacitação das autoridades para intervir previamente em conflitos sociais e gerenciamento de crises.

Esse conjunto de mudanças deve fornecer às instituições e a seus agentes as ferramentas e as habilidades necessárias para fortalecer seus papéis em uma sociedade democrática. Tais mudanças devem mantê-las distantes do passado de abusos e, principalmente, instituir mecanismos para garantir que mesmo em caso de potenciais crises e apelos autoritários terão a capacidade de resistir a tentações antidemocráticas.

Do mesmo modo, as reformas institucionais são a principal estratégia para enfrentar a resistência que algumas instituições têm a abandonar suas práticas autoritárias e arbitrárias, as quais, mesmo na democracia, continuam a ameaçar os direitos humanos. Essas práticas são legados do regime repressivo – ou do comportamento forjado durante a época de conflito – e provocam uma perpetuação de abusos contra os cidadãos, normalmente manifestados pela violência policial ou pela invasão de privacidade por forças de espionagem do Estado. A mera passagem de um regime repressivo para um democrático não é apta a transformar as instituições. Afinal, diversas estruturas ou autoridades que foram responsáveis ou tomaram parte das violações de direitos humanos continuam sendo parte das instituições e permanecem influenciando sua prática e sua cultura. Elas são capazes de ameaçar a estabilidade de um novo regime e, por outro lado, de perenizar uma pauta axiológica incompatível com o princípio democrático. É nesse contexto, portanto, que se observa mais de perto a importância das reformas institucionais para as garantias de não recorrência, lembrando que elas incluem não só a prevenção de novos regimes autoritários ou de conflitos como também a perpetuação de enclaves autoritários em um Estado Democrático de Direito.

9 Política pública

A justiça transicional pressupõe, como visto, a adoção de uma série de medidas, as quais se fortalecem mutuamente e atendem a mais de uma finalidade ao mesmo tempo. São estratégias que se articulam e se complementam, como “partes de um todo” (DE GREIFF, 2012, p. 34), formando um feixe. Embora isoladamente cada uma delas seja relevante e por si só represente um corolário de valores democráticos, é da aplicação sistemática e simultânea – ou pelo menos sequencial – que se obtém a capacidade de transformação e o alcance dos objetivos da justiça de transição.

É possível compreender, pois, as estratégias de justiça de transição como um conjunto articulado e integrado de medidas judiciais, administrativas e legislativas, com objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados, o recomendaria sua adoção como uma política pública. Ou seja, um apanhado de providências harmônicas lideradas pelo Estado, destinadas a implementar um ou mais bens jurídicos tutelados pela Constituição e, sobretudo, os direitos fundamentais (ou direitos humanos, na linguagem do Direito Internacional). A justiça transicional tem precisamente essas características: trata-se de um rol de diversas medidas judiciais e não judiciais (legislativas e administrativas) voltadas à promoção dos direitos humanos e da democracia. No caso brasileiro, um conjunto de programas que se correlacionam em relação aos fundamentos da República (art. 1º, inciso III – dignidade da pessoa humana) e seus objetivos (art. 3º, incisos I e IV – construir uma sociedade livre, justa e solidária; promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação).

Três observações são pertinentes nesse particular. Primeiro, embora o Estado seja sempre o principal responsável pela política de justiça transicional, esta necessariamente deve ser conduzida com intensa participação da sociedade civil. A participação social – especialmente das vítimas – é um elemento central na formulação e na implementação da justiça de transição. Sem esse engajamento, o processo não tem legitimidade nem condições de se desenvolver. Seria, por exemplo, impossível pensar na transição argentina sem o impulso decorrente do movimento das “Mães da Praça de Maio”.

Porém, não há como negar que o cerne das atividades é responsabilidade do Poder Público. A responsabilização criminal de perpetradores de violações aos direitos humanos, a instituição de comissões da verdade, a edição de leis sobre direito de acesso à informação, o pagamento de reparações às vítimas, a implementação de reformas institucionais são tarefas tipicamente estatais, indelegáveis. Portanto, a definição dos marcos jurídicos e a alocação de recursos são atos do Poder Público.

Segundo, o rol de estratégias não constitui um cardápio de opções alternativas, com a possibilidade de serem feitas trocas entre determinados bens jurídicos (*trade-off*), tais

como revelar a verdade, mas não promover justiça; ou de proteger a memória, mas deixar intocada a estrutura repressiva. Os objetivos de verdade, justiça, reparação, memória e reformas institucionais se interrelacionam e estão imbricados entre si; a capacidade transformadora da justiça transicional advém da mudança dos paradigmas políticos, jurídicos e sociais que esse conjunto de providências é capaz de gerar na sociedade a longo prazo. Como afirmado antes: quanto mais medidas de justiça transicional forem adotadas, maior será o fortalecimento democrático, a reconciliação social e a perspectiva de não recorrência.

Finalmente, é também fundamental ressaltar que a justiça transicional não é uma receita a ser aplicada igual e indistintamente em todas as sociedades pós-conflito ou pós-repressiva. Ao contrário, o desenho institucional deve ser elaborado a partir de cada cenário concreto e atento às peculiaridades culturais, sociais, políticas e econômicas do Estado, sob pena de se instituir um processo artificial (formal) e incapaz de compreender as necessidades específicas daquela sociedade. O ponto de partida do processo de justiça transicional difere de um país para outro, em razão da sua história, da duração e intensidade do autoritarismo, da capacidade das instituições de assimilarem seu papel num contexto democrático de um Estado de Direito, do nível de igualdade social etc. A experiência acumulada em outros cenários, assim como o suporte internacional é extremamente válida para evitar erros do passado e o desperdício de escassos recursos, assim como para auxiliar na avaliação dos melhores mecanismos cabíveis a cada um dos objetivos, mas não deve ser o elemento central da decisão de como realizar o processo. O Direito Internacional, em particular, fornece um quadro normativo básico, mas não é o único elemento a ser considerado. Ao contrário, o compromisso obtido no plano doméstico, com o envolvimento político da sociedade, dará sustentação e legitimidade efetiva ao processo de justiça transicional.

10 Conclusão

A justiça de transição, como se depreende da narrativa de seu desenvolvimento e formulação, não se refere à promoção de accertamentos judiciais tão somente. Embora na sua gênese a justiça transicional pudesse estar mais diretamente associada à responsabilização criminal de autores de graves violações aos direitos humanos a partir do paradigma do Tribunal de Nüremberg, é indisputável que o conceito seja compreendido em sentido amplo, no qual o substantivo “justiça”, na locução “justiça transicional”, revela tanto a ideia processual de promover justiça retributiva (sobretudo de sanção criminal) e restaurativa (de reparação de danos e recomposição de direitos), como também de um valor objetivo, ou seja, de construção de uma sociedade justa. O termo, portanto, está

longe de se restringir a medidas do sistema de justiça. Nesse sentido, a referência do Secretário-Geral da ONU em seu relatório sobre “o Estado de direito e a justiça transicional em sociedades em conflito e pós-conflito”, de 2004, no qual aponta que,

para as Nações Unidas, justiça é um ideal de responsabilidade e equidade na proteção e reivindicação de direitos e na prevenção e punição de infrações. Justiça implica consideração dos direitos dos acusados, dos interesses das vítimas e do bem-estar da sociedade em longo prazo¹².

Da mesma forma, é possível consolidar que o adjetivo transicional se refere ao específico momento em que esse rol de intervenções jurídicas e políticas articuladas deve ser implementado, ou seja, na fase de emergência à democracia de uma sociedade que estava sob conflito ou sob um regime repressivo. Embora seja muito difícil definir quando se inicia ou termina a transição (tome-se como referência o caso brasileiro, no qual 30 anos após o fim da ditadura ainda se demanda a adoção de medidas de justiça transicional), é necessário não se afastar do objeto específico da política de justiça transicional, ou seja, fortalecimento da democracia e promoção da garantia de não recorrência após um regime autoritário ou de um conflito civil. A locução justiça transicional consolida a ideia de processos e valores em tempos de transição.

Em suma, a justiça transicional ou justiça de transição se refere ao conjunto de providências para a superação, em uma sociedade pós-conflito ou pós-governo repressivo, de um legado de graves violações aos direitos humanos. O processo de justiça transicional compreende medidas judiciais, legislativas e administrativas, tais como responsabilização dos autores de graves violações aos direitos humanos; revelação da verdade; reparação das vítimas; recuperação e proteção da memória e implementação de reformas institucionais. Esse conjunto de iniciativas se articula para promover o reforço do Estado Democrático de Direito, o qual pressupõe a prioritária promoção e proteção aos direitos humanos, ou seja, a garantia da não recorrência de graves violações a esses direitos.

12 The rule of law and transitional justice in conflict and post-conflict societies. Report of the Secretary General. Disponível em: <<https://www.un.org/ruleoflaw/files/2004%20report.pdf>>. Acesso em: 31 mar. 2018.

Referências

- AMBOS, Kai. O marco jurídico da Justiça de Transição. In: AMBOS, Kai et al. **Anistia, Justiça e Impunidade** – Reflexões sobre a Justiça de Transição no Brasil. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2010.
- BLICKFORD, Louis. Memoryworks/Memory Works. In: RAMIREZ-BARAT, Clara (Ed.). **Transitional Justice, Culture, and Society**: Beyond Outreach. New York: Social Science Research Council, 2013.
- BUCCI, Maria Paula Dallari. **Direito Administrativo e Políticas Públicas**. São Paulo: Saraiva, 2002.
- DE GREIFF, Pablo. The Role of Apologies in National Reconciliation Processes: On Making Trustworthy Institutions Trusted. In: GIBNEY, Mark et al. (Ed.). **The Age of Apology**: Facing Up to the Past. Philadelphia: University of Pennsylvania Press, 2008.
- _____. Theorizing Transitional Justice. In: WILLIAMS, Melissa. **Transitional Justice**. New York: NYU Press, 2012.
- ELSTER, Jon. **Closing the Books**. Transitional Justice in Historical Perspective. Cambridge: Cambridge University Press, 2004.
- _____. Justice, Truth, Peace. In: WILLIAMS, Melissa. **Transitional Justice**. New York: NYU Press, 2012.
- HAYNER, Priscilla. **Unspeakable truths**. Facing the challenge of Truth Commissions. 2. ed. New York and London: Routledge, 2010.
- HORNE, Cynthia M. Lustration, Transitional Justice, and Social Trust in Post-Communist Countries. Repairing or Wrestling the Ties that Bind? **Europe-Asia Studies**, v. 66, n. 2, p. 225-254, 2014.
- MAINWARING, Scott; VALENZUELA, J. Samuel, O'DONNELL Guillermo (Ed.). **Issues in Democratic Consolidation**: the New South American Democracies in Comparative Perspective. Notre Dame: University of Notre Dame, 1992.
- MAYER-RIECK, Alexander. On Preventing Abuse: Vetting and Other Transitional Reforms. In: RIECK, Alexander Mayer; GREIFF, Pablo de (Ed.). **Justice as prevention**: vetting public employers in transitional societies. New York: SSR, 2007.
- MÉNDEZ, Juan E. In defense of transitional justice. In: MCADAMS, James A. **Transitional Justice and the rule of law in new democracies**. Notre Dame: University of Notre Dame, 2011.
- MERWE, Hugo Van Der. Delivering justice during transition: research challenges. In: MERWE, Hugo Van Der et al. **Assessing the impact of transitional justice**. Washington, DC: United States Institute of Peace, 2009.
- MOYN, Samuel. **The Last Utopia**: human rights in history. Boston: First Belknap Press of Harvard University, 2010.
- OLSEN, Trycia et al. **Transitional justice in balance**: comparing processes, weighing efficacy. Washington, DC: U.S. Institute of Peace, 2010.
- PAIGE, Arthur. How 'Transitions' Reshaped Human Rights: a Conceptual History of Transitional Justice. **Human Rights Quarterly**, v. 31, p. 321-367, 2009.
- PAYNE, Leigh A. **Unsettling Accounts**. Durham and London: Duke University Press, 2008.
- POSNER, Eric; VERMEULE, Adrian. Transitional justice as ordinary justice. **Public Law & Legal Theory Working Papers**, n. 40, 2003.
- PRZEWORSKI, Adam. **Democracy and Market**: political and economic reforms in Eastern Europe and Latin America. Cambridge: Cambridge University Press, 1991.
- RAMIREZ-BARAT, Clara. La justicia en el tiempo. Una **aproximación al Concepto de Justicia en los Procesos de transición a la democracia**. Tese (Doutorado)—Departamento de Humanidades, Universidad Carlos III de Madrid, Madrid, 2007.

RAMIREZ-BARAT, Clara (Ed.). **Transitional Justice, Culture, and Society**: Beyond Outreach. New York: Social Science Research Council, 2013.

ROTHENBURG, Walter C. **Direitos Fundamentais**. Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: Método, 2014.

SIKKING, Kathryn. **The justice cascade**: how human rights prosecutions are changing world politics. New York: W. W. Norton & Co., 2011.

SIKKINK, Kathryn; WALLING, Carrie Booth. The impacts of human rights trials in Latin America. **Journal of Peace Research**. Los Angeles, London, New Delhi and Singapore, v. 44, n. 4, p. 427-445, 2007.

TORELLY, Marcelo D. **Justiça de Transição e Estado Constitucional de Direito** – perspectiva teórico-comparativa e análise do caso brasileiro. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2012.

WEBBER, Jeremy. Forms of Transitional Justice. In: WILLIAMS, Melissa. **Transitional Justice**. New York: NYU Press, 2012, p. 151-165.

WEICHERT, Marlon A. A Comissão Nacional da Verdade. In: SILVA FILHO, José Carlos Moreira da; TORELLY, Marcelo; ABRAO, Paulo. (Org.). **Justiça de Transição nas Américas** – olhares interdisciplinares, fundamentos e padrões de efetivação. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2013, p. 161-180.

_____. Proteção penal contra violações aos direitos humanos. In: MEYER, Emílio Peluso Neder; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de (Org.). **Justiça de Transição nos 25 anos da Constituição de 1988**. Belo Horizonte: Initia Via, 2014, p. 563-606.

_____. **Justiça Transicional**. São Paulo: Estúdio Editores, 2015.

WINTER, Stephen. Towards a Unified Theory of Transitional Justice. **The International Journal of Transitional Justice**, v. 7, p. 224-244, 2013.

ZIEBA, Marta. To what extent is lustration an effective mechanism of transitional justice and democratic consolidation? The case of Polish Lustration Law. **Security and Human Rights**, n. 2, p. 147-158, 2012.

3 A EXPERIÊNCIA DA REDE LATINO-AMERICANA DE JUSTIÇA DE TRANSIÇÃO: MECANISMOS E DESAFIOS PARA O AVANÇO JUSTRANSICIONAL*

* Este artigo foi produzido como resultado do projeto de pesquisa Transnacionalidade, América Latina e Justiça de Transição – Esforços de Integração no âmbito do Mercosul para confrontar o legado autoritário da Operação Condor, apoiado pelo Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico (CNPq) e pela Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado do Rio Grande do Sul (Fapergs).

Sofia Bordin Rolim¹

José Carlos Moreira da Silva Filho²

Resumo: Observando o contexto da justiça de transição no Brasil e na América Latina, o presente artigo se propõe a analisar a atuação da organização transnacional Rede Latino-Americana de Justiça de Transição. A partir do exame do histórico e das práticas da Rede, foram identificadas propostas e conquistas que ensejam sua categorização como uma boa prática. Ao mesmo tempo em que é ressaltada a relevância da Rede Latino-Americana de Justiça de Transição enquanto fórum para debate e intercâmbio de informações entre organizações justtransicionais latino-americanas, são apontadas as dificuldades impostas à Rede em razão do processo de ruptura institucional ocorrido no Brasil no ano de 2016.

Palavras-chave: Justiça de Transição. Rede Latino-Americana de Justiça de Transição. Boas práticas. Transnacionalidade. América Latina.

Abstract: *Taking into consideration the Brazilian and Latin American transitional justice context, the present article aims to analyze the activity of the transnational organization Rede Latino-Americana de Justiça de Transição (Latin American Transitional Justice Network). From the examination of the Network's history and practices, proposals and achievements which lead to their categorization as a best practice have been identified. While highlighting the relevance of the Rede Latino-Americana de Justiça de Transição (Latin American Transitional Justice Network) as a forum for debate and information exchange among Latin American Transitional Justice organizations, it also points out the difficulties imposed on the Network due to the process of institutional rupture which happened in Brazil in the year 2016.*

Keywords: *Transitional Justice. Latin American Transitional Justice Network. Best practices. Transnationality. Latin America.*

1 Graduada em Direito pela Pontifícia Universidade Católica; bolsista de Iniciação Científica no Grupo de Pesquisa Direito à Verdade, Memória e Justiça de Transição.

2 Doutor em Direito das Relações Sociais pela Universidade Federal do Paraná (UFPR); mestre em Teoria e Filosofia do Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC); bacharel em Direito pela Universidade de Brasília (UnB); professor da Escola de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS – Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais – Mestrado e Doutorado – e Graduação em Direito); Coordenador do Grupo de Pesquisa Direito à Verdade, Memória e Justiça de Transição da PUCRS.

1 Introdução

Em momentos distintos durante o século passado, todos os Estados latino-americanos submeteram suas respectivas populações a alguma medida de governança autoritária. As rupturas institucionais e graves violações de direitos humanos ocorridas durante esses períodos continuam a representar um desafio para um continente que tem sido pouco atento ao legado transmitido pelos capítulos mais nefastos de sua história.

As políticas justransicionais promovidas pelo Poder Público na região costumam se desenvolver com menor rapidez e desenvoltura que o esperado e a

sociedade civil segue pouco consciente para a importância do tema. Ao mesmo tempo, observa-se a falta de iniciativas de cooperação entre os países latino-americanos para a superação das barreiras que os históricos ditatoriais ainda impõem ao desenvolvimento democrático pleno, o que contrasta com a complexidade do esforço repressor conjunto que foi a Operação Condor. Nela, as ditaduras de Brasil, Argentina, Chile, Uruguai, Paraguai e Bolívia definiam planos estratégicos e cooperavam para assegurar a perseguição aos respectivos “subversivos” de cada regime, para além das linhas de fronteira.

Surge, então, a ideia de que seria necessário investir em um movimento conjunto para contrabalançar a herança de cooperação lesiva oferecida ao Cone Sul pelas ações da Condor – a chamada “Operação Paloma”. Indubitavelmente, as ações mais expressivas dessa operação de contraponto foram empreendidas pelo Mercosul. Muito embora o bloco tenha surgido com finalidades econômicas, o alinhamento de lideranças políticas latino-americanas identificadas com a causa dos direitos humanos e com a necessidade de ações transnacionais voltadas ao confronto com o legado autoritário foi responsável pelo desenvolvimento de uma política regional de direitos humanos, que se consubstanciou na criação e funcionamento da Reunião de Altas Autoridades em Direitos Humanos e Chancelarias do Mercosul e Estados Associados (RAADH) e do Instituto de Políticas Públicas em Direitos Humanos do Mercosul (IPPDH). O primeiro órgão foi criado em 2004 e o segundo em 2009. Ambos foram responsáveis por inúmeras ações contempladas em cursos, eventos, publicações, pesquisas e desenvolvimento de instrumentos, todos voltados à temática de Verdade, Memória e Justiça.

Este artigo, contudo, não irá se debruçar sobre a atuação da RAADH e do IPPDH. Nosso foco é o surgimento e a atividade da Rede Latino-Americana de Justiça de Transição (RLAJT), iniciativa que teve origem em meio ao processo justransicional brasileiro, envolvendo especialmente a Comissão de Anistia do Ministério da Justiça. O texto destaca sua dimensão descritiva com o propósito de dar notícia a respeito do surgimento e desenvolvimento da RLAJT, aqui compreendida como uma ação transnacional de justiça

de transição na América Latina. Ao final, propomos sejam feitos um balanço e uma análise das perspectivas para a continuidade e aprofundamento da rede.

2 Rede Latino-Americana de Justiça de Transição

2.1 Surgimento e histórico

No contexto latino-americano de cooperação transnacional perversa – que atingiu seu ápice com a Operação Condor e a repressão sistemática de opositores políticos dos regimes ditatoriais –, a RLAJT insere-se como uma iniciativa de colaboração transnacional para promoção de memória, verdade e justiça. Como parte do esforço de cooperação positiva, em oposição à Condor, denominado “Operação Paloma”, a Rede se propõe a ser um fórum de debate e compartilhamento de ideias e experiências positivas em matéria de justiça de transição entre seus membros. Em que pese o avanço de iniciativas justransicionais e empreendimentos para estabelecer políticas de memória e reparação empreendidas pelos governos e pela sociedade civil dos países afetados pelas ditaduras do Cone Sul, ainda é notável a carência de intentos conjuntos e de um intercâmbio de conhecimentos consolidado na região.

É com o objetivo de ajudar a preencher essa lacuna que surge a Rede – considerando a dificuldade no acesso a informações e relatos acerca dos avanços e iniciativas de sucesso na área de justiça de transição empreendidas no continente, a RLAJT é criada propondo-se a ser uma ponte entre organizações do governo, da área da educação e da sociedade civil em geral comprometidas com a temática (PAIXÃO et al., 2015, p. 3). Entendendo que os desafios propostos pela temática justransicional não se limitam ao âmbito teórico, a Rede busca atuar tanto “por meio de reflexão conceitual e de produção de conhecimento”, quanto com uma abordagem mais prática, “por meio de manifestações de incidência política e de suporte às iniciativas já existentes na área” (PAIXÃO; GUIMARÃES, 2015, p. 339-345).

Sua criação é impulsionada em 2011 por meio do projeto PRODOC BRA/08/021 – Cooperação para o intercâmbio internacional, desenvolvimento e ampliação das políticas de Justiça Transicional do Brasil, concebido pela Comissão de Anistia, pela Agência Brasileira de Cooperação do Ministério das Relações Exteriores e pelo Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento, em parceria com o Centro Internacional para a Justiça de Transição (ICTJ), sendo que a fundação efetiva só ocorreu no ano de 2013 (PAIXÃO et al., 2015). Nesse ano, é definido que a Sede, o Comitê Gestor e a Secretaria Executiva da RLAJT seriam rotativos. Em seleção por meio de edital público é definido que a Se-

cretaria Executiva da Rede para o biênio 2014/2015 seria instalada na Universidade de Brasília (UnB) e na Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ); também foi escolhida a Comissão de Anistia brasileira para coordenar a gestão (CARVALHO; GUIMARÃES; GUERRA, 2016, p. 12). Encerrado esse mandato, foi escolhida como sede a Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG) para o período 2016/2017.

2.2 Membros

Não restrita ao âmbito do Mercosul, a RLAJT é composta por diversas organizações educacionais e do terceiro setor engajadas com o estudo, promoção ou defesa de justiça de transição como membros permanentes. A única entidade governamental com esse status é a Comissão de Anistia brasileira. São as demais o Centro de Análisis Forense y Ciencias Aplicadas (Cafca), da Guatemala; Instituto de Derechos Humanos de la Universidad Centroamericana José Simeón Cañas (Idhuca), de El Salvador; Comisión Mexicana de Defensa y Promoción de los Derechos Humanos A. C. (CMDPDH); a Colombiana Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario; o Instituto de Democracia y Derechos Humanos (Idehpucp) da Pontificia Universidade Católica do Peru; o Centro de Estudios Legales y Sociales (Cels), ONG argentina; o Memoria Abierta, Acción Coordinada de Organizaciones Argentinas de Derechos Humanos; a universidade argentina Universidad Nacional de Lanús; o Observatorio Latinoamericano para la investigación en Política Criminal y en las Reformas en el Derecho Penal, sediado no Uruguai e formado pela Universidad de la Republica (UdelaR) em estreita cooperação com o alemão Instituto Max Planck para o Direito Penal Estrangeiro e Internacional; a rede de organizações sociais uruguaias Observatorio Luz Ibarburu; e o Observatório de Justicia Transicional, Universidad Diego Portales, do Chile. Os membros permanentes brasileiros são o Centro de Estudos sobre Justiça de Transição, vinculado à Universidade Federal de Minas Gerais; a rede acadêmica Grupo de Estudos sobre Internacionalização do Direito e Justiça de Transição (Idejust); o Instituto de Pesquisas e Estudos Jurídicos (Ipej) catarinense; e o Núcleo de Preservação da Memória Política; além da já referida Comissão de Anistia (RLAJT, 2011). Quando da fundação da Rede, esta contava com nove organizações parceiras, advindas de seis países (BRASIL, 2012); os membros permanentes totalizam hoje dezesseis organizações provenientes de nove países.

2.3 Observatório de Justiça de Transição

Por meio de seu site permanente³, a RLAJT mantém o Observatório de Justiça de Transição, dedicando-se à difusão de notícias sobre os processos justransicionais latino-americanos, divulgando narrativas de avanços e retrocessos. O escopo da cobertura realizada pela organização compreende, principalmente, a criação e a atuação de Comissões da Verdade e Anistia; desdobramentos na responsabilização judicial de agentes das ditaduras latino-americanas em âmbito interno ou internacional; e aprovações de projetos de lei e iniciativas diversas da sociedade civil relacionados a pautas de memória, verdade e justiça. Embora já tenha divulgado diversas notícias no ano de 2011, anteriormente, portanto, à sua fundação oficial, não utilizou seu site para esse fim nos anos de 2012 e 2013, retomando a publicização de novidades no campo justransicional em 2014⁴. A Rede realiza também a divulgação de eventos, tais como curso sobre justiça de transição ofertado pela UnB e pela Comissão de Anistia brasileira (RLAJT, 2015), lançamento de livros sobre a matéria (RLAJT, 2015b; 2015c), ou concurso de teses visando estimular produção acadêmica sobre temáticas latino-americanas (RLAJT, 2011b).

2.4 Relatório 2014

O primeiro relatório publicado pela Rede é referente às atividades empreendidas no ano de 2014. Não se pretendendo mero espaço de troca de informações, mas motivada a promover intervenções concretas, a RLAJT identifica necessidade de avaliações mais precisas e completas acerca da situação da justiça de transição em cada país latino-americano. São publicados, então, os resultados de pesquisa que consideram o contexto geral e eventos marcantes recentes nos processos justransicionais da Argentina, Brasil, Chile, Colômbia, El Salvador e Peru – à época, a totalidade de países representados por membros plenos na Rede –, com o objetivo de promover integração e facilitar a identificação de dificuldades comuns para elaboração de agenda política conjunta (PAIXÃO et al., 2015).

Enquanto as instituições membras foram autoras da narrativa panorâmica da justiça de transição em seus respectivos países, a análise dos acontecimentos que tiveram maior repercussão midiática e política em cada um deles ficou a cargo de pesquisa realizada por colaboradores da Secretaria Executiva da RLAJT. No que se refere à narrativa dos desenvolvimentos recentes, estes foram categorizados em cinco áreas principais, quais sejam (1) memória e verdade; (2) justiça; (3) reparação; (4) reformas institucionais;

3 Acessível por meio do endereço eletrônico: <<http://rlajt.com/>>. Acesso em: 15 nov. 2017.

4 Conforme pode ser verificado por meio do endereço eletrônico: <<http://rlajt.com/biblioteca/publicacoes>>. Acesso em: 9 dez. 2017.

e (5) processo de paz, tendo essa última surgido unicamente a partir de necessidade evidente apresentada pelo contexto colombiano. Atentando para o fato de que a Secretaria Executiva da Rede, responsável pelo relatório, estava presentemente situada no Brasil e com um convite para que os nacionais latino-americanos hispânicos façam a leitura em sua língua-irmã, a publicação original é inteiramente em língua portuguesa, sem notícia de posterior esforço de tradução (PAIXÃO et al., 2015, p. 6).

2.5 Justiça da Transição na América Latina – Panorama 2015

Já no ano de 2015, é publicado relatório compreensivo sobre a situação dos processos justos na América Latina, evidenciando o avanço da Rede ao analisar de maneira extensa e detalhada a conjuntura de cada um dos nove países latinos representados na organização. Com a nomeação de Paulo Abrão, então presidente da Comissão de Anistia do Brasil, para o cargo de Secretário Executivo do IPPDH, a RLAJT, baseada no Brasil, passa a atuar em ainda maior proximidade com o Mercosul (BRASIL, 2014). O relatório, agora apresentado em versão bilíngue português-espanhol, dedica um capítulo para cada Estado-Membro, apresentando, primeiramente, um histórico de trajetória política e transição democrática, e, então, examinando especificamente as políticas correntes de judicialização, memória e verdade e reparação, além das reformas institucionais empreendidas. A pesquisa e redação desse panorama do quadro justos foi elaborada por membros da Secretaria da RLAJT, enquanto sete dentre os nove capítulos ainda contam com um artigo temático produzido por instituição local, integrante da Rede (CARVALHO; GUIMARÃES; GUERRA, 2016, p. 12).

A segunda parte do capítulo brasileiro, de autoria de Emílio Peluso Neder Meyer, do Centro de Estudos sobre Justiça de Transição da Universidade Federal de Minas Gerais (CJT-UFMG), traz uma análise sobre os processos de investigação e proposição de ações judiciais por parte do Ministério Público Federal referentes aos crimes contra a humanidade cometidos na época da ditadura. Esse estudo – ligado ao projeto de pesquisa e extensão “Responsabilização e Ditadura”, desenvolvido pelo Centro no ano de 2015 –, examina casos relevantes e identifica a evolução da incorporação de conceitos como graves violações de direitos humanos e crimes contra a humanidade na ordem jurídica brasileira (MEYER, 2016, p. 51-62). Também trata de questões de responsabilização o artigo argentino, dessa vez considerando a responsabilidade empresarial nos crimes de lesa-humanidade, cometidos por corporações nacionais e estrangeiras durante os anos de 1974 e 1979. Produzida pelo Cels, a pesquisa identifica as principais práticas repressi-

vas empreendidas no período e expõe casos de diversas empresas que foram objetos de investigação (CENTRO DE ESTUDOS LEGAIS E SOCIAIS, 2016, p. 25- 34).

Já o texto de Boris Hau, do Observatorio de Justicia Transicional, reflete sobre o estado da reparação para as vítimas da ditadura no Chile, analisando políticas públicas direcionadas a ex-presos e presas políticos, sobreviventes da perseguição, e o processo chileno de judicialização e persecução penal das graves violações cometidas durante o regime militar (HAU, 2016, p. 75-78). O capítulo peruano, escrito por Mario R. Céspedes Cáceres, do Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú, aborda a ampla repercussão da extensiva prática de desaparecimento forçado adotada durante a ditadura e a atual resposta do Estado, em seus lentos esforços compensatórios (CÁCERES, 2016, p. 157-163).

O Instituto de Derechos Humanos de la Universidad Centroamericana José Simeón Cañas é responsável pelo artigo “Justiça Transicional para El Salvador”, que apresenta o contexto do surgimento e a importância das Comissões da Anistia e da Verdade no país, além de relatar a experiência do Tribunal Internacional para a Aplicação da Justiça Restaurativa. Criado em 2009 com apoio do Instituto, o Tribunal busca trazer justiça às vítimas e à sociedade e pressionar o Estado salvadoreño ao evidenciar as deficiências de sua atuação no processo justransicional (INSTITUTO DE DERECHOS HUMANOS DE LA UNIVERSIDAD CENTROAMERICANA JOSÉ SIMEÓN CAÑAS, 2016, p. 113-117). Já o capítulo mexicano trata do conflito armado ocorrido no estado de Guerrero entre os anos 1960 e 1980 – a chamada “Guerra Suja” – e as graves violações de direitos humanos lá cometidas. A Comisión Mexicana de Defensa y Promoción de los Derechos Humanos analisa os avanços e deficiências nos esforços do estado mexicano de cumprir com seu dever de memória, verdade e justiça para com as vítimas e a sociedade (COMISIÓN MEXICANA DE DEFENSA Y PROMOCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS, 2016, p. 139-149).

Por fim, o texto uruguaio, de autoria do Observatório Luz Ibarburu, traz à tona reflexões sobre a influência da Lei da Caducidade da Pretensão Punitiva do Estado, aprovada ao final da ditadura, no processo de transição democrática no país. A atuação da Corte Interamericana de Direitos Humanos e da sociedade civil uruguaia para assegurar a responsabilização do Estado, apesar da vigência da referida lei, também é explorada no artigo (OBSERVATÓRIO LUZ IBARBURU, 2016, p. 175-196).

2.6 Produções recentes

No ano de 2016, em vez de um único relatório, a RLAJT produziu os documentos temáticos “Crimes Sexuais e Justiça de Transição na América Latina”, de autoria de Cláudia Paiva Carvalho (CARVALHO, 2016); “Desaparecimento Forçado e Justiça de Transi-

ção na América Latina”, de Mariluci Cardoso de Vargas (VARGAS, 2016); “Tratamento de Arquivos de Direitos Humanos na América Latina”, de Shana Marques Prado dos Santos (SANTOS, 2016); e “Judicialização da Justiça de Transição na América Latina”, de Carla Osório (OSMÓ, 2016), todos em versões bilíngues português-espanhol. Todos extensos relatórios, permitindo maior aprofundamento em cada um dos conteúdos propostos ao trazer análise do contexto latino-americano e lista de recomendações práticas para os Estados da região.

Já em 2017, foi publicado o livro “Justiça de Transição em perspectiva transnacional”, organizado por Emilio Peluso Neder Meyer (MEYER, 2017). Frente às limitações impostas pelo poderes estatais às liberdades e aos direitos da população, o documento se propõe a resgatar e afirmar os valores democráticos da plataforma dos Direitos Humanos e do Estado Democrático de Direito. Dividido em quatro partes, o volume traz contribuições acadêmicas de membros e pesquisadores extensionistas do CJT-UFMG, de pesquisadores da Universidade Federal de Minas Gerais, da Universidade Federal de Ouro Preto e da Universidade Federal do Rio Grande do Sul e de um grupo de pesquisadores internacionais integrantes da Kings College Transnational Law Summer Institute (MEYER, 2017, p. 1-5).

2.7 Seminários Internacionais

Desde a sua criação, a RLAJT promoveu três seminários internacionais, efetivando o intercâmbio presencial entre as entidades membras. Conforme deliberado na primeira reunião da Rede, realizada no Recife, em março de 2014, o foco dos dois primeiros seminários foi direcionado aos tópicos da judicialização da justiça de transição e dos princípios e obrigações no tratamento de arquivos de direitos humanos. O primeiro evento, Contra a impunidade e o esquecimento: justiça e arquivos, ocorreu em Brasília, em junho de 2015. As experiências dos países-membros relativa aos dois temas centrais foram apresentadas pelas organizações-membras e debatidas pelos participantes. Foram realizados painéis e *workshops* com especialistas nos temas, visando ao fortalecimento dos mecanismos de justiça de transição na região.

Já no II Congresso Internacional de Justiça de Transição, realizado também em Brasília, em novembro do mesmo ano, foram aprofundadas e aperfeiçoadas as propostas de enfrentamento às dificuldades pautadas no primeiro seminário. Um documento com recomendações aos Estados sobre como superar os desafios relativos à judicialização da justiça de transição e aos arquivos de direitos humanos foi desenvolvido e aprovado (OSMÓ, 2016, p. 10). O terceiro encontro internacional, intitulado Foro y Seminario Impunidad de Ayer y Hoy: Experiencias del sur global sobre justicia, verdad y memoria frente a crímenes de Estado foi realizado na Cidade do México, em março de 2018, propondo um

espaço de compartilhamento de ferramentas da sociedade civil para acompanhamento e exigência de justiça frente ao cenário de impunidade de autores de crimes de Estado, além de mesas abertas de discussão sobre verdade, memória, justiça e impacto psicossocial em conexão com a atuação da RLAJT e outros atores do Sul Global (COMISIÓN MEXICANA DE DEFENSA Y PROMOCIÓN DE DERECHOS HUMANOS, 2018).

2.8 Financiamento

O prazo inicial da parceria entre a Rede Latino-Americana de Justiça de Transição e o Ministério de Justiça brasileiro, por meio da Comissão de Anistia, era de 30/12/2013 a 31/12/2015, o qual foi prorrogado até 30/4/2016, quando se encerrou definitivamente. Pela Universidade de Brasília, foi repassado para a RLAJT o valor de R\$ 300.000,00, em Termo de Cooperação inserido no âmbito da Ação Orçamentária 8946, dedicada à promoção da Justiça de Transição, e do Programa 2020, aplicado a iniciativas de Cidadania e Justiça.

A cooperação foi motivada pelo interesse no fortalecimento justicial brasileiro e na ampliação do impacto social das missões institucionais da Comissão de Anistia, mas não sem atribuir à UnB e à UFRJ, entre outras responsabilidades, incumbências especificamente transnacionais, como o estímulo a iniciativas de Justiça de Transição em países latino-americanos onde faltem condições objetivas para tanto e articulação e incentivo ao estabelecimento de políticas públicas e projetos culturais entre os Estados-Membros da Rede. O montante concedido pelo Ministério da Justiça possibilitou a contratação de pesquisadores e bolsistas, além da manutenção do Observatório e organização de fóruns de debate e encontros anuais para os membros da Rede. Embora o Termo determine prazo de 30 dias para prestação de contas após o término do contrato, informa a Comissão de Anistia que, na data de 20 de setembro de 2017, o processo ainda se encontrava nesta fase (Processo nº 08802.004908/2013-91) (BRASIL, 2012, p. 13).

O CJT-UFMG contou com apoio financeiro do CNPQ (Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico) (443162/2015-8) e da Fapemig (Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado de Minas Gerais) (APQ-02471-15). A produção do documento “Justiça de transição em perspectiva transnacional”, publicado em 2017, foi financiada pelo Projeto do Memorial da Anistia da Reitoria da UFMG (Projeto Fundep 17.076) (MEYER, 2017b, p. 20).

Desde que se encerrou o contrato com o Ministério da Justiça, a RLAJT não tem recebido diretamente qualquer recurso do Governo Federal para sustentar as suas atividades. Desde então, tem buscado o financiamento de organizações nacionais e internacionais voltadas ao campo dos direitos humanos.

2.9 Classificação como boa prática

Ainda que não haja no Brasil qualquer programa de avaliação externa que estabeleça critérios específicos e científicos para a avaliação da efetividade de políticas públicas e ações da sociedade civil para o desenvolvimento da justiça de transição, é possível afirmar que os eventos, publicações e demais iniciativas realizadas pela RLAJT indicam uma direção meritória e necessária, seja pela lacuna que buscam preencher, seja pelo intercâmbio inédito que a rede proporcionou entre organizações vizinhas do continente latino-americano.

Mesmo com todas as dificuldades que passaram a se avolumar a partir da ruptura institucional ocorrida no Brasil em 2016, a RLAJT demonstrou ser um espaço de persistência, pois deu continuidade às suas ações. Com o encerramento do biênio 2016/2017, no qual a Universidade de Brasília e o CJT-UFMG foram a sede da Secretaria Executiva, foi deliberado, no mencionado encontro da RLAJT ocorrido em março de 2018 na cidade do México, que a nova Secretaria Executiva da entidade seria transferida durante o biênio 2018/2019 para o Instituto de Derechos Humanos y Democracia da PUC/Perú.

2.10 Desafios enfrentados

Em um momento histórico em que o modelo democrático se encontra em crise – em 2015, por nove anos consecutivos, houve mais países convivendo com restrições às liberdades individuais e retrocessos democráticos do que países conquistando avanços e melhorias nas mesmas categorias, conforme pesquisa da Freedom House (2015) – o exercício da justiça de transição se torna tanto mais difícil quanto mais necessário e urgente.

No Brasil, essa tendência tomou sua forma mais concreta com o impeachment da presidenta Dilma Rousseff, em processo iniciado em dezembro de 2015 e consumado em agosto de 2016⁵. O que se seguiu ao impedimento não foi o fim das insatisfações populares, mas a sua sequência e aprofundamento. Pesquisas de opinião mostraram que a maioria da população gostaria de ver deposto também o sucessor de Dilma, Michel Temer (SIMON, 2017), que se consagra como o presidente com os piores índices de aprovação da história do Brasil e, de acordo com análise do grupo Eurasia, o chefe de Estado com a maior rejeição de todo o mundo (SCHMITT, 2017). A desconstituição das estruturas federais de direitos humanos – da reforma ministerial que extinguiu as secretarias especiais às alterações na Ouvidoria Nacional de Direitos Humanos e à imediata rede-

⁵ Sobre a relação entre o processo parcial de justiça de transição no Brasil e a ruptura institucional ocorrida no país em 2016, ver: SILVA FILHO, José Carlos Moreira da. Justiça de transição e usos políticos do poder judiciário no Brasil em 2016: um golpe de Estado institucional? *Revista Direito & Praxis*, Rio de Janeiro, 2017. Disponível em: <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/revista-ceaju/article/view/31488>>. Acesso em: 30 mar. 2018. DOI: 10.1590/2179-8966/2017/31488.

finição da composição da Comissão de Anistia do Ministério da Justiça (MEYER, 2017b, p. 1-5) — e o conseqüente apagamento das pautas de direitos humanos da agenda executiva de políticas públicas torna-se característica marcante da ruptura institucional sob a qual se concebe a gestão Temer (GARCIA; CALDERAROR, 2017, p. 211-232). Conforme aponta Eduardo Bittar (2017, p. 79-116),

Num cenário pós-impeachment, fica a sensação de que os direitos humanos se fragilizaram. Em primeiro lugar, pois suas principais vozes foram caladas. Em segundo lugar, pois as instituições que lhes davam vozes se fecharam. Em terceiro lugar, pois as autorizações sociais para as violações aumentaram, na mesma proporção com que a intolerância e o não-diálogo conquistaram o espaço vazio deixado pelas rupturas provocadas pelo cenário 2013-2017. Em quarto lugar, pois não há prioridade de governo voltada para este campo, considerando o clima político desfavorável ao seu discurso e ao seu debate mais avançado.

É evidente que essa fragilização afeta a atuação dos defensores de direitos humanos e das organizações da sociedade civil comprometidas com o progresso dessa causa. No caso da RLAJT, o Governo Federal simplesmente interrompeu sua política de financiamento e cooperação com a entidade. Como se apurou em contato com a Secretaria Executiva da RLAJT, mesmo as tentativas de reuniões com a Comissão de Anistia e representantes do Ministério da Justiça foram sistematicamente frustradas.

Como já assinalado, a RLAJT, apesar dessas dificuldades, continua funcionando e promovendo seus encontros e resultados graças à dedicação dos seus membros e a estratégias que visam buscar recursos e estruturas em outros países que compõem a rede, como restou demonstrado na transferência da Secretaria Executiva durante o biênio 2018/2019 para o Instituto de Derechos Humanos y Democracia da PUC/Perú.

3 Conclusão

Ao examinar o estado da justiça de transição na América Latina, é visível a modéstia de muitas das políticas públicas voltadas para a defesa da memória, verdade e justiça e a persistência de legado autoritário que trabalha impondo barreiras ao aprofundamento democrático dos países da região. Nesse contexto, diante da necessidade de cooperação regional para o fortalecimento da implementação de medidas justtransicionais, é fundada, com apoio da Comissão de Anistia brasileira, a Rede Latino-Americana de Justiça de Transição. A organização reúne como membras entidades comprometidas

com a promoção dos direitos humanos provenientes de diferentes países da região. Para realizar sua proposta de estabelecer fórum para debate e intercâmbio de informações acerca do avanço justransicional, a Rede estabeleceu Observatório permanente dedicado à difusão de notícias e narrativas de avanços e retrocessos sobre os processos justransicionais latino-americanos e, engajando pesquisadores de todo o continente, gerando reflexões conceituais por meio de relatórios anuais minuciosos e de documentos temáticos dedicados a questões pertinentes ao enfrentamento de desafios comuns na região.

Ainda, efetivando o intercâmbio presencial entre as entidades membras, foram promovidos três seminários internacionais, propondo debates e compartilhamento de experiências, suscitando aprofundamento teórico e produzindo documentos com recomendações aos Estados, detalhando propostas concretas para o avanço de medidas de justiça de transição. Afirmamos que as atividades realizadas pela RLAJT, tanto no campo da produção de conhecimento teórico quanto da ação prática, indicam uma direção meritória e necessária, ensejando o seu reconhecimento como boa prática. Apesar das dificuldades impostas pelo processo de ruptura institucional e retrocessos democráticos sofridos pelo Brasil desde 2016, a Rede se manteve em funcionamento, buscando captar recursos em outras fontes e dando continuidade às suas ações.

Referências

BITTAR, Eduardo. Democracia e direitos humanos: diagnóstico do tempo presente a partir da realidade brasileira contemporânea. **Revista Interdisciplinar de Direitos Humanos**, Bauru, v. 5, n. 2., p. 79-116, 2017. Disponível em: <<http://www2.faac.unesp.br/ridh/index.php/ridh/article/view/523>>. Acesso em: 25 mar. 2018.

BRASIL. Ministério da Justiça. **Termo de cooperação**: processo nº 08802.004908/2013-91. Termo de cooperação que entre si celebram o Ministério da Justiça, por intermédio da Comissão de Anistia, e a fundação Universidade de Brasília – UnB. Celebrado em: 14 nov. 2012. p. 13. Documento obtido por meio de pedido à Lei de Acesso à Informação em 25 out. 2017.

BRASIL. **Ministério de Direitos Humanos. Raadh: Paulo Abrão assumirá Instituto de Políticas Públicas em Direitos Humanos do Mercosul**. nov. 2014. Disponível em: <<http://www.mdh.gov.br/noticias/2014/novembro/raadh-paulo-abrao-assumira-instituto-de-politicas-publicas-em-direitos-humanos-do-mercosul>>. Acesso em: 28 mar. 2018.

CÁCERES, Mario R. Cépeda. A busca pelas pessoas desaparecidas durante o conflito armado interno peruano e as necessidades de seus familiares. In: CARVALHO, Claudia Paiva; GUIMARÃES, José Otávio Nogueira; GUERRA, Maria Pia (Org.) **Justiça de Transição na América Latina – Panorama 2015** (versão bilingue). Brasília: Ministério da Justiça, Comissão de Anistia, Rede Latino-Americana de Justiça de Transição (RLAJT), 2016.

CARVALHO, Claudia Paiva. **Crimes sexuais e justiça de transição na América Latina: judicialização e arquivos** = Crímenes sexuales y justicia transicional en América Latina: judicialización y archivos. Tradução Nathaly Mancilla Ordenes e Camila Guedes. – Florianópolis: Tribo da Ilha; Belo Horizonte: Projeto Memorial da Anistia; Rede Latino-Americana de Justiça de Transição (RLAJT); Centro de Estudos sobre Justiça de Transição, Universidade Federal de Minas Gerais (CJT/UFMG), Universidade de Brasília (UnB), 2016. Disponível em: <http://rlajt.com/wordpress/wp-content/uploads/2017/04/Miolo_Crimes-Sexuais_Final.pdf>. Acesso em: 25 mar. 2018.

CARVALHO, Claudia Paiva; GUIMARÃES, José Otávio Nogueira; GUERRA, Maria Pia (Org.) **Justiça de Transição na América Latina** – Panorama 2015 (versão bilingue). Brasília: Ministério da Justiça, Comissão de Anistia, Rede Latino-Americana de Justiça de Transição (RLAJT), 2016.

CENTRO DE ESTUDOS LEGAIS E SOCIAIS. Responsabilidade Empresarial: Investigação sobre a responsabilidade empresarial em delitos de lesa-humanidade. In: CARVALHO, Claudia Paiva; GUIMARÃES, José Otávio Nogueira; GUERRA, Maria Pia (Org.) **Justiça de Transição na América-latina** – Panorama 2015 (versão bilingue). Brasília: Ministério da Justiça, Comissão de Anistia, Rede Latino-Americana de Justiça de Transição (RLAJT), 2016.

COMISIÓN MEXICANA DE DEFENSA Y PROMOCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS. Os Desafios à Justiça transicional no México no Período da Guerra Suja. In: CARVALHO, Claudia Paiva; GUIMARÃES, José Otávio Nogueira; GUERRA, Maria Pia. **Justiça de Transição na América Latina** – Panorama 2015 (versão bilingue). Brasília: Ministério da Justiça, Comissão de Anistia, Rede Latino-Americana de Justiça de Transição (RLAJT), 2016.

_____. **Foro y Seminario Impunidad de Ayer y Hoy**: Experiencias del sur global sobre justicia, verdad y memoria frente a crímenes de Estado. 2018. Disponível em: <<http://cmdpdh.org/2018/02/foro-seminario-impunidad-ayer-hoy/>>. Acesso em 25 mar. 2018.

FREEDOM HOUSE. **Freedom in the World 2015**: Discarding Democracy: Return to the Iron Fist. 2015. Disponível em: <<https://freedomhouse.org/report/freedom-world/freedom-world-2015#Wrv12BPwHq>>. Acesso em: 25 mar. 2018.

GARCIA, Luciana Silva; CALDERAROR, Fernanda. A fragilização das estruturas federais de direitos humanos no Brasil pós ruptura institucional de 2016. **Revista Interdisciplinar de Direitos Humanos**, Bauru, v. 5, n. 2., p. 211-232, 2017. Disponível em: <<http://www2.faac.unesp.br/ridh/index.php/ridh/article/view/529/215>>. Acesso em: 25 mar. 2018.

HAU, Bóris. Verdade, Justiça e Reparação para as Vítimas Sobreviventes da Ditadura no Chile. In: CARVALHO, Claudia Paiva; GUIMARÃES, José Otávio Nogueira; GUERRA, Maria Pia (Org.) **Justiça de Transição na América Latina** – Panorama 2015 (versão bilingue). Brasília: Ministério da Justiça, Comissão de Anistia, Rede Latino-Americana de Justiça de Transição (RLAJT), 2016.

INSTITUTO DE DERECHOS HUMANOS DE LA UNIVERSIDAD CENTROAMERICANA JOSÉ SIMEÓN CAÑAS. Justiça Transicional para El Salvador. In: CARVALHO, Claudia Paiva; GUIMARÃES, José Otávio Nogueira; GUERRA, Maria Pia. (Org.) **Justiça de Transição na América Latina** – Panorama 2015 (versão bilingue). Brasília: Ministério da Justiça, Comissão de Anistia, Rede Latino-Americana de Justiça de Transição (RLAJT), 2016.

MEYER, Emílio Peluso Neder, Responsabilização e Ditadura. In: CARVALHO, Claudia Paiva; GUIMARÃES, José Otávio Nogueira; GUERRA, Maria Pia (Org.) **Justiça de Transição na América Latina** – Panorama 2015 (versão bilingue). Brasília: Ministério da Justiça, Comissão de Anistia, Rede Latino-Americana de Justiça de Transição (RLAJT), 2016.

MEYER, Emílio Peluso Neder (Org.) **Justiça de transição em perspectiva transnacional**. Belo Horizonte: Centro de Estudos sobre Justiça de Transição da UFMG, Secretaria da Rede Latino Americana de Justiça de Transição e Inicia Via, 2017. Disponível em: <<http://rlajt.com/wordpress/wp-content/uploads/2017/04/Emilio-Meyer-JT-perspectiva-transnacional-2017-final.pdf>>. Acesso em: 25 mar. 2018.

_____. Introdução: Financiamento e apoios In: MEYER, Emílio Peluso Neder (Org.) **Justiça de transição em perspectiva transnacional**. Belo Horizonte: Centro de Estudos sobre Justiça de Transição da UFMG, Secretaria da Rede Latino Americana de Justiça de Transição e Inicia Via, 2017b. p. 20. Disponível em: <<http://rlajt.com/wordpress/wp-content/uploads/2017/04/Emilio-Meyer-JT-perspectiva-transnacional-2017-final.pdf>>. Acesso em: 25 mar. 2018.

OBSERVATÓRIO LUZ IBARBURU. Ditadura e Transição Democrática no Uruguai. In: CARVALHO, Claudia Paiva; GUIMARÃES, José Otávio Nogueira; GUERRA, Maria Pia (Org.) **Justiça de Transição na América Latina** – Panorama 2015 (versão bilingue). Brasília: Ministério da Justiça, Comissão de Anistia, Rede Latino-Americana de Justiça de Transição (RLAJT), 2016.

OSMO, Carla. **Judicialização da justiça de transição na América Latina** = Judicialización de la justicia de transición en América Latina. Tradução de espanhol Nathaly Mancilla Órdenes. Brasília: Ministério da Justiça, Comissão de Anistia, Rede Latino-Americana de Justiça de Transição (RLAJT), 2016. Disponível em: <<http://rlajt.com/wordpress/wp-content/uploads/2016/05/Judicializac%CC%A7a%CC%83o-da-Justic%CC%A7a-de-Transic%CC%A7a%CC%83o-na-Ame%CC%81rica-Latina-bilingue.pdf>>. Acesso em: 25 mar. 2018.

PAIXÃO, Cristiano. et al. (Ed.) **Relatório 2014**: Rede Latino-Americana de Justiça de Transição. Brasília: Ministério da Justiça/UnB, 2015. Disponível em: <<http://rlajt.com/wordpress/wp-content/uploads/2016/04/Relatorio-Justic%CC%A7a-de-Transicao-2014.pdf>>. Acesso em: 15 nov. 2017.

PAIXÃO, Cristiano; GUIMARÃES, José Otávio. Justiça de Transição em perspectiva intergeracional: repressão e resistência nas universidades. In: SOUSA JUNIOR, José Geraldo et al (Org.) **O direito achado na rua**: introdução crítica à justiça de transição na América Latina. Brasília, DF: UnB, 2015. Disponível em: <http://www.justica.gov.br/central-de-conteudo/anistia/anexos/direito-achado-na-rua-vol-7_pdf.pdf>. Acesso em: 25 mar. 2018.

REDE LATINO-AMERICANA DE JUSTIÇA DE TRANSIÇÃO – RLAJT. **Membros Permanentes**. 2011. Disponível em: <<http://rlajt.com/quem-somos/membros-permanentes/>>. Acesso em: 15 nov. 2017.

_____. **Inscrições abertas para o I Concurso Internacional de Teses sobre o Brasil e América Latina**. Disponível em: <<http://rlajt.com/noticia/inscrites-abertas-para-o-i-concurso-internacional-de-teses-sobre-o-brasil-e-amrica-latina/>>. 2011b. Acesso em: 9 dez. 2017.

_____. **UnB e Comissão de Anistia ofertam curso sobre Justiça de Transição**. 2015. Disponível em: <<http://rlajt.com/noticia/unb-e-comisso-de-anistia-ofertam-curso-sobre-justia-de-transio/>>. Acesso em: 9 dez. 2017.

_____. **Comissão da Verdade de Juiz de Fora lança livro sobre a ditadura na cidade**. Disponível em: <<http://rlajt.com/noticia/comisso-da-verdade-de-juiz-de-fora-lana-livro-sobre-a-ditadura-na-cidade/>>. 2015b. Acesso em: 9 dez. 2017.

_____. **Livro fala da cumplicidade da Globo com a ditadura militar no Brasil**. Disponível em: <<http://rlajt.com/noticia/livro-fala-da-cumplicidade-da-globo-com-a-ditadura-militar-no-brasil/>>. Acesso em: 9 dez. 2017.

SANTOS, S. **Tratamento de arquivo de direitos humanos na América Latina** = Tratamiento de archivos de derechos humanos en América Latina. Tradução de Guillermo Oscar Abraham. Brasília: Ministério da Justiça, Comissão de Anistia, Rede Latino-Americana de Justiça de Transição (RLAJT), 2016. Disponível em: <<http://rlajt.com/wordpress/wp-content/uploads/2016/05/Tratamiento-de-Arquivos-2.pdf>>. Acesso em: 25 mar. 2018.

SIMON, Gustavo. Maioria dos brasileiros pede saída de Michel Temer, afirma Datafolha. **Folha de S. Paulo**, São Paulo, 24 jun. 2017. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/poder/2017/06/1895650-maioria-dos-brasileiros-pede-saida-de-presidente.shtml>>. Acesso em: 25 mar. 2018.

SCHMITT, G. Levantamento aponta Temer como presidente mais rejeitado do mundo. **O Globo**, Rio de Janeiro, 26 out. 2017. Disponível em: <<https://oglobo.globo.com/brasil/levantamento-aponta-temer-como-presidente-mais-rejeitado-do-mundo-21994959>>. Acesso em: 25 mar. 2018.

VARGAS, Mariluci Cardoso de. **Desaparecimento forçado e justiça de transição na América Latina**: judicialização e arquivos = Desaparición Forzada y justicia transicional en América Latina : judicialización y archivos. Tradução de Paula Zawadzki. Florianópolis: Tribo da Ilha; Belo Horizonte: Projeto Memorial da Anistia; Rede Latino-Americana de Justiça de Transição (RLAJT); Centro de Estudos sobre Justiça de Transição, Universidade Federal de Minas Gerais (CJT/UFMG), Universidade de Brasília (UnB), 2016. Disponível em: <http://rlajt.com/wordpress/wp-content/uploads/2017/03/Miolo_Desaparecimento-for%C3%A7ado_Final.pdf>. Acesso em: 25 mar. 2018.

4 A TEORIA DA LEGISLAÇÃO SIMBÓLICA APLICADA À LEI DA ANISTIA BRASILEIRA: UMA TRANSIÇÃO INACABADA

Natália Damasceno e Sousa¹

Resumo: Este artigo analisa a Lei da Anistia sob o enfoque da teoria da legislação simbólica, idealizada por Harald Kindermann (*“symbolische” Funktionen von Gesetzgebung*)² e apresentada por Marcelo Neves, e a relaciona com graves problemas sociais brasileiros da atualidade descritos por sociólogos e comunicadores. Elabora uma distinção precisa dos crimes políticos e dos crimes comuns, considerando que os primeiros possuem duas dimensões, chamadas pela autora de *crimes político-libertadores* e *crimes político-repressores* a depender das circunstâncias em que cometidos. Entende que a perpetuação de práticas antidemocráticas, a crise econômica de 2008 e a univocidade midiática afastam a população das instituições e de diálogos democráticos e aproximam-na de discursos opressores e de ódio, para não dizer de atos violentos. Por fim, propõe soluções práticas a serem cumpridas de forma conjunta e concatenada pelos Poderes democráticos instituídos.

Palavras-chave: Transição. Ditadura. Anistia. Legislação simbólica. Violência. Crimes políticos.

Abstract: *This paper analyzes the Amnesty Law under the approach of the symbolic law theory (“symbolische“ Funktionen von Gesetzgebung), idealized by Harald Kindermann and presented by Marcelo Neves. Then, relates it to current Brazilian serious social problems described by sociologists and communicators. Afterwards, it elaborates a precise distinction between political crimes and common crimes, considering that those political crimes have two dimensions, called by the author democratizing political crimes and oppressing political crimes, depending on the circumstances in which they are committed. Concludes that the perpetuation of undemocratic practices, coupled with the economic crisis of 2008 and media univocality, alienate the population from democratic institutions and dialogues and bring it closer to oppressive discourses and hate speech, not to mention violent acts. Finally, it proposes practical solutions to be fulfilled jointly and linked by the established democratic powers.*

Keywords: *Transition. Dictature. Amnesty. Symbolic legislation. Violence. Political crimes.*

1 Natália Damasceno e Sousa é mestra em Direito Constitucional pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte e advogada.

2 KINDERMANN, 1989 apud NEVES, 1994, p. 34-41.

1 Introdução

Antes de iniciarmos a reflexão sobre a transição do Brasil rumo a um regime democrático, o contexto social atual do Brasil exige esclarecer que a autora deste artigo parte da premissa axiológica da superioridade de um regime democrático participativo, bem como da permanente conciliação dos valores liberais e sociais dentro da ordem econômica, conforme a ideologia constitucionalmente adotada³.

Firmada essa base, podemos iniciar uma análise jurídico-sociológica sobre os efeitos decorrentes da entrada em vigor no Brasil da chamada Lei da Anistia e de equívocos cometidos durante a transição do regime militar brasileiro à democracia. Naquele período, assumir o lado da liberdade de expressão política exigia a assunção de riscos concretos à própria vida e à integridade física.

No Brasil, o fim da ditadura militar não foi de forma alguma linear e contínuo. Pelo contrário, foi permeado por inúmeros retrocessos, atentados e ataques à população, o que postergou a apuração e denúncia das violações aos direitos humanos praticadas durante o período de exceção, como demonstra o depoimento do Sr. José Carlos Zanetti à Comissão Nacional da Verdade:

[...] todo mundo estava muito apreensivo, aos poucos foram falando as coisas, denunciando, o foco maior foi em relação aos presos desaparecidos, porque esses, as famílias logo compraram as brigas [...], e muitos presos estavam na luta pela anistia, querendo resolver principalmente a situação dos desaparecidos. [...] acabou-se denunciando as prisões e as torturas que nós sofremos, não é? [...] eu me lembro que no jornal Em Tempo, teve um dia que ele denunciou “230 torturadores no Brasil” [...], aí começaram a jogar bomba em banca, porque estava na transição. Teve a bomba que matou aquela assessora [...], uma advogada, funcionária da OAB, e outros também receberam bombas em cartas, tiveram a mão dilacerada e tal. [...] esses jornais alternativos já estavam fazendo a organização de tal forma, estávamos apoiando para denunciar. Então algumas matérias já faziam essa denúncia, mas eram oficialmente voltadas para os casos mais graves. Aí começaram a aparecer essas entrevistas, denúncias, nós começamos a falar. (ARQUIVO CNV)

Esse era o clima do período da redemocratização do país. A sociedade brasileira já havia perdido muitas vidas para o regime, o qual fazia uso generalizado da força e do

3 SOUZA, 2002, p. 80.

medo contra dissidentes políticos. A Lei da Anistia surgiu como uma “trégua” entre Governo e povo, aprovada pelo Congresso, fruto de expectativas equivocadas de que iria “apagar” o passado institucional de torturas e repressão mas também da demanda urgente de libertação dos presos políticos, marco essencial para o início do processo de redemocratização.

Ingenuamente, a sociedade do período de transição se apegou à ideia atualmente desconstruída de que a lei seria um meio insuperável para se alcançar o fim desejado, especialmente a mudança social. Segundo Neves⁴, essa concepção instrumental do Direito Positivo implica um modelo funcional simplista e ilusório.

Durante a transição, boa parte da sociedade brasileira acreditou que a Lei da Anistia seria suficiente para a suposta conciliação entre instituições opressoras e dissidentes políticos. A oposição, cansada, presa, desaparecida e torturada aceitou os termos impostos pelos representantes do próprio regime de exceção de acordo com os quais também os algozes sairiam anistiados e se manteriam em seus cargos, impedindo que medidas efetivas de democratização institucional fossem tomadas.

A professora Ruti Teitel usou, pela primeira vez, o termo justiça de transição (*transitional justice*)⁵, conceituado, posteriormente, pelo Conselho de Segurança da ONU como o conjunto de medidas judiciais e extrajudiciais, adotado por uma sociedade que pretende se democratizar, utilizado como uma espécie de “ritual de passagem”⁶ à democracia após graves violações de direitos humanos cometidas por regimes autoritários e ditatoriais para que sejam assegurados a responsabilização dos violadores dos direitos humanos, o resguardo da justiça e a busca da reconciliação do povo. É um processo de deslegitimação do regime antidemocrático pelo qual a sociedade deve inexoravelmente passar para se denominar democrática sem pecar em hipocrisia. Segundo Chediek, se o desenvolvimento humano só existe de fato quando abrange também o reconhecimento dos direitos das pessoas, temos a obrigação moral de apoiar a criação de mecanismos e processos que promovam a justiça e a reconciliação⁷.

4 NEVES, 1994, p. 29.

5 TEITEL, 2004 apud PAIVA; HEEMANN, 2017, p. 430.

6 PAIVA; HEEMANN, 2017, p. 421.

7 CHEDIEK, 2011, p. 15-16.

2 Contexto histórico da aprovação da Lei da Anistia

A Lei nº 6.683, conhecida como a Lei da Anistia, foi promulgada em 1979 (portanto, ainda durante o regime militar), pelo presidente João Batista Figueiredo, após ampla mobilização popular.

Esse diploma surgiu, assim, em tempos de medo, repressão e desequilíbrio de forças. Parte da população detinha todo o aparato da força estatal, as armas, o controle, a mídia e as instituições, enquanto a oposição estava sem saída, presa, torturada, desaparecida, morta. As circunstâncias não eram propícias sequer à formação do contrato social, segundo o modelo rudimentar lockeano⁸.

Nesse contexto, iniciou-se o Movimento Feminino pela Anistia nos anos 70, liderado por Therezinha Zerbini, constituído basicamente por mulheres católicas e de classe média, mesma classe que apoiara anos antes a instauração do regime militar⁹. Com o apoio da seccional fluminense da Ordem dos Advogados do Brasil, o Movimento foi ampliado com a criação do Comitê Brasileiro pela Anistia, sediado na Associação Brasileira de Imprensa. A luta foi protagonizada posteriormente por estudantes, jornalistas, políticos e economistas.

Em junho de 1979, o governo de João Batista Figueiredo encaminhou ao Congresso Nacional o seu projeto, o qual distorcia consideravelmente o fenômeno da “redemocratização”, isentando de qualquer responsabilidade também os militares e agentes pela prática de torturas, estupros, homicídios e desaparecimentos forçados no período ditatorial.

A prática de anistiar os responsáveis por regimes ditatoriais foi adotada nos outros países da América Latina, no entanto, posteriormente, as chamadas “anistias amnésicas” — *id est*, as anistias dos crimes praticados pelos próprios agentes estatais — caíram, sendo estes penalmente responsabilizados, com exceção do caso brasileiro. No Chile, quando foram modificados os integrantes da sala penal da Suprema Corte, no ano de 1998, a jurisprudência com respeito aos casos de presos desaparecidos começou, então, a se modificar, ficando subsumidos na figura penal de sequestro¹⁰.

8 O que dá início e constitui qualquer sociedade política nada mais é senão o assentimento de qualquer número de homens livres capazes de maioria para se unirem e incorporarem a tal sociedade. E isto e somente isto deu ou podia dar origem a qualquer governo legítimo no mundo (LOCKE, 1973, § 99 apud DINIZ, 2001, p. 160).

9 Este aparente paradoxo social foi explicado sob o prisma arendtiano. Usaremos aqui a conceituação de “massa” apresentada por Arendt, como a parcela da população (a maior) que não participa dos diálogos político-partidários, que se diz neutra, historicamente, relacionada às origens do totalitarismo, em virtude de sua atração pela violência. Segundo Hannah Arendt, sistemas totalitários nascem não de classes, mas das massas, inflamadas pela completa descrença em qualquer partido, classe ou posição política e lideradas por representantes da “ralé” política, com tendência de impor a força (ARENDDT, 1949).

10 PEREIRA, 2011, p. 291.

Nos últimos anos, a Argentina e o Chile condenaram perpetradores de crimes cometidos durante o regime militar; a Colômbia aprovou legislação para assegurar os direitos das vítimas à verdade e à reparação; o Peru conduziu julgamentos históricos contra o líder ditatorial Alberto Fujimori; e a Guatemala recuperou milhões de arquivos, trazendo à luz casos de envolvimento policial nas violações de direitos humanos durante o conflito interno ocorrido no país. (TOLBERT, 2011 p. 19-20)

A posição institucional de comando não isentou os nazistas, por exemplo, de seus crimes no Tribunal de Nuremberg. O fato de estarem atuando dentro das instituições não impediu que violadores de direitos fundamentais respondessem pelos seus delitos no Tribunal de Tóquio nem no da antiga Iugoslávia nem no de Ruanda¹¹. Muito pelo contrário, de acordo com orientações dos organismos internacionais, num processo de redemocratização, o ideal é que a anistia só se aplique aos crimes políticos praticados pelos dissidentes e no contexto da luta pelas liberdades. O cometimento de violência contra a população pelo próprio Estado não visa a nada além de imprimir violência. Aliás, pode-se dizer que a violência estatal não apenas é o exato oposto dos crimes políticos anistiáveis como também é o pressuposto fático para sua ocorrência. Isso será mais definido no tópico 6.4.

Assim, este estudo mostrará que a Lei da Anistia, da forma que foi “promulgada”, não foi nada mais do que um pacto *forçado* entre a população e o regime militar, um pacto de não agressão. Um diálogo com as forças antidemocráticas para sobreviver. Não foi um diploma democraticamente elaborado, pois não havia democracia estabelecida no momento. De forma analógica, pode-se aplicar o pensamento de Bonavides sobre as Constituições pactuadas ao contexto da Lei da Anistia, em que o equilíbrio é precário. Uma das partes se achava politicamente em posição de força. O pacto selado juridicamente mal encobre essa situação de fato, e “o contrato se converte por conseguinte numa estipulação unilateral camuflada”¹².

De um lado, os dissidentes políticos precisavam assegurar, ainda que minimamente, a sobrevivência da oposição ao regime. “A transição pactuada era assim garantida, explicitando mais uma vez o caráter conservador da modernização brasileira”¹³. No entanto, este “pacto sob coerção” desenhou o futuro da sociedade brasileira, plantando uma semente autocrática latente capaz de germinar em condições favoráveis, como, talvez, a da crise econômica de 2008 e a consequente explosão das massas em 2013.

11 PACELLI; CALLEGARI, 2017, p. 185.

12 BONAVIDES, 1997, p. 72.

13 DEO, 2014, p. 318.

3 A teoria da legislação simbólica

Em 1994, o professor Marcelo Neves traz ao Brasil estudos estrangeiros sobre o Simbolismo do Direito, de Thurman W. Arnold, e sobre o fenômeno da “legislação simbólica”, de Harald Kindermann, e analisa as normas constitucionais sob esse enfoque crítico¹⁴.

A Constituição da 1988 foi chamada de “Constituição Cidadã” e assinalou, desde seu Preâmbulo e art. 1º, a instituição de um “Estado Democrático”. Em meio a um delicado processo de transição, em que se impôs uma conciliação artificial entre valores diametralmente opostos, quais sejam Democracia e Repressão, soam como as concessões dos déspotas “esclarecidos”, durante o fim da Idade Moderna.

Para este trabalho, interessam as conclusões de Kindermann, apresentadas por Neves, sobre os efeitos simbólicos das legislações. Com suas contribuições, é possível analisar a Lei da Anistia e os evidentes efeitos simbólicos decorrentes, extremamente prejudiciais ao fortalecimento do debate democrático brasileiro.

Este estudo não desconsidera a importante eficácia social que teve o diploma em relação à libertação dos presos políticos durante o regime militar. No entanto, apesar de tais efeitos sociais, a Lei da Anistia irradiou efeitos simbólicos pouco considerados por grande parcela da população no período de transição e que se fazem cada vez mais presentes, principalmente, na estruturação política brasileira pós-crise econômica.

Em sua teoria sobre a legislação simbólica, Kindermann propôs um modelo tricotômico, segundo o qual é possível identificar três conteúdos simbólicos distintos nas leis: a) confirmar valores sociais; b) demonstrar a capacidade de ação do Estado (legislação álibi); e c) adiar a solução de conflitos sociais por meio de compromissos dilatatórios. Neste tópico, analisaremos o conteúdo simbólico da Lei da Anistia por meio deste modelo tricotômico.

3.1 Confirmação de valores sociais

O prejuízo mais significativo gerado pela Lei da Anistia foi o de jamais ter permitido a efetiva deslegitimação dos valores antidemocráticos. Desde então, essa semente se ramifica e se expande diariamente em diversos setores institucionais e na vida cotidiana do Brasil.

Muitas vezes, exige-se do legislador uma posição acerca de conflitos sociais em torno de valores. Nesses casos, ao assumir uma ou outra posição, o legislador declararia a

14 NEVES, 1994, p. 31-41.

“vitória legislativa” (principal anseio dos grupos de pressão envolvidos na disputa) que significaria uma “superioridade” do valor protegido pela lei.

Neves apresenta um exemplo – apontado por Bryde¹⁵ – de legislação confirmativa de valores, ocorrido no âmbito do Direito e da Administração na África pós-independência. O enfoque legislativo em princípios como “negritude” e “autenticidade”, segundo Bryde, contribuiu para a delimitação do caráter nacional perante o poder colonial. O conflito, portanto, era entre os valores relativos à independência (decorrentes da nova demanda de delimitação de uma soberania nacional nascente) e aqueles ligados à velha submissão colonialista. O princípio da “negritude”, inerente aos povos nativos, vinha a fortalecer o valor do “nacionalismo” pós-independência.

A afirmação dos valores conflitantes pode desencadear, segundo Neves, um *gesto de coesão e/ou de diferenciação*. Na primeira hipótese, ao declarar vitorioso um valor e, na medida em que haja uma aparente identificação da sociedade nacional com os valores legislativamente corroborados, estimula-se a coesão do povo e harmonização entre os diferentes grupos. Nesse caso, os valores não são necessariamente opostos. A vitória de um não implica na devastação do outro.

Na segunda situação, promove-se uma necessária diferenciação social ao glorificar ou degradar um grupo em oposição a outros na sociedade¹⁶. O *gesto de diferenciação* é necessário para pôr termo final a valores ilegítimos presentes na sociedade por circunstâncias alheias ao código jurídico, como é o caso da força e do medo. Por exemplo, os valores antidemocráticos se fizeram presentes no regime de exceção brasileiro mediante a repressão que lhe foi própria. No entanto, são incompatíveis com o projeto de democracia iniciado pela Constituição de 1988. É indispensável que sejam expurgados do ordenamento por um *gesto de diferenciação*.

O que Kindermann chama de *gesto de coesão* ou de *diferenciação* são os efeitos sociais da consagração de um ou outro valor. Essa consagração do valor vitorioso pode gerar um movimento de diferenciação social ou de coesão e harmonização. No período de transição, isto é, durante a “redemocratização” do Brasil, havia um conflito de valores diametralmente opostos, quais sejam, Democracia e Repressão Militar, manifestamente inconciliáveis; sendo um vitorioso, o outro inexoravelmente estaria degradado.

Partindo-se do texto da Constituição de 1988, pode-se pensar que o valor Democracia saiu vitorioso do processo de transição. No entanto, a “opção” da Lei da Anistia, confirmada pelo Supremo Tribunal Federal na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 153, demonstra que o valor ligado ao regime da opressão não foi

15 BRYDE, 1987, p. 37 apud NEVES, 1994, p. 36.

16 NEVES, 1994, p. 36.

degradado. Alegou-se uma suposta conciliação entre os valores. Como se a opressão devesse também ter o seu espaço respeitado no seio da sociedade brasileira.

Atualmente, os acontecimentos históricos de 1964 ainda geram polêmicas. Análises se dividem entre os que entendem a entrada do Regime Militar como decorrente de um golpe, enquanto outra parcela a compreende como revolução¹⁷. Longe de conceitos positivistas, “golpe” e “revolução” se distinguem no âmbito da ciência política e da sociologia, partindo-se do critério da legitimação do movimento. Mais do que apoiado pelas massas, segundo o critério numérico de maioria, um movimento deve ter respeito aos direitos humanos para ser considerado legítimo. Ora, todo movimento social, inevitavelmente, está enraizado no apoio populacional. Como explica Hannah Arendt:

Seria um erro ainda mais grave esquecer, em face dessa impermanência, que os regimes totalitários, enquanto no poder, e os líderes totalitários, enquanto vivos, sempre “comandam e baseiam-se no apoio das massas”¹⁸. A ascensão de Hitler ao poder foi legal dentro do sistema majoritário¹⁹, e ele não poderia ter se mantido a liderança de tão grande população, sobrevivido a tantas crises internas e externas, e enfrentado tantos perigos de lutas intrapartidárias, se não tivesse contado com a confiança das massas. Isso se aplica também a Stálin. (ARENDR, 1949, p. 505)

Portanto, para o Conselho de Segurança da ONU²⁰, um movimento legítimo deve respeitar ao *humanitarismo*, um conjunto de premissas e postulados que asseguram certa ordem moral, o qual foi incorporado pelo senso comum e se expressa, há décadas, de diversos modos na forma de normatividade jurídica. Trata-se de um sistema de valores que se arraigou na ordem política. Em suma, sem esse sistema de valores, a ordem política é ilegítima.

A Lei da Anistia, no entanto, ao anistiar agentes repressores, reconheceu valores antidemocráticos como legítimos, numa suposta “conciliação” com o princípio democrático constitucional. A fim de “compatibilizá-los”, estimula-se, simbolicamente, a ideia de que o regime militar não necessariamente foi antidemocrático, nem teria violado o *humanitarismo*, forçando um *gesto de coesão* em circunstâncias em que apenas seria possível o *gesto de diferenciação*. É impossível a coesão entre opressores e oprimidos. Mantêm-se no seio da sociedade o questionamento acerca do fato de o Golpe de 1964

17 GUILHERME, 2017.

18 HAYES, 1939 apud ARENDR, 1949, p. 505.

19 FRANK, 1939 apud ARENDR, 1949, p. 505.

20 REÁTEGUI, 2011, p. 360.

ter sido ou não uma “Revolução”. A democracia brasileira atual carece do marco axiológico que deslegitime de vez quaisquer razões para uma Ditadura Militar. Em virtude da aplicação da Lei da Anistia aos agentes de Estado, esse marco jamais ocorreu. A vitória legislativa não veio aos oprimidos, dissidentes do regime autoritário. Estes foram obrigados a conviver com instituições e práticas ditatoriais.

A relevância desse efeito simbólico no seio das instituições brasileiras pode estar por trás de inúmeras manifestações autocráticas desempenhadas por parlamentares, ironicamente, no desempenho de sua função democrática, como o voto do deputado Jair Bolsonaro (PSC-RJ) pelo *impeachment* da presidenta, dedicado à “memória do coronel Carlos Alberto Brilhante Ustra, o pavor de Dilma Roussef, pelo exército de Caxias, pelas Forças Armadas, pelo Brasil acima de tudo e por Deus acima de tudo”²¹.

De acordo com o Relatório do Grupo de Trabalho sobre justiça de transição da 2ª Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal²², Carlos Alberto Brilhante Ustra, falecido em 2015, foi comandante operacional do DOI-Codi do II Exército de São Paulo, notoriamente, um dos piores e mais violentos centros de repressão política do regime ditatorial, entre 28 de setembro de 1970 e 23 de janeiro de 1974, contra o qual a Procuradoria da República ajuizou várias ações criminais.

Ustra não foi condenado. A Justiça brasileira (capitaneada pelo STF) entende que a Anistia concedida pela Lei também abrange a violência cometida pelos agentes da repressão e que isso seria compatível com a Constituição Democrática e, mais do que isso, que não haveria relação entre os processos criminais contra esses agentes e as normas constitucionais, tratando-se de matéria estritamente legal.

A Lei da Anistia, por meio de seu efeito simbólico, de fato, institucionalizou de vez a violência e a tortura praticadas contra dissidentes políticos, permitindo a perpetuação dos opressores em seus cargos de poder. Consolidou as forças antidemocráticas em nossas instituições. Conforme Anderson Deo, “a ordem social brasileira, pautada no Estado Democrático de Direito, representa a versão *jurídico-institucional* da autocracia burguesa no Brasil”. Nesse sentido:

[...] a anistia “ampla, geral e irrestrita” foi habilmente utilizada pelos militares, pois atribuiu “legalidade” aos homicídios e atrocidades cometidos pelos torturadores e seus mandantes, que continuam gozando de plena liberdade até o presente momento. (DEO, 2014, p. 306)

21 Trecho final do voto do deputado Jair Bolsonaro, PSC-RJ, prestando uma homenagem ao coronel Carlos Alberto B. Ustra.

22 MPF, 2011/2013, p. 120.

O militar e político Luiz Carlos Prestes, ao voltar do exílio forçado de oito anos, em agosto de 1979, ano da promulgação da Lei da Anistia, denunciava a permanência do regime ditatorial durante o governo Figueiredo²³, rompendo com seu partido, o Partido Comunista Brasileiro, por discordar veementemente da tese da “transição”.

Para que a Assembleia Constituinte fosse útil, dizia, seria necessário “previamente conquistar um regime democrático, livre das manobras casuísticas da ditadura”²⁴. Em dezembro de 1982, após a entrada em vigor da Lei da Anistia, portanto, a Polícia Federal prendeu cem pessoas participantes da Assembleia do VII Congresso do Partido Comunista Brasileiro.

Às escuras, o pensamento antidemocrático procriou, criou raízes fortes nas forças de segurança diante da violência banalizada pela mídia, encontrou espaço político diante da crise econômica e está sufocando lentamente a recém-nascida democracia brasileira.

O efeito simbólico da Lei da Anistia também legitima discursos antidemocráticos aliados a um distanciamento entre a população e o diálogo democrático, método de solução de conflitos frequentemente renegado pela grande mídia, a qual cede espaço a notícias policiaiscas de violência cotidiana que geram uma ojeriza, peculiar à sociedade brasileira, ao tema dos direitos humanos.

Desde as movimentações pós-crise econômica, evidencia-se cada vez mais o fato de que grande parcela da sociedade brasileira não pretende se ver representada no diálogo político-democrático, enquadrando-se, portanto, no conceito de massa, apresentado por Arendt, com atração histórica à violência e relacionada às origens de regimes totalitários.

O espaço reconhecido pela Lei da Anistia a ideias antidemocráticas se espalhou ainda no âmbito institucional das forças de segurança, cuja composição não foi alterada desde a Ditadura, perpetuando as práticas do regime militar.

3.2 Legislação-álibi

De acordo com os estudos de Kindermann, o processo legislativo pode também ser iniciado em decorrência de pressões sociais, exigindo do Estado uma reação solucionadora imediata para um problema surgido e que tenha impactado de forma ampla na sociedade. Em regra, nesses casos, a legislação não contribui efetivamente para solucionar o distúrbio social, servindo apenas como álibi de que a máquina estatal está se

23 PRESTES, 2014, p. 119.

24 PRESTES, 2014, p. 126.

movimentando a fim de que, portanto, a população possa se acalmar (parar de pressionar). Trata-se de uma resposta estatal às exigências da população.

Marcelo Neves esclarece que esse tipo de legislação-álibi pode se apresentar tanto na forma de uma “reação substitutiva” como de um “mecanismo de exposição simbólica das instituições”²⁵.

Neste último caso, a lei tenta convencer o público das boas intenções do legislador. Não apenas deixa os problemas sem solução, mas serve de obstáculo para que sejam resolvidos.

A essa formulação do problema subjaz uma crença instrumentalista nos efeitos das leis, conforme a qual se atribui à legislação a função de solucionar os problemas da sociedade. Entretanto, é evidente que as leis não são instrumentos capazes de modificar a realidade de forma direta, eis que as variáveis normativo-jurídicas se defrontam com outras variáveis, orientadas por outros códigos e critérios sistêmicos. A resolução dos problemas da sociedade dependeria então da interferência de variáveis não normativo-jurídicas. (NEVES, 1994, p. 38-39)

Nesse sentido, o efeito-álibi da Lei da Anistia serviu para ambas as partes, regime militar e oposição, como fortalecedor da confiança no Estado. Para a oposição, a lei funcionou para dar uma roupagem de “redemocratização”. Para os setores ainda ligados ao regime militar, serviu para resguardar suas posições nas instituições e manter a impunidade dos agentes da repressão, como evidenciado na reflexão de Anderson Deo:

[...] as mesmas forças políticas que “apearam” Jango do poder e dera sustentação à autocracia burguesa em mais uma fase militar-bonapartista permaneceram à frente do comando da nação após os militares “baterem em retirada”. Era preciso mudar para que tudo permanecesse como sempre esteve!²⁶ (LAMPEDUSA, 1979 apud DEO, 2014, p. 304)

A Lei da Anistia, diante do conflito existente durante a transição, pode ter agido como uma forma de imunizar o sistema político contra medidas efetivas de redemocratização – como o afastamento dos responsáveis pelas práticas antidemocráticas de seus cargos públicos –, desempenhando a função ideológica de imprimir uma suposta “conciliação” social, nunca concretizada efetivamente.

25 NEVES, 1994, p. 38-39.

26 Expressão de Tomasi de Lampedusa, 1979, citado em DEO, 2014.

3.3 Legislação como fórmula de compromisso dilatatório

A legislação simbólica, de acordo com Kindermann e Neves, também pode gerar o adiamento da solução de conflitos sociais por meio de compromissos dilatatórios. Nesse sentido, as divergências entre os grupos não são resolvidas por meio da lei em si, a qual, no entanto, mesmo assim é aprovada de maneira consensual pelas partes envolvidas, justamente porque assente a sua ineficácia.

O conflito entre os valores democráticos e as ideias opressoras do regime militar, portanto, restaram pendentes e latentes na sociedade brasileira. Não foram resolvidos pela lei, tendo em vista a manutenção dos agentes militares em toda a estrutura institucional.

Apenas com a crise econômica de 2008, ressurgiram as circunstâncias propícias e potencializadoras de novos embates entre Democracia e Repressão, quais sejam, o desgaste dos partidos políticos e, conseqüentemente, do diálogo democrático na busca de soluções econômicas à crise; o monopólio da imprensa de massa e sua repetição diária da violência cotidiana; a revolta da massa (população alheia aos debates democráticos) e a ampla presença de ideias repressoras nas instituições.

4 STF e Corte Interamericana de Direitos Humanos

Entre o fim da década de 1960 e início dos anos 1970, organizou-se no município de Xambioá no estado do Tocantins, numa região conhecida como Araguaia, um movimento armado de resistência ao regime de opressão militar conhecido como “Guerrilha do Araguaia”, composto por membros do Partido Comunista Brasileiro e camponeses locais.

Entre 1972 e 1975, houve uma política de investidas oficiais do Estado brasileiro para exterminar todos os membros da Guerrilha do Araguaia, período em que ocorreram detenções arbitrárias, torturas e desaparecimentos forçados de aproximadamente setenta pessoas, obtendo êxito no intento de extermínio.

Em virtude da promulgação, em 1979, da Lei da Anistia, mesmo após a promulgação da Constituição de 1988, pouca informação se tinha sobre as circunstâncias dos desaparecimentos, dos corpos, das torturas, sendo perpetuada a sensação de injustiça e opressão entre familiares e vítimas, no âmbito do movimento da Guerrilha do Araguaia, como também de toda oposição ao regime de opressão.

A controvérsia chegou até a Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) em agosto de 1995, atingindo o quarto nível da justiça de transição²⁷. O Brasil, no entanto, não se manifestou sobre os Relatórios da CIDH, sendo a demanda, portanto, submetida à Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH).

Enquanto o sistema interamericano analisava o caso, batizado como Gomes Lund e outros (“Guerrilha do Araguaia”) vs. Brasil, em outubro de 2008, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (CFOAB) protocolou a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 153, questionando a compatibilidade da Lei da Anistia com a Constituição de 1988 no que tange à anistia concedida aos representantes do Estado (policiais e militares) durante o regime de opressão (a autoanistia).

A OAB argumentou ser distinta a natureza dos crimes dos anistiados vítimas do regime de opressão (cometidos por pessoas contrárias ao regime) e os dos agentes de Estado (crimes comuns de homicídio, tortura, desaparecimentos forçados, lesões corporais, estupros e abusos de autoridade contra opositores). A anistia concedida para os dois lados seria uma “aberrante desigualdade”.

Entre os pedidos insertos na ADPF, o CFOAB reforçava o de que fossem revelados os militares e policiais responsáveis por crimes em nome do Estado, considerando um “escárnio” acobertar a identidade dessas pessoas em nome da segurança da sociedade e do Estado. Além disso, expunha a simbologia de receberem os militares e policiais torturadores remuneração dos cofres públicos e serem anistiados pelo próprio regime opressor.

Na Arguição, também se pontuou que as vítimas sobreviventes e familiares não participaram diretamente do acordo que levou à anistia e que, até aquela data, a corporação militar não confirmava nem reconhecia os crimes cometidos pelos agentes da repressão.

Argumentou-se que a tortura é crime de lesa-humanidade e, portanto, imprescritível, não se confundindo com crime político²⁸.

Em 28 de abril de 2010, o STF – em julgamento contrário à tendência mundial no âmbito do tema justiça de transição²⁹ – julgou improcedente a demanda proposta pelo CFOAB, desempenhando um papel bastante prejudicial ao processo de transição do regime militar para a democracia, legitimando valores antidemocráticos e resguardando seu espaço de proliferação no seio da sociedade brasileira.

Em 24 de novembro de 2010, a Corte IDH julgou o caso Gomes Lund e outros vs. Brasil, reconhecendo a invalidade da Lei da Anistia brasileira e condenando o Estado brasi-

27 PAIVA; HEEMANN, 2017.

28 Essas teses serão explanadas de forma mais sofisticada e com inovações terminológicas no ponto 6.4.

29 O Conselho de Segurança, em seu *Manual para a América Latina sobre justiça de transição*, critica negociações políticas com setores vinculados ao antigo regime autoritário.

leiro a investigar e punir os agentes da ditadura militar pelas graves violações de direitos humanos ocasionadas na região do Araguaia durante o período ditatorial³⁰.

A Corte Interamericana esclareceu, na ocasião, que não há hierarquia entre o STF e a Corte IDH e que deve haver uma relação de diálogo, complementariedade e reciprocidade. O intuito da Corte IDH é apenas o de realizar o controle de convencionalidade da Lei da Anistia brasileira em face da Convenção Americana de Direitos Humanos, e não o de constitucionalidade, função do STF.

Uma das formas de reparação das violações de direitos humanos utilizadas pela Corte IDH é a garantia de não repetição, na qual se insere o dever de investigar e punir, evitando-se tanto a reincidência da conduta violadora quanto a própria impunidade dos responsáveis. Tal dever foi utilizado pela primeira vez no caso *Velásquez Rodríguez vs. Honduras*. Além disso, seu caráter de norma de *jus cogens* foi reiterado no julgamento do caso *Gomes Lund e outros vs. Brasil*, bem como o combate ao desaparecimento forçado.

O Estado brasileiro foi, então, condenado por violar a Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica) no que diz respeito aos direitos ao reconhecimento da personalidade jurídica (art. 3º), à vida (art. 4º), à integridade pessoal (art. 5º), à liberdade pessoal (art. 7º), às garantias judiciais (art. 8º), às liberdades de pensamento e de expressão (art. 13) e à proteção judicial.

Esse foi o processo de construção de uma grande celeuma a ser desatada pelo MPF. Como, em termos judiciais, conciliar o respeito à soberania nacional e à decisão da Suprema Corte do Estado Brasileiro e, ao mesmo tempo, lutar pelos direitos humanos e pela ordem democrática?

Sabe-se que, desde a promulgação da Constituição Republicana de 1988 e a criação da Advocacia-Geral da União, em 1993, foi vedada ao Ministério Público a representação judicial e consultoria jurídica de entidades públicas. Logo, a entidade consagrou-se como essencial à Justiça, autônoma, devendo servir à sociedade brasileira e aos valores constitucionais da ordem jurídica, do regime democrático e dos direitos sociais e individuais indisponíveis.

Todo esse processo colocou o MPF no dilema inédito entre seus principais valores: a ordem jurídica e o regime democrático. O STF, representante da ordem jurídica, freou de maneira significativa o processo de transição política, imprescindível à concretização dos valores democráticos.

Várias teses são contrárias ao posicionamento da Suprema Corte, partindo de premissas diversas. Uma delas foi utilizada, em 2016, pelo Estado da Argentina, no pedido de Extradicação nº 1.362 do Sr. Salvador Siliciano, acusado de sequestrar e matar militan-

30 PAIVA; HEEMANN, 2017, p. 440-441.

tes políticos de esquerda no período de 1973 a 1975. Essa tese explica que a violência do Estado, exercida por meio de torturas, estupros, homicídios e desaparecimentos forçados, é crime contra a humanidade previsto primariamente na Convenção Internacional sobre a Imprescritibilidade dos Crimes de Guerra e Crimes contra a Humanidade, de 1968. O argumento contrário a essa tese, utilizado pelo STF para indeferir a Extradicação, invoca o fato de que o Brasil não é parte de tal Convenção. No entanto, considera-se que as normas desse diploma não são aplicáveis apenas aos Estados subscritores, mas a todos os demais, em virtude de seu caráter consuetudinário e de *jus cogens* já reconhecido pela ONU e pela Corte IDH³¹. O fundamento utilizado pela Corte Suprema de que o Brasil não subscreveu a dita Convenção não tem impedido o Tribunal de utilizar-se amplamente do costume internacional sobre o tema das imunidades de jurisdição dos Estados estrangeiros.

5 Precedentes mundiais de justiça de transição

O fenômeno da transitional justice não se aplica apenas ao término dos regimes ditatoriais latino-americanos. Levando em conta o fim da Segunda Guerra Mundial, da Guerra Fria e o período estacionário, a professora Ruti Teitel³² lista três fases do processo transicional.

A primeira fase, relacionada ao fim da Segunda Guerra Mundial, é a da criminalização de condutas atentatórias ao Direito Internacional Humanitário, da cooperação entre Estados e do início da prestação de contas à sociedade (*accountability*). Nessa fase, houve a criação de dois tribunais de primeira geração: o de Nuremberg e o de Tóquio, os quais definiram, pela primeira vez, *os crimes internacionais próprios*.

Para Teitel, a segunda fase se relaciona à transição pós-guerra fria. Com o fim da União Soviética, houve um movimento mundial de transição de governos autoritários para governos democráticos.

A terceira fase de Teitel é a da consolidação das lições de redemocratização, quando os países se comprometem com a persecução de atos atentatórios à humanidade (ex. crimes de *jus cogens*). Nessa fase, impulsiona-se a utilização dos sistemas internacionais de direitos humanos e a criação do Tribunal Penal Internacional, primeira Corte criminal internacional de caráter permanente.

O Conselho de Segurança da ONU delimitou as ações a serem implementadas para lidar com regimes de exceção, definindo quatro práticas (“dimensões”): a) o direito à me-

31 PAIVA; HEEMANN, 2017, p. 428-429.

32 AIVA; HEEMANN, 2017, p. 430-431.

mória e à verdade; b) o direito à reparação das vítimas (e seus familiares); c) o adequado tratamento jurídico aos crimes cometidos no passado; e d) a reforma das instituições para a democracia.

Cada dimensão é importante e, negligenciar qualquer delas gera o risco de a sociedade virar uma democracia precária, facilmente suplantada por valores antidemocráticos eventualmente mantidos legítimos no âmago das massas.

5.1 Direito à verdade e à memória

Em 2005, a Comissão de Direitos Humanos da ONU aprovou a Resolução nº 66, reconhecendo o direito à verdade. A Corte IDH, por sua vez, afirma reiteradamente em seus julgados o caráter independente do “direito de saber” que assiste às vítimas, em particular a partir do caso dos desaparecimentos forçados³³, e, em seguida, a não aceitabilidade de anistias que obstaculizam investigações das mais graves violações aos direitos humanos³⁴.

A reconstrução minuciosa dos fatos ocorridos durante os regimes antidemocráticos e a desconstrução de mitos disseminados pelo conjunto Estado-Mídia é imprescindível para que uma sociedade efetivamente se torne uma democracia. É importante que o período de exceção seja reconhecido, compreendido e nunca esquecido pela coletividade. Sem o cultivo do conhecimento das agruras desse período pelas gerações, a percepção do passado pode se perder entre mentiras e as gerações seguintes já não terão consciência dos malefícios sociais da opressão.

O fator elementar de uma comissão da verdade, segundo Michael Ignatieff³⁵, é seu potencial de estreitar a margem de mentiras que podem existir sem questionamento em uma sociedade.

Trabalhos institucionais realizados por Comissões da Verdade devem estar sempre aliados a uma educação de qualidade – fornecendo subsídios para as próximas gerações elaborarem raciocínios baseados em fatos históricos e que promovam a evolução do *Zeitgeist* brasileiro –, bem como à construção de monumentos históricos e homenagens às vítimas do regime autocrático.

Exemplo disso é a experiência de sucesso praticada nos países que sofreram com a opressão nazista, na Alemanha, de manter escombros, campos de concentração, pal-

33 CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras, 1988.

34 CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso Barrios Altos vs. Peru, 2001; Almonacid Arellano e outros vs. Chile, 2006; Gomes Lund e outros vs. Brasil, 2010.

35 IGNATIEFF, 1998, p. 173 apud REÁTEGUI, 2011.

cos de sofrimento do povo, como museus, que expõem de forma pedagógica, transparente e clara os fatos históricos ocorridos para que não mais se repitam.

5.1.1 A visibilidade restrita da Comissão da Verdade

Antes de adentrarmos nas críticas acerca do desprestígio midiático do tema de trabalho da comissão da verdade, é importante reconhecer a onipresença da memória. O direito à verdade e à memória retrata uma verdadeira luta contra o esquecimento (*struggle against forgetting*)³⁶. Segundo Félix Reátegui, “somente em um sentido metafórico é possível falar do esquecimento como uma maneira social de situar-se frente ao passado”³⁷. O presente sempre tem raízes na percepção do passado. No entanto, essa percepção pode ser manifesta e explícita, conformada por fatos pretéritos e valorações específicas, ou abstrata, sob a forma de “estruturas herdadas de percepção”³⁸, ou seja, uma coletividade orienta as pessoas a perceber os fatos de um modo específico, distorcendo-os a seu bel-prazer.

As dimensões continentais, a densidade demográfica e a diversidade étnica do Brasil fazem com que a mídia ganhe um enorme papel de propagação da consciência coletiva. No entanto, a mídia nacional é historicamente concentrada e monolítica, fato este que dá a poucos o potencial de homogeneizar o *Zeitgeist* da sociedade brasileira. Na medida em que o canal midiático não dá o devido enfoque a assuntos de extrema relevância social, como os trabalhos da comissão da verdade no Brasil, esse tema efetivamente é renegado pela coletividade, a qual constrói a memória abstratamente. O esquecimento, a partir desta perspectiva, não é outra coisa que uma memória de cujas fontes ou origens não somos inteiramente conscientes, pois foi apresentada, com êxito, como uma versão natural do passado³⁹.

No *Manual para a América Latina*⁴⁰ sobre justiça de transição, o Conselho de Segurança onusiano discorre sobre as experiências de fracasso das comissões da verdade pelo mundo. Nesse sentido, criticou negociações políticas com setores vinculados ao antigo regime, realizadas pelas comissões da verdade da Indonésia, criadas em 2005, as quais concediam a verdade em troca da anistia. Lá, a Corte Constitucional determi-

36 Não é possível invocar o direito ao esquecimento diante de fatos históricos e de interesse público. Os tribunais superiores dão primazia ao direito à verdade e à memória em detrimento do direito ao esquecimento (*right to be let alone*). (PAIVA; HEEMANN, 2017, p. 423).

37 REÁTEGUI, 2011, p. 362.

38 SCHÜTZ, 1944 apud REÁTEGUI, 2011.

39 REÁTEGUI, 2011, p. 363.

40 CUEVA, 2011, p. 350.

nou que a lei violava os direitos das vítimas e, portanto, era inconstitucional. O Conselho de Segurança reprovou a participação direta de facções armadas na comissão da verdade estabelecida na República Democrática do Congo e censurou a ausência de independência da comissão da verdade em Honduras.

Diante do sucesso da experiência e conseqüente expansão das atividades das comissões da verdade sul-africana (CVR) e guatemalteca (CEH), o Conselho de Segurança da ONU atribuiu o sucesso dessas experiências à visibilidade de ambas as comissões, porém particularmente a da CVR sul-africana, e a percepção de êxito no tratamento de um dilema difícil de resolver⁴¹. Reconhece-se, portanto, a importância da visibilidade dos trabalhos de comissões da verdade para o sucesso no propósito de construir a memória e a verdade de um Estado pós-repressão.

No Brasil, a Lei nº 12.528/2011 criou a Comissão Nacional da Verdade com a finalidade de examinar e esclarecer as graves violações de direitos humanos praticados de 1946 à data da promulgação da Constituição de 1988, a fim de efetivar o direito à memória e à verdade histórica e de promover a reconciliação nacional (art. 1º). O relatório final dos trabalhos foi entregue em 10 de dezembro de 2014 e documentou centenas de casos de violações graves de direitos humanos cometidos por agentes da ditadura militar, atestando que tais ações consistiram numa política sistemática de Estado (e não em atos isolados, de indivíduos)⁴², o que enquadra os delitos em crimes contra a humanidade.

O trabalho da Comissão Nacional da Verdade, no entanto, não ecoou no território brasileiro. Apesar da compilação precisa das informações, o principal canal de disseminação fechou seus microfones e câmeras para esse tema. Esse fato, aliado à parca educação da massa (gerada por um Estado gastador com a corrupção e altos salários de uma elite de servidores públicos e políticos) e à insuficiente construção de monumentos históricos, fez com que a memória abstrata e distorcida do passado ganhasse força e holofotes com as manifestações pós-crise de 2008.

5.2 Direito à reparação das vítimas

A reparação das vítimas, no Brasil, é uma dimensão da justiça de transição que vem sendo mais facilmente concretizada tanto pelo Judiciário brasileiro quanto pela Corte Interamericana. No caso Gomes Lund e outros vs. Brasil, a Corte IDH condenou o Brasil a indenizar diversos familiares das vítimas desaparecidas na região do Araguaia. Essa

41 CUEVA, 2011, p. 345.

42 RAMOS, 2017, p. 751.

dimensão se relaciona ao primeiro nível da justiça de transição, pois está intimamente ligada à proteção individual.

O Judiciário brasileiro vem entendendo que a Lei da Anistia não pode ser estendida à esfera civil⁴³, o que possibilita que pessoas que cometeram ilícitos entre 1961 e 1979 sejam demandadas na justiça e reparem seus danos civis.

A reparação às vítimas não ocorre apenas por meio de indenizações, também são formas de reparação a publicação da sentença da Corte IDH na imprensa, bem como o pedido de desculpas do Estado brasileiro, a descoberta do que efetivamente ocorreu no período do regime antidemocrático e a localização dos corpos das vítimas de desaparecimento forçado.

Todas essas formas de reparação são cumulativas. Uma depende da outra e se retroalimentam para uma reparação efetiva e universal das violações praticadas no regime antidemocrático. Sem outras formas de reparação ou sem o comprometimento com as demais dimensões da justiça de transição, em países periféricos ou em crise e com uma frágil “democracia”, justas pensões e indenizações podem se tornar alvo de acirramento entre os grupos e de fortalecimento das ideias pretéritas antidemocráticas⁴⁴.

5.3 A reforma das instituições para a democracia

Países que pretendem sair de regimes opressores não realizam a democratização com a mera inserção de palavras no texto constitucional, como é o caso do Brasil, por meio da Constituição de 1988, que “institui” o “Estado Democrático de Direito”. Para que a democracia seja concretizada efetivamente é necessário o afastamento dos cargos ou das funções públicas daqueles indivíduos que apoiaram ou se envolveram, de alguma forma, com a ditadura. Essa dimensão se relaciona ao segundo nível da justiça de transição cujo enfoque está na redemocratização do Estado-Nação.

Não basta uma democratização formal das Forças Armadas se os violadores de direitos humanos continuam nos quadros de comando e transmitem a toda a instituição as práticas antidemocráticas. Deve-se realizar uma adequada representação das minorias em instituições, tais como a polícia, o exército e o Judiciário, a fim de gerar a confiança nessas instituições por parte das minorias⁴⁵.

43 PAIVA; HEEMANN, 2017, p. 424.

44 ÉBOLI, Evandro. O custo da reparação: indenizações aprovadas na Comissão de Anistia chegam a R\$ 3,4 bilhões. **O Globo**. Rio de Janeiro, 30 mar. 2014. Disponível em: <<https://oglobo.globo.com/brasil/o-custo-da-reparacao-indenizacoes-aprovadas-na-comissao-de-anistia-chegam-r-34-bilhoes-12037526>>. Acesso em: 21 mar. 2018.

45 VAN ZYL, 2011, p. 60.

Tal prática, conhecida como depuração (*vetting*) ou lustração (*lustration*), foi amplamente adotada após a redemocratização nos Estados do ex-bloco soviético, afastando do poder os servidores públicos ex-membros do Partido Comunista do país, principalmente os vinculados aos serviços internos de informação política⁴⁶.

A formatação democrática das instituições é capaz de promover a renovação dos quadros e das práticas estatais e a prevenção de novos atentados ao Estado Democrático, afastando os que apoiaram as iniciativas pretéritas.

Os regimes militares latino-americanos possuem berço nas forças de segurança, as quais, no Brasil, restaram intactas após a suposta redemocratização, perpetuando práticas opressoras, institucional ou clandestinamente, na forma da proliferação de grupos de extermínio que se utilizam das práticas pretéritas, principalmente em comunidades e com indivíduos destituídos de poder político-institucional.

5.3.1 A relação do Estado brasileiro com os trabalhos da Comissão Nacional da Verdade

À época de realização dos trabalhos de investigação pela Comissão Nacional da Verdade e do Relatório da 2ª Câmara de Coordenação e Revisão sobre justiça de transição, muitos dos agentes investigados ainda estavam em cargos oficiais ou tinham acabado de se aposentar, o que demonstra um total controle das informações repassadas e explica a dificuldade de encontrar os corpos e provas da história de extermínio da oposição política brasileira. O desinteresse das instituições policiais na construção da verdade e da memória foi evidente.

Os inquéritos identificados foram instaurados a partir de requisição do próprio MPF, de modo que é possível afirmar que a polícia federal não está comprometida com a investigação das violações a DH perpetradas durante o regime de arbítrio. (MPF, 2ª CCR, 2011/2013, p. 22)

Esses fatos nos fazem questionar: em que sentido podemos nos chamar hoje de democracia? Somos uma democracia porque deixamos isso escrito num papel em 1988?

⁴⁶ WEICHERT, 2015, p. 35 apud RAMOS, 2017, p. 751.

5.3.2 A visibilidade restrita de importantes condenações internacionais do Brasil

Em 1999, portanto, vinte anos após a edição da Lei da Anistia, a Polícia Militar do Paraná pede ao Judiciário a interceptação e o monitoramento das linhas telefônicas de Arlei José Escher e outros integrantes de organizações comunitárias relacionadas ao Movimento dos Sem Terra (MST), que tem como objetivo a promoção da Reforma Agrária. O Judiciário autoriza. O fundamento utilizado para o pedido foi a existência de indícios de que estas organizações comunitárias mantinham relação com o MST para a prática de atividades criminosas. O Ministério Público não foi intimado da autorização.

Alguns fragmentos das conversas interceptadas foram veiculados pela emissora de televisão Globo, reproduzidos em coletiva de imprensa pelo Secretário de Segurança do Paraná e distribuídas cópias do áudio entre jornalistas. Após um ano da monitoração, a juíza remeteu os autos ao MP, o qual se manifestou pela ilegalidade do procedimento, requerendo a nulidade. As vítimas esgotaram os recursos internos e não obtiveram êxito em invalidar o procedimento nem de serem reparados pelos danos sofridos.

O caso foi julgado pela Corte IDH e o Brasil foi condenado por requerer e autorizar interceptações a) que não serviriam de subsídio para investigação criminal; b) que não se embasavam em indícios razoáveis de autoria ou participação dos membros das organizações comunitárias nas infrações penais supostamente investigadas; c) em que não havia clareza quanto aos fatos a serem investigados nem aos meios a serem empregados; d) em que não foi demonstrado que a interceptação era o único meio viável de obtenção de prova; e e) em que a PM não era competente para requerer a interceptação. Condenou ainda o Brasil por violar a *vida privada, honra e reputação* das vítimas.

Ressalte-se que a Corte considerou que o Brasil violou o direito à liberdade de associação reconhecido pelo art. 16 da Convenção Americana, uma vez que as interceptações telefônicas ilegais tinham como propósito embaraçar o funcionamento de associações legítimas relacionadas a movimentos sociais.

Enquanto, de um lado, o Brasil era censurado internacionalmente pelas violações dos direitos humanos, de outro, a juíza responsável pelo processo na jurisdição interna recebeu o título de cidadã honorária do Paraná.

Paiva e Heemann fazem uma relação do caso Escher com o levantamento do sigilo de comunicação interceptada entre o ex-presidente Lula e diversos interlocutores. O STF repreendeu o comportamento do juiz federal do caso, ressaltando que a Lei nº 9.296/1996 veda expressamente a divulgação de qualquer conversação interceptada (art. 8º) e determina a inutilização das gravações que não interessem à investigação criminal (art. 9º).

Nota-se que, no âmbito das forças de segurança, o atrito entre representantes estatais e movimentos sociais, historicamente associados ao comunismo e a inimigos de Estado no ideário da massa, ainda enfrentam certa repressão institucionalizada.

5.4 O adequado tratamento jurídico aos crimes cometidos no passado

Os sistemas internacionais convergem no que tange ao entendimento de que as anistias autoimpostas (“autoanistias” ou “anistias amnésicas”) não podem ser consideradas legítimas. Isso porque a violência de Estado jamais será crime político-libertador anistiável, mas, sim, pressuposto fático da existência desse tipo de crime.

5.4.1 A motivação política nas perspectivas democrática e autoritárias

Iniciaremos a construção de uma definição racional de “crimes políticos”. Primeiramente, é importante diferenciar a motivação política presente em determinados delitos de uma ordem democrática daquela motivação política inerente aos crimes políticos tipificados durante regimes ditatoriais. Essa é a primeira grande diferenciação.

De acordo com o STF, em tempos de pretensa democracia, para a configuração dos crimes de que trata a nova Lei de Segurança Nacional (Lei nº 7.170/1983), não basta mera adequação típica da conduta objetivamente considerada às figuras descritas no art. 8º e seguintes do citado diploma. Extrai-se, da conjugação dos arts. 1º e 2º da Lei nº 7.170/1983 (LSN) um duplo requisito, subjetivo e objetivo: respectivamente, a) motivação e objetivos políticos do agente; e b) lesão real ou potencial à integridade territorial, à soberania nacional, ao regime representativo e democrático, à Federação ou ao Estado de Direito. Para nós, esses são crimes políticos repressores. Explicamos.

Entre os bens jurídicos tutelados pela nova lei está o regime democrático, sendo este também parte essencial do chamado requisito subjetivo da *motivação política* em tempos de democracia. O STF tem entendimento consolidado de que a mera lesão, por exemplo, à pessoa dos chefes dos Poderes da União ou à soberania nacional, sem motivações políticas, não configura o crime para a nova LSN.

Só há crime político⁴⁷ quando presentes os pressupostos do artigo 2º da Lei de Segurança Nacional (Lei nº 7.170/82), ao qual se integram os do artigo 1º: a materialidade da conduta deve lesar real ou potencialmente ou expor a perigo de lesão a soberania nacional, de forma que, ainda que a conduta esteja tipificada no artigo 12 da LSN, é preciso que se lhe agregue a motivação política (RC nº 1.468, Tribunal Pleno, Relator para o acórdão o Ministro Maurício Corrêa, DJ de 16/8/2000).

I. - O Plenário do STF decidiu que, para configuração do crime político⁴⁸, previsto no parágrafo único do art. 12 da Lei 7.170/83, é necessário, além da motivação e os objetivos políticos do agente, que tenha havido lesão real ou potencial aos bens jurídicos indicados no art. 1º da citada Lei 7.170/83. (RC nº 1.470/PR, 2ª Turma, Rel. Min. Carlos Velloso, DJ 19/4/02)

Dos julgados acima, é possível extrair-se que a essência da motivação política em tempos de democracia é um propósito antidemocrático da conduta. Analisando sistematicamente os julgados, conclui-se que só poderão ser enquadradas nos crimes da nova Lei de Segurança Nacional (crimes político-repressores) as condutas que lesam ou expõem a perigo de lesão a integridade territorial e a soberania nacional, o regime representativo e democrático, a Federação e o Estado de Direito ou a pessoa dos chefes dos Poderes da União e que tiverem propósitos efetivamente antidemocráticos. Caso contrário, isto é, se os propósitos forem outros, cotidianos, banais, não se enquadrarão as condutas na nova LSN.

Situação muito diferente é a da motivação política no contexto dos crimes políticos em tempos totalitários, de repressão e de Estado autocrático (chamados, aqui, de crimes político-libertadores), como foram os da Ditadura Militar brasileira.

Note que esta motivação política, essencial aos crimes políticos de ordenamentos autocráticos, reside num elemento subjetivo especial do tipo destas infrações que é o propósito de abertura dos canais democráticos para se debater ideias (concretização da ordem democrática) ou, simplesmente, o propósito de debater ideias (concretização da liberdade de expressão e opinião).

47 Para nós, crime político-repressor.

48 Idem.

5.4.2 Diferenciação entre crime político-repressor (de períodos democráticos ou não anistiável) e crime político-libertador (de períodos de opressão ou anistiável)

Neste tópico, serão analisados os delitos ocorridos apenas em tempos de repressão. Dessa forma, chamaremos de crimes político-libertadores. Antes de mais nada, é necessário esclarecer que não é possível haver a previsão dos crimes políticos-libertadores em uma sociedade integralmente democrática, pois, em sistemas democráticos, o diálogo político está aberto de maneira legal, oficial e pacífica. A população pode debater suas escolhas e direcionamentos, propor mudanças, participar da construção do país sem o uso de violência.

Com a devida licença para a repetição de termos, partindo da premissa de que crimes políticos são aquelas infrações cometidas com motivação política, cabe entender o contexto em que se delinea esta motivação política.

Ora, em tempos de regime de repressão, só se comete um crime político se houver o fim específico de abrir os canais democráticos quando tais canais democráticos estão fechados. O regime autoritário, por essência, obstrui os canais democráticos (o diálogo político) com o uso da violência. A motivação política (inerente aos crimes político-libertadores) só tem lugar quando a única forma de os indivíduos exercerem seus direitos políticos é por meio de canais clandestinos, ilegais. Isso não só distingue a violência do Estado dos crimes políticos (praticados em prol da abertura de canais democráticos) como também diferencia os crimes cotidianos dos políticos.

É importante ressaltar que a violência do Estado não tem, em sua definição, uma motivação político-libertadora. Ao contrário, a violência de Estado é o elemento fático que fecha os canais democráticos e permite o surgimento de condutas clandestinas e ilegais com a finalidade de abri-los ou de expressar opiniões que antes tinham espaço nos diálogos políticos. Esse entendimento está previsto no art. 13 da Convenção Internacional para a Proteção de Todas as Pessoas contra o Desaparecimento Forçado:

1. Para fins de extradição entre Estados Partes, o crime de desaparecimento forçado não será considerado crime político, um delito conexo a um crime político, nem um crime de motivação política. Em consequência, um pedido de extradição fundado em um crime desse tipo não poderá ser recusado por este único motivo. (Decreto nº 8.767/2016)

No período da Ditadura, não se pode confundir um feminicídio, destituído de qualquer motivação política, ou lesões corporais por dívida de jogo, por exemplo, com crime políti-

co-libertador. Crimes contra o patrimônio totalmente destituídos do propósito libertador (de abrir canais democráticos ou exercer o diálogo democrático) também não podem ser anistiados. Tanto a violência de Estado como os crimes cotidianos são considerados pela ordem democrática como espécies de *crimes comuns*, exatamente em virtude da deslegitimação valorativa do ordenamento repressor, sendo terminantemente vedada sua anistia, sob pena de violar o princípio da Justiça e viciar qualquer processo de redemocratização.

É preciso dar ainda mais sofisticação a esse raciocínio a fim de entender que regimes autoritários são construídos sobre diversas bases: Forças de Segurança, Mídia, grandes corporações etc. Por isso, ao desenhar os limites do conceito de crimes político-libertadores (anistiáveis), o Judiciário democrático deve ter profundo conhecimento das circunstâncias históricas do regime de opressão e atentar para a pluralidade de sujeitos passivos e objetos materiais desses delitos (ex. agentes opressores, instituições financeiras, mídia e qualquer pessoa que contribua para a obstrução do diálogo democrático).

É importante destacar que os crimes político-libertadores, em si, entendidos como aqueles anistiáveis após a redemocratização de um Estado, só existem em regimes ou contextos autoritários (de direito ou de fato)⁴⁹, pois, em circunstâncias democráticas, ou as mesmas infrações não seriam crimes ou não haveria necessidade alguma do cometimento dos delitos.

É importante perceber tal fato: os crimes político-libertadores só existem em virtude da violência do Estado. São fatos atípicos ou inculpáveis nas sociedades democráticas. Em um regime autoritário, utiliza-se a própria máquina estatal para tolher a liberdade de expressão e os direitos políticos, sendo natural a ampla tipificação penal do exercício dessa liberdade de expressão e opinião (ex. crimes da antiga Lei de Segurança Nacional).

Essas condutas são inculpáveis porquanto é impossível exigir conduta diversa de indivíduos oprimidos que anseiam reabrir as instituições ao diálogo (ex. demais condutas tipificadas, justificadas por causas excludentes de ilicitude relacionadas ao regime de exceção). Essas últimas condutas, isto é, as que visam à modificação interna das estruturas antidemocráticas, exigem uma maior organização e, geralmente, são cometidas por grupos mais coesos de oposição ao regime autoritário. A concatenação de atos estratégicos em prol da reabertura democrática também deve ser anistiada no período de transição. Isto é, crimes contra o patrimônio como roubos de armamentos, danos ao patrimônio público ou privado, quando obedecerem aos propósitos da democratização e constituírem meios adequados e necessários ao projeto de abertura também são, por essência, crimes político-libertadores (anistiáveis, portanto).

49 É importante perceber que, mesmo em regimes democráticos, pode haver situações de opressão à ordem democrática e, nesses casos, também pode haver "crimes políticos" anistiáveis, portanto.

No Brasil, a Lei da Anistia foi aprovada durante o governo do presidente Figueiredo, ainda sob os auspícios do regime militar, sem a participação popular, apesar de decorrente da pressão social. Foi um pacto precário em que se condicionou a libertação da oposição (por crimes político-libertadores) à isenção da responsabilidade dos criminosos estatais (crimes comuns de violência estatal).

Para a Corte Interamericana, é entendimento, há muito firmado, que a reparação efetiva dos males causados no período ditatorial não resta satisfeita com a mera investigação extrajudicial. Exige que as investigações não sejam constrangidas por anistias ou por outros obstáculos de fato ou de direito. Nesse sentido, ao menos na América Latina, ainda que se aprecie o valor específico de uma comissão da verdade, sua contribuição para a justiça é vista como complementar à atuação penal.

Apesar da improcedência da ADPF 153 e do entendimento da Suprema Corte Brasileira de que a Lei da Anistia poderia isentar de responsabilização os próprios agentes violadores dos direitos humanos e que isso não seria incompatível com os direitos fundamentais, o MPF propôs uma série de ações penais contra agentes militares que supostamente teriam sido autores de crimes contra a humanidade na época dos anos de chumbo. São exemplos os casos do atentado no Riocentro⁵⁰, a ação penal proposta contra o coronel Carlos Alberto Brilhante Ustra e a denúncia contra o coronel Sebastião Curió⁵¹.

A ação penal contra os acusados do atentado Riocentro foi aceita em primeira instância, mas trancada, *via habeas corpus*, em segundo grau. Da mesma forma, não teve prosseguimento o caso Sebastião Curió. Por derradeiro, o STF suspendeu a Ação Penal movida contra o coronel Ustra, que faleceu em 2015⁵².

Interessante notar, por fim, que, ao considerar que a violência de Estado é anistiável, o STF a equipara a crimes político-libertadores, expõe uma perspectiva autoritária ainda viva nas instituições brasileiras, a qual não diferencia as violações contra os direitos humanos das lutas em prol dos direitos humanos. Eventual mudança de entendimento deverá também reabrir o prazo prescricional dos crimes de violência perpetrados pelo Estado brasileiro, tendo-se em vista que a persecução penal, até hoje, foi impedida exa-

50 O atentado frustrado, idealizado por setores do Exército Brasileiro insatisfeitos com a abertura democrática, provocou a morte do sargento Guilherme Rosário. As bombas, levadas ao complexo num carro esportivo civil, seriam plantadas no pavilhão de um show em comemoração ao Dia do Trabalho, em 1981, pelo sargento e pelo capitão Wilson Dias Machado. Com o evento já em andamento, uma das bombas explodiu prematuramente dentro do carro onde estavam os dois militares, no estacionamento do Riocentro, matando o sargento e ferindo gravemente o capitão Machado. Uma segunda explosão ocorreu a alguns quilômetros de distância, na miniestação elétrica responsável pelo fornecimento de energia do Riocentro. A bomba foi jogada por cima do muro da miniestação, mas explodiu em seu pátio e a eletricidade do pavilhão não chegou a ser interrompida. O Serviço Nacional de Informações (SNI) culpou as organizações de esquerda – na época já extintas – pelo ataque. Essa hipótese já não tinha sustentação na época e anos mais tarde se comprovou, inclusive por confissão (TRF 1ª Região, HC 0005684-20.2014.4.02.000).

51 Acusado do sequestro de militantes de esquerda do movimento "Guerrilha do Araguaia" (TRF 1ª Região, Embargos de Declaração em HC 0038460-71.2012.4.01.000/MT).

52 FERRAZ, 2015.

tamente em virtude da instabilidade do valor democrático no seio das instituições (inclusive do Poder Judiciário) inerente ao processo de redemocratização das instituições.

5.4.3 O controle de convencionalidade e suas espécies

De acordo com André de Carvalho Ramos⁵³, o controle de convencionalidade trata-se da “análise dos atos internos em face das normas internacionais”. Pode ter efeito negativo (destrutivo ou saneador) – invalidando normas e decisões nacionais contrárias às normas internacionais – ou positivo (construtivo) – impondo-se uma adequada interpretação das normas nacionais em conformidade com as normas internacionais. Esse controle pode ser compulsório, quando o Estado é condenado como réu em processos internacionais, conforme decidiu a Corte IDH no caso *Gelman vs. Uruguai*. A coisa julgada formada na Corte IDH, todos os órgãos do Estado condenado, incluídos os juízes e órgãos vinculados à administração de justiça, também estão submetidos ao tratado e à sentença desse Tribunal, o qual os obriga a zelar para que seus efeitos não se vejam amesquinados pela aplicação de normas contrárias a seu objeto e finalidade ou por decisões judiciais ou administrativas⁵⁴.

5.4.4 O duplo controle dos direitos humanos e a vinculação do Brasil à decisão da Corte IDH

A compatibilidade e eficácia de ambas as decisões e a concomitante proteção dos direitos humanos em solo brasileiro restaram esclarecidas pela Teoria do Duplo Controle elaborada por André de Carvalho Ramos, segundo o qual os parâmetros de confronto e os objetos do controle de convencionalidade são distintos do controle de constitucionalidade. Ademais, é completamente possível haver controle de convencionalidade nacional, como ocorreu no caso da inconveniência da prisão civil por dívida em relação ao depositário infiel.

A autorização constitucional para a prisão civil do depositário infiel não foi revogada, deixando, contudo, de ser aplicável, pois os tratados de direitos humanos teriam, em virtude de sua hierarquia supralegal, um efeito paralisante sobre toda a legislação infraconstitucional que disponha ou venha a

53 RAMOS, 2017, p. 488-497.

54 Caso *Gelman*, supervisão de cumprimento de sentença, 20 de março de 2013, parágrafo 68.

dispor em sentido oposto, deixando de existir base legal para a prisão nesses casos. (SARLET, 2015)

Ramos entende que não há conflito insolúvel entre as decisões do STF e da Corte IDH, já que a ambos cabe a proteção dos direitos humanos. Reconhece a atuação em separado do controle de constitucionalidade e do controle de convencionalidade internacional. No Brasil, os direitos humanos possuiriam uma dupla garantia. Cada Tribunal age em esferas distintas e com fundamentos diversos. Todo ato interno deve obediência aos dois crivos.

6 A mídia e o medo

A democratização da mídia está no que se conhece por terceiro nível da justiça de transição, o qual se materializa por meio dos atores corporativos da sociedade (partidos políticos, empresas econômicas, associações profissionais e sindicatos)⁵⁵. Essas pessoas jurídicas dialogam com a sociedade e ajudam as vítimas do período antidemocrático a obter as reparações devidas.

Atualmente, no Brasil, há uma alta concentração da propriedade dos tradicionais meios de comunicação de massa, em especial a televisão pública, o que reduz a diversidade – importante em termos de cultura popular, essencial em termos de notícias⁵⁶. O poder da televisão se torna ainda mais evidente num país continental cuja população é privada de uma educação de qualidade.

Apesar de a recente diversificação dos meios tecnológicos de comunicação possuir potencial democratizador, o fenômeno da convergência⁵⁷ indica que apenas uma educação midiática de qualidade poderá romper a univocidade da mídia tradicional. Nesse contexto, a diversidade de meios apenas serve de catalizador do poder opinativo de poucos.

Em economias periféricas, como a brasileira, o pensamento crítico torna-se desestimulado. James P. Gee⁵⁸ sugere que, no novo capitalismo, não importa muito aquilo que os indivíduos sabem isoladamente, mas o que eles sabem fazer colaborativamente, com outros indivíduos, para efetivamente acrescentar “valor” à empresa. Um problema deste tipo de educação é que ela se baseia numa noção cognitiva de trabalhadores do co-

55 PAIVA; HEEMANN, 2017, p. 432.

56 JENKINS, 2006, p. 341.

57 JENKINS, 2006.

58 GEE, 2000 apud KELLNER, 2001, p. 697.

nhecimento, que têm a habilidade do “pensamento superior”, mas não possuem a habilidade de pensar criticamente. Gee descreve “pensar criticamente” como a habilidade de “entender e criticar sistemas de poder e injustiça”. Os canais televisivos assumem, assim, uma importância significativa como canais de fácil transmissão de informações, bem como a rede mundial de computadores.

A atual popularização de mídias independentes por meio da internet, por um lado, trouxe benefícios relacionados à ampliação do espaço de voz da população, por outro, criou, para os países em processos de transição, um espaço propício para a propagação de factoides destituídos de veracidade relacionados ao passado antidemocrático, em virtude da facilidade de se tornar uma fonte de comunicação social. Isso exige um maior esforço na divulgação ampla das atividades e conclusões de comissões da verdade pelas grandes mídias, o que nunca ocorreu.

As tradicionais mídias brasileiras, pelo contrário, possuem, em geral, programações voltadas à produção da cultura do medo. Sobre esse tema, há diversos trabalhos na área de comunicação social e sociologia que analisam a percepção do medo pelas pessoas e as consequências sociais desse fenômeno. De acordo com Almendra e Moraes, “podemos ter motivos para ter preocupações com determinadas práticas (como o crime) e calamidades, mas [...] “a questão é: como nos atrapalhamos tanto sobre a verdadeira natureza e extensão dos problemas que nos afligem”.⁵⁹

O medo humano, quando estimulado de maneira não natural (incluindo aquela fomentada pela mídia), gera consequências sociais. A manipulação de nossos medos é um forte elemento de controle social permeado não apenas por interesses econômicos, gente e grupos econômicos que vendem soluções, sistemas de segurança ou armas, mas também fonte de uma demanda por ações violentas das forças de segurança.

Apesar da relevância do papel das grandes mídias, propagando – quando não inventando – medos, elas não seriam as únicas responsáveis pelo processo, já que, por vezes, refletem uma percepção social mais ampla, das situações de crime experimentadas ou testemunhadas, pelas histórias contadas por familiares, amigos e vizinhos. Há um processo retroalimentado. Nesse sentido, as mídias independentes se unem aos indivíduos e aos canais mais poderosos na univocidade da cultura do medo, inflamando de maneira amplificadas demandas de vingança contra o crime, o que, num país recém-saído de um regime militar, pode gerar uma perigosa debandada das reivindicações populares às forças de segurança.

A utilização da violência cotidiana realiza um papel significativo ao alimentar o medo da população, a qual acaba por reivindicar punições espetaculares, mesmo que fora dos limites da legalidade. Esse processo não necessariamente é planejado. No entanto, o

59 ALMENDRA; MORAES, 2012, p. 268.

poderio econômico midiático concentrado gera ausência total de contrapontos, o que naturalmente amplifica os efeitos sociais dilaceradores. Em trabalho sobre a mídia e a violência no estado do Paraná, Dinaldo Almendra e Pedro Rodolfo B. de Moraes, utilizam-se das reflexões de Goffman para concluir:

Essas práticas discursivas [...] promovem uma pedagogia político-moral no espaço público, conferindo sustentação às práticas de segurança pública paranaense [...]. Assim, essa pedagogia política é expressão de um conjunto de iniciativas de apoderamento do modo de construção pública do problema crime-violência. Trata-se da distribuição institucional de práticas do discurso informativo e de práticas policiais que convergem e instauram uma interface civil-policial como instância simbólica de controle da mediação democrática entre as elites (e, a reboque delas, as classes médias) e os pobres urbanos favelados, alvos concretos dessa pedagogia estigmatizante, método para “explicar a sua inferioridade e dar conta do perigo que ela representa, racionalizando algumas vezes uma animosidade baseada em outras diferenças, tais como classe social”. (GOFFMAN, 1980 apud ALMENDRA; MORAES, 2012, p. 9)

É importante esclarecer, nesse ponto, que a exposição informativa dos casos de violência (como também os de corrupção⁶⁰) pode contribuir para que a população possa formar seus posicionamentos políticos. As distorções culturais surgem da exploração midiática repetitiva de caráter propagandista. Isto é, por um lado, o medo gerado pela exploração midiática da violência urbana faz com que a massa se frustre com o processo civilizatório do país, por outro, a indignação causada pela exploração da corrupção faz com que a massa se afaste de vez do diálogo político, depositando suas esperanças para o futuro em sistemas repressores e violentos.

7 A Crise Econômica Mundial de 2008 e a Crise Política

A Crise Econômica Mundial de 2008 atingiu a vida de praticamente toda a população brasileira, a qual já acumulava uma grande defasagem no nível educacional, além de diversos outros elementos que reconhecidamente contribuem para um menor índice de desenvolvimento humano de uma sociedade. Os desconfortos causados pela miséria,

60 PAIVA, 2017.

pela fome e pela violência são fatores potencializadores de um espaço social propício à repressão. Frequentemente, tenta-se instrumentalizar as liberdades políticas em prol de um pretenso crescimento econômico. Isto é, busca-se o crescimento em detrimento das liberdades políticas, numa apologia ao autoritarismo, como explica Amartya Sen:

Alguns chegaram a defender sistemas políticos mais autoritários – com negação de direitos civis e políticos básicos – alegando a vantagem desses sistemas na promoção do desenvolvimento econômico. Essa tese (frequentemente denominada “tese de Lee”, atribuída em algumas formas ao ex-primeiro-ministro de Cingapura, Lee Yuan Yew) às vezes é defendida por meio de algumas evidências empíricas bem rudimentares. Na verdade, comparações mais abrangentes entre países não forneceram nenhuma confirmação dessa tese, e há poucos indícios de que a política autoritária realmente auxilie o crescimento econômico. (SEN, 2010, p. 30)

Política e economia são indissociáveis, explica Sen⁶¹. A relação entre elas não é apenas instrumental mas também construtiva. A definição das necessidades econômicas de uma comunidade depende de discussões e debates públicos abertos. Além disso, a liberdade política é importante por si mesma, sem necessidade de se justificá-la com base em seus efeitos sobre a economia.

Após a “redemocratização” formal do país, em virtude do efeito simbólico de legislação-álibi da Lei da Anistia, os partidos democráticos se despreocuparam com a questão da deslegitimação de ideias repressoras e se organizaram em torno de ideias essencialmente políticas, unindo-se e dividindo-se por critérios econômicos e culturais. Os partidos que antes almejavam a democratização esboçam, agora, o diálogo político. De um lado, uma direita liberal, do ponto de vista econômico, e conservadora, do ponto de vista sociocultural, do outro, uma esquerda estatista, por um prisma econômico, e liberal, numa perspectiva sociocultural, além dos partidos do centro, os quais, por vezes, praticavam apenas o “chaguismo”.

No entanto, uma crise econômica de proporções históricas como a de 2008, independentemente das soluções propostas por qualquer estilo de política econômica, não terminaria em curto espaço de tempo. As lutas ideológicas típicas de uma democracia desgastaram os partidos. Mesmo no plano da ciência econômica, não há conclusões certas para períodos de crise econômica. Academicamente, este ainda é tema bastante polêmico⁶².

61 SEN, 2010, p. 196.

62 KRUGMAN, 2009, p. 183.

As massas não haviam sido educadas para participarem das discussões, a sociedade brasileira ainda não havia se democratizado efetivamente. A coletividade concluiu, assim, que os políticos e economistas não sabiam o que faziam, restando desacreditados⁶³. No Brasil, como no resto do mundo, como pontua Arendt, as massas (neutras e violentas) deram sustentação a regimes totalitários. Regimes de repressão, ao contrário do que se pense, não são movidos por ideias políticas. Pelo contrário, aniquilam o diálogo político. O cerne do totalitarismo está na violência, apesar de, para se manterem no poder e guiarem um estado, terminarem por se aliar a representantes da ralé política, conceito também desenvolvido por Arendt.

A queda das paredes protetoras das classes transformou as maiorias adormecidas, que existiam por trás de todos os partidos, numa grande massa desorganizada e desestruturada de indivíduos furiosos que nada tinham em comum exceto a vaga noção de que as esperanças partidárias eram vãs; que, conseqüentemente, os mais respeitados, eloquentes e representativos membros da comunidade eram uns néscios e que as autoridades constituídas eram não apenas perniciosas mas também obtusas e desonestas. Para o nascimento dessa solidariedade, pouco importava que o trabalhador desempregado odiasse o *status quo* e as autoridades sob a forma do Partido Social-Democrata; que o pequeno proprietário desapossado o fizesse sob a forma de um partido centrista ou de direita; e que os antigos membros das classes média e superior se manifestassem sob a forma de extrema direita tradicional. Essa massa de homens insatisfeitos e desesperados aumentou rapidamente na Alemanha e na Áustria após a Primeira Guerra Mundial, quando a inflação e o desemprego agravaram as conseqüências desastrosas da derrota militar, despontou em todos os Estados sucessórios e apoiou os movimentos extremistas da França e da Itália desde a Segunda Guerra Mundial. (ARENDR, 1949, p. 516)

Para Arendt, na formação de regimes totalitários, em geral, as massas, desorganizadas politicamente, são lideradas por representantes da ralé, categoria formada por dissidentes dos partidos políticos, frustrados com o diálogo democrático e munidos de ideias radicais e violentas. "A atração que o mal e o crime exerce sobre a mentalidade da ralé não é novidade"⁶⁴. Esta violência será abordada, portanto, no próximo tópico.

63 KRUGMAN, 2009, p. 191.

64 ARENDT, 1949, p. 506.

8 A violência institucionalizada, grupos de extermínio e regimes de opressão

Já explicamos aqui a importância da reforma das instituições num período de transição. Neste tópico, apresentaremos as consequências atuais que se concretizaram e solidificaram na sociedade brasileira em virtude da ausência de uma política de renovação e da omissão da investigação e punição dos agentes estatais repressores, qual seja, a violência de estado como prática inerente às forças de segurança, manifestadas institucional ou clandestinamente, por meio de grupos de extermínio.

Meneghetti realiza um interessante estudo sobre as origens dos grupos de extermínio do Rio de Janeiro, São Paulo, Alagoas e Espírito Santo com as práticas e com os agentes da polícia política do Regime Militar. Além disso, atenta para o fato de que a violência urbana e o medo são um grande estímulo para a proliferação dessas condutas, as quais, muitas vezes, são inflamadas pela massa:

Esses esquadrões surgiram como anomalias sociais e se reproduziram endemicamente⁶⁵, com o objetivo de vingar a morte de policiais eliminados por bandidos, e tornaram-se conhecidos em todo o estado, obtendo, inclusive, apoio popular nas práticas de eliminação daqueles considerados de alta periculosidade, de tal forma que todos os crimes de execução sumária lhes eram atribuídos. (MENEGETTI, 2011, p. 5)

Forma-se uma consciência de extermínio de bandidos, explicando esse autor que ela se tornou onipresente, “nos bandidos que matavam policiais, nos policiais que vingavam seus camaradas mortos e na população, que via nas execuções praticadas pelo esquadrão o meio mais eficiente de eliminar bandidos perigosos e diminuir a criminalidade”. Além da população, parcela de representantes políticos também foi conivente com a formação destes esquadrões da morte, intimidando denúncias contra suas ações.

Os grupos de extermínio se tornaram, portanto, uma quimera, alimentada pela população para sua salvação, mas que, de fato, é a grande causa do caos institucional, da violência desmedida e do processo de retrocesso civilizatório e democrático da sociedade brasileira.

65 BARBOSA, 1971, p. 155 apud MENEGETTI, 2011, p. 5.

9 Conclusões

Percebe-se, diante das reflexões sociológicas, políticas e jurídicas sobre as quais se baseia este esboço, que a transição do país foi fruto de um pacto formal incapaz de democratizar substancialmente o Estado brasileiro. Isto é, há no interior das instituições brasileiras características e práticas ainda decorrentes do passado ditatorial. A Lei da Anistia e a decisão da Suprema Corte na ADPF 153 contribuíram para que os valores repressores se mantivessem nos Poderes ditos democráticos de forma latente no aspecto político, mas bastante atuante no âmbito ideológico e social.

A condenação do Brasil no caso Gomes Lund e outros vs. Brasil pela Corte IDH trouxe a lume algumas falácias de conciliação propagadas no período de transição. No entanto, esta “opção” por esconder, esquecer, enterrar o passado jamais seria concretizada. Ao contrário, permitiu que os discursos ditatoriais permanecessem vivos em todos os setores da sociedade brasileira, principalmente, nas forças de segurança, as quais, inflamadas pela população com um medo amplificado pela grande mídia, sem diversidade de opiniões, perpetua as práticas de violações dos direitos humanos do regime militar.

Partindo de uma perspectiva otimista, tentamos, com este estudo, fazer uma análise jurídico-social do país com o intuito de nos tornarmos aptos a propor saídas ao problema da interrupção da transição brasileira. Tais propostas devem levar em conta o contexto econômico brasileiro, consequência da crise econômica de 2008, com recursos estatais ainda mais escassos e dificuldades evidentes de manter um equilíbrio orçamentário.

Toda mudança estrutural que se proponha deve partir da disponibilização de recursos orçamentários. E, em meio à conjuntura econômica, para tanto, é imperativo que todos os Poderes promovam um esforço conjunto e participativo para a diminuição dos salários mais altos de suas estruturas, tendo em vista a deformação social gerada pela diferença social institucionalizada, acirrada após a crise econômica.

Em seguida, o Poder Executivo deve realizar o total restabelecimento da moralidade nos estabelecimentos penitenciários. Isso é prioritário, pois permitirá que o Legislativo e o Judiciário promovam o terceiro passo, que é o de imprimir maior rigidez e moralidade às penas de crimes violentos.

Concomitantemente, é preciso reestruturar as forças de segurança, renovando seus quadros e assegurando concursos públicos em que se considere o conhecimento profundo da realidade social e histórica do país e das noções universais e regionais de direitos humanos. Além disso, uma melhoria na qualidade das funções de segurança exige um aumento salarial dos agentes de segurança e uma modernização da estrutura das polícias que possibilite o desenvolvimento amplo do trabalho investigativo e de inteligência como seu principal foco de atuação. São imprescindíveis treinamentos sérios para que os agentes possam lidar com situações difíceis e contribuir para a pacificação dos

ânimos da população e dos criminosos, vedando-se a prática de tiroteios em comunidades e dando-se ênfase à atuação preventiva. Intercâmbios profissionais de agentes promovidos pelas instituições a países com polícias reconhecidamente mais treinadas (como Islândia, Dinamarca, Portugal, Eslovênia, República Tcheca etc.) devem ser implementados com o esforço do Ministério das Relações Exteriores⁶⁶.

As forças de segurança devem estar aptas a atuar lado a lado com a comunidade, sendo responsáveis, inclusive, pela assiduidade dos jovens nas escolas e pela garantia do desenvolvimento saudável de crianças e adolescentes. Tais práticas já são implementadas entre os países da União Europeia, com sucesso, e demandam a disponibilização de recursos orçamentários.

Além disso, no âmbito educacional, também é relevante que seja dada real importância à educação básica e fundamental, aumentando o salário de professores e imprimindo maior rigidez nos concursos públicos, capazes de selecionar candidatos com conhecimento da realidade do país, de direitos humanos e democracia, a fim de que as próximas gerações tenham condições de construir a memória baseada em fatos e desconstruir mentiras.

É importante também que se estimule a abertura de museus que cultivem os fatos ocorridos durante a Ditadura Militar em pontos centrais das capitais e cidades do país, assim como se fez na Alemanha moderna.

Ademais, faz-se necessária a democratização da mídia, de forma a assegurar o espaço para a pluralidade de opiniões e valores democráticos, mitigando os efeitos de programações voltadas para a violência cotidiana. É preciso que se estimulem as possibilidades de mudanças sociais mediante diálogos democráticos.

Da análise das obras referenciadas a seguir, conclui-se que o contexto atual do Brasil pós-redemocratização e pós-crise econômica de 2008 pode se tornar propício à reinstauração de um regime repressor. Os assassinatos e atentados cada vez mais frequentes de membros políticos que representam democraticamente parte da população e o aval dado a tais atos de violência por grande parte da população brasileira são sinais da existência de um potencial repressor latente das massas. A força dessas massas é amplificada pela atuação dos grupos de extermínio em seu nome.

Urge que se tomem providências civilizatórias pelas instituições democráticas para que a crescente onda de repressão não se alastre.

66 "Os modos como as pessoas se comportam depende frequentemente de como elas veem – e percebem o comportamento dos outros. Assim, muito depende da interpretação dada às normas de comportamento prevalentes. Um senso de 'justiça relativa' confrontado a um grupo de comparação (em particular, outros em situação semelhante) pode ser uma influência importante sobre o comportamento. Com efeito, o argumento de que 'os outros também fazem' foi uma das 'razões' mais comumente citadas para o comportamento corrupto encontrado no inquérito parlamentar italiano que investigou as relações entre a corrupção e a Máfia em 1993". (SEN, 2010, p. 353)

Referências

ALMENDRA, Dinaldo; MORAES, Pedro Rodolfo Bodê de. O medo, a mídia e a violência urbana. A pedagogia política da segurança pública no Paraná. **Revista Brasileira de Segurança Pública**, São Paulo, v. 6, n. 2, 266-281, ago./set. 2012.

ARENDRT, Hannah. **Origens do totalitarismo**. São Paulo: Companhia de Bolso, 1949.

ARNOLD, Thurman W. El derecho como simbolismo. In: AUBERT, V. (Org.). **Sociologia del derecho**. Tradução de J. V. Roberts. Caracas: Tiempo Nuevo, 1971.

ARQUIVO COMISSÃO NACIONAL DA VERDADE – CNV. Documentos citados no capítulo 10. Tomada de testemunho. NUP: 00092.002411/2014-61: **Testemunho de José Carlos Zanetti à CNV, em 30 de setembro de 2014**. (Linhas 521-538). Disponível em: <http://cnv.memoriasreveladas.gov.br/images/documentos/Capitulo10/Nota%206%20%200092.002411_2014-61%20%20Jose%20Carlos%20Zanetti.pdf>. Acesso em: 24 mar. 2018.

BAUMAN, Zygmunt. **Medo líquido**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2008.

BARBOSA, Adriano. **Esquadrão da Morte, um Mal Necessário?** São Paulo: Mandarin, 1971.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 7. ed., rev. atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 1997.

BORGES, Danielle dos Santos. A produção cinematográfica brasileira (1995-2014) e o atual modelo de políticas públicas para o cinema nacional. **Revista Eptic**, v. 17, n. 3, set.-dez. 2015. Disponível em: < <https://seer.ufs.br/index.php/eptic/article/viewFile/4309/pdf> >. Acesso em: 25 mar. 2018.

BRYDE, Brun-Otto. Recht und Verwaltung nach der Unabhängigkeit – Entwicklungstendenzen. In: HANS F., Illy; BRYDE, Brun-Otto (Org.). **Staat, Verwaltung und Recht in Afrika 1960-1985**. Berlin: Duncker & Humbolt, 1987.

CHEDIEK, Jorge. Apresentação. In: ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS – ONU; BRASIL. **Justiça de transição**. Manual para a América Latina. Brasília: Ministério da Justiça; Nova Iorque: Centro Internacional para a justiça de transição, 2011. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/verdade/resistencia/a_pdf/manual_justica_transicao_america_latina.pdf>. Acesso em: 24 mar. 2018. p.15-16.

CUEVA, Eduardo González. Até onde vão as comissões da Verdade. In: ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS – ONU; BRASIL. **Justiça de transição**. Manual para a América Latina. Brasília: Ministério da Justiça; Nova Iorque: Centro Internacional para a justiça de transição, 2011. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/verdade/resistencia/a_pdf/manual_justica_transicao_america_latina.pdf>. Acesso em: 24 mar. 2018. p. 339-355.

DEO, Anderson. Uma transição à long terme: a institucionalização da autocracia burguesa no Brasil. In: PINHEIRO, Milton (Org.). **Ditadura: o que resta da transição**. São Paulo: Boitempo, 2014, p. 303-329.

DINIZ, Antonio Carlos de Almeida. Direito, Estado e Contrato Social no pensamento de Hobbes e Locke: uma abordagem comparativa. **Revista de Informação Legislativa**, v. 38, n. 152. Brasília: out./dez. 2001.

ÉBOLI, Evandro. O custo da reparação: indenizações aprovadas na Comissão de Anistia chegam a R\$ 3,4 bilhões. **O Globo**. Rio de Janeiro, 30 mar. 2014. Disponível em: <<https://oglobo.globo.com/brasil/o-custo-da-reparacao-indenizacoes-aprovadas-na-comissao-de-anistia-chegam-r-34-bilhoes-12037526>>. Acesso em: 21 mar. 2018.

FERRAZ, Lucas. Morte de Coronel Ustra confirmou sua convicção de que nunca seria punido. **Folha de São Paulo**, São Paulo, Seção Poder, Crimes da Ditadura, 15 out. 2015. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/poder/2015/10/1694254-morre-coronel-ustra-ex-chefe-do-doi-codi-durante-a-ditadura.shtml>>. Acesso em: 21 mar. 2018.

FRANK, Hans. **Nationalsozialistische Leitsätze für ein neues deutsches Strafrecht**. Berlin, 1935-1936.

_____. **Grundfragen der deutschen Polizei** (Akademie für deutsches Recht). Hamburgo, 1937.

_____. **Recht und Verwaltung**, 1939.

GEE, James Paul. New people in new worlds: networks, the new capitalism and schools. In: COPE, B.; KALANTZIS, M. **Multiliteracies**: literacy, learning and the design of social futures. Melbourne: Macmillan, 2000.

GOFFMAN, E. **Estigma**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editores, 1980.

GUILHERME, Cássio Augusto Samogin Almeida. 1964: golpe ou revolução? A disputa pela memória nas páginas do jornal O Estado de S. Paulo. **Cadernos de História**, Belo Horizonte, v. 18, n. 29, p. 564-590, nov. 2017. ISSN 2237-8871. Disponível em: <<http://periodicos.pucminas.br/index.php/cadernoshistoria/article/view/P.2237-8871.2017v18n29p564>>. Acesso em: 11 maio 2018.

HAYES, Carlton J. H. **Essays on nationalism**. Nova Iorque, 1926.

IBICCRIM. Caso de Manoel Mattos é federalizado. **Notícias IBICCRIM**, 1º nov. 2010. Disponível em: <<https://www.ibiccrim.org.br/noticia/13697-Caso-de-Manoel-Mattos-e-federalizado>>. Acesso em: 27 mar. 2018.

IGNATIEFF, Michael. **The Warrior's Honor**. Ethnic War and the Modern Conscience. Nova Iorque: Henry Holt, 1998.

JENKINS, Henry. **Cultura da Convergência**. São Paulo: Aleph, 2008.

KELLNER, Douglas; SHARE, Jeff. Educação para a leitura crítica da mídia, democracia radical e a reconstrução da educação. **Educ. Soc.**, Campinas, v. 29, n. 104, Especial, p. 687-715, out. 2008. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/es/v29n104/a0429104.pdf>>. Acesso em: 11 maio 2018.

KINDERMANN, Harald. Symbolische Gesetzgebung. In: GRIMM, D.; MAIHOFER, W. (Org.). **Gesetzgebungstheorie und Rechtspolitik** (Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie 13). Opladen: West-deutscher Verlag, 1988.

_____. Alibigesetzgebung als symbolische Gesetzgebung. In: VOIGT, R. (Org.). **Symbole der Politik, Politik der Symbole**. Opladen: Leske + Budrich, 1989.

KRUGMAN, Paul. **The return of depression economics and the crisis of 2008**. Nova Iorque: W. W. Norton & Co., 2009.

LOCKE, John. **Os Pensadores**. Segundo tratado sobre o governo civil e outros escritos. São Paulo: Ed. Abril, 1973.

MENEGHETTI, Francis Kanashiro. **Origem e Fundamentos dos Esquadrões da Morte no Brasil**. 2011. p. 1–17.

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL – MPF. 2ª Câmara de Coordenação e Revisão. **Grupo de Trabalho justiça de transição**: atividades de persecução penal desenvolvidas pelo Ministério Público Federal. 2011-2013 (Série Relatórios de Atuação).

NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. São Paulo: Ed. Acadêmica, 1994.

O GLOBO. **O custo da reparação**: indenizações aprovadas na Comissão de Anistia chegam a R\$ 3,4 bilhões. Disponível em: <<https://oglobo.globo.com/brasil/o-custo-da-reparacao-indenizacoes-aprovadas-na-comissao-de-anistia-chegam-r-34-bilhoes-12037526>>. Acesso em: 21 mar. 2018.

PACELLI, Eugênio; CALLEGARI, André. **Manual de Direito Penal**. Parte Geral. 3. ed., rev., atual., ampl. São Paulo: Ed. Atlas, 2017.

PAIVA, André Luiz de; GARCIA, André Spuri; ALCÂNTARA, Valderi de Castro. Disputas discursivas sobre corrupção no Brasil: uma análise discursivo-crítica no twitter. **Revista de Administração Contemporânea – RAC**, Rio de Janeiro, v. 21, n. 5, art. 2, p. 627-647, set./out., 2017.

PAIVA, Caio; HEEMANN, Thimotie Aragon. **Jurisprudência internacional de direitos humanos**. 2. ed. Belo Horizonte: Editora CEI, 2017.

PEREIRA, Pamela. Os caminhos da judicialização: uma observação sobre o caso chileno. In: ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS – ONU; BRASIL. **Justiça de transição**. Manual para a América Latina. Brasília: Ministério da Justiça; Nova Iorque: Centro Internacional para a justiça de transição, 2011. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/verdade/resistencia/a_pdf/manual_justica_transicao_america_latina.pdf>. Acesso em: 24 mar. 2018. p. 291.

PRESTES, Anita Leocádia. Luiz Carlos Prestes e a luta pela democratização da vida nacional após a anistia de 1979. In: PINHEIRO, Milton (Org.). **Ditadura**, o que resta da transição. São Paulo: Boitempo, 2014, p. 119-150.

RAMOS, André de Carvalho. **Processo internacional de direitos humanos**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

RAMOS, André de Carvalho. **Curso de direitos humanos**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

REÁTEGUI, Félix. As vítimas recordam. Notas sobre a prática social da memória. In: ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS – ONU; BRASIL. **Justiça de transição**. Manual para a América Latina. Brasília: Ministério da Justiça; Nova Iorque: Centro Internacional para a justiça de transição, 2011. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/verdade/resistencia/a_pdf/manual_justica_transicao_america_latina.pdf>. Acesso em: 24 mar. 2018. p. 357-355.

SARLET, Ingo Wolfgang. Prisão civil do depositário infiel e o “controle de convencionalidade”. **Conjur**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2015-abr-24/direitos-fundamentais-prisao-civil-depositario-infiel-controle-convencionalidade>>. Acesso em: 29 mar. 2018.

SCHÜTZ, Alfred. **Conceptos fundamentales de la fenomenología**. 1944.

SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. São Paulo: Companhia das Letras, 2010.

SOUZA, Washington Peluso Albino de. **Teoria da constituição econômica**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

STF IMPRENSA. OAB contesta lei da anistia para crimes cometidos em nome do Estado. **Notícias STF de 21 out. 2008**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=98024>>. Acesso em: 23 mar. 2018.

TEITEL, Ruti. Transitional justice genealogy. Symposium Human Rights in Transition. 16 **Harvard Human Rights Journal**, 2004.

TOLBERT, David. Apresentação. In: ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS – ONU; BRASIL. **Justiça de transição**. Manual para a América Latina. Brasília: Ministério da Justiça; Nova Iorque: Centro Internacional para a justiça de transição, 2011. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/verdade/resistencia/a_pdf/manual_justica_transicao_america_latina.pdf>. Acesso em: 24 mar. 2018. p. 19-20.

VAN ZYL, Paul. Promovendo a justiça transicional em sociedades pós-conflito. In: ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS – ONU; BRASIL. **Justiça de transição**. Manual para a América Latina. Brasília: Ministério da Justiça; Nova Iorque: Centro Internacional para a justiça de transição, 2011. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/verdade/resistencia/a_pdf/manual_justica_transicao_america_latina.pdf>. Acesso em: 24 mar. 2018. p. 47-71.

WEICHERT, Marlon Alberto. **Justiça transicional**. São Paulo: Estúdio Editores, 2015.

5 O 6º PRINCÍPIO DE CHICAGO
NA DITADURA MILITAR
BRASILEIRA: O CASO DAS
VIOLAÇÕES DOS DIREITOS DOS
POVOS INDÍGENAS

Nathália Santos Veras¹

Resumo: A questão da justiça de transição ainda é tema pouco sistematizado e que carece de estudos. Dentre os trabalhos que se destacam, encontram-se os Princípios de Chicago, concebido por M. Cherif Bassiouni. Trata-se de sete princípios que se completam e informam medidas de transição. O presente artigo aborda o 6º Princípio de Chicago (“os Estados devem apoiar e respeitar os costumes tradicionais indígenas e religiosos sobre violações passadas”) aplicado à realidade brasileira, especificamente à transição democrática pós-regime militar com relação às graves violações de direitos humanos experimentadas pelos povos indígenas. Utilizando-se da pesquisa qualitativa, do método dedutivo e dos procedimentos informados pelas pesquisas bibliográfica e documental, abordam-se os cinco aspectos do 6º Princípio de Chicago, a perspectiva integracionista adotada pelo regime militar, bem como algumas das suas políticas estruturais de violações dos direitos dos povos indígenas e os mecanismos de justiça de transição adotados pelo Brasil. Conclui-se que as violações sofridas pelos indígenas na atualidade são reflexo da política estrutural de violência aos povos indígenas praticada no regime militar e que os esforços para redemocratização ignoram as especificidades tradicionais, culturais e religiosas desses povos.

Palavras-chave: Justiça de Transição. Princípios de Chicago. Ditadura Militar. Brasil. Povos Indígenas.

Abstract: *The issue of the Transitional Justice is still a very little systematized topic and there is a scarcity of studies about it. Among the works that stand out are the Chicago Principles, conceived by M. Cherif Bassiouni. These are seven principles that complete one another and inform transition measures. This article approaches the 6th principle of Chicago (“States should support and respect traditional, indigenous, and religious approaches regarding past violations”) applied to the Brazilian reality, specifically the democratic transition post-military regime in relation to serious human rights violations undergone by indigenous peoples. Using qualitative research, deductive method and procedures informed by bibliographical and documental research, the five aspects of the 6th Principle of Chicago are approached, the integrationist perspective adopted by the military regime, as well as some of its political structures of violations to the rights of the indigenous peoples and the mechanisms of Transition Justice adopted by Brazil. It*

1 Doutoranda em Direito pela Universidade Estácio de Sá, mestranda em Segurança Pública, Direitos Humanos e Cidadania pela Universidade Estadual de Roraima e mestre pelo Programa de Pós-Graduação em Sociedade e Fronteiras (PPGSOF) da Universidade Federal de Roraima (UFRR). Advogada, inscrita na Ordem dos Advogados do Brasil – Seccional Roraima, e analista na Defensoria Pública da União.

is concluded that the violations suffered by indigenous peoples nowadays is a reflex of the political structure of violence to the indigenous peoples practiced during the military regime and that the efforts for the re-democratization ignore the traditional, cultural and religious specificities of these populations.

Keywords: *Transitional Justice. Chicago Principles. Military dictatorship. Brazil. Indian people.*

1 Introdução

A justiça de transição ou justiça pós-conflito refere-se às medidas e aparatos implementados pelo Estado em um período de transição democrática, o que perpassa pela reconciliação e reparação. Trata-se da “realização de justiça, restauração e manutenção da paz em determinado território onde tenham ocorrido graves violações aos direitos humanos” (JAPIASSU; MIGUENS, 2013, p. 23).

Deve-se observar que a noção de justiça de transição ultrapassa o breve período de transição democrática. Com efeito, as graves violações de direitos humanos ocorridas em um determinado período possuem consequências que se prolongam no tempo. Além disso, ela não se limita a processos jurídicos formais, exigindo a adoção de medidas multifacetadas e interdisciplinares permeadas de sensibilidade social, cultural, histórica e política (CERISANO, 2013).

A fim de sistematizar a justiça de transição, Bassiouni (2007) concebeu os Princípios de Chicago, os quais afirmam que os Estados devem: 1) “processar os acusados de violações de direitos humanos e direito humanitário”; 2) “respeitar o direito à verdade e incentivar investigações formais de violações de direitos por comissões de verdade ou outros órgãos”; 3) “reconhecer o status especial das vítimas, assegurar o acesso à justiça e fornecer soluções e reparações”; 4) “implementar políticas de veto, sanções e medidas administrativas”; 5) “apoiar programas oficiais e iniciativas populares para preservar a memória das vítimas, a educação da sociedade quanto às violências políticas praticadas e preservar a memória histórica”; 6) “apoiar e respeitar os costumes tradicionais indígenas e religiosos sobre violações passadas”; e 7) “promover reformas institucionais

para apoiar o Estado de Direito, restaurar a confiança pública, promover os direitos fundamentais e apoiar boas práticas governamentais².

Os referidos princípios transmitem 7 diretrizes de medidas a serem tomadas pelos Estados em transição democrática para torná-la eficaz e atender às necessidades estruturais. Tais princípios já vinham sendo aplicados por diversos países, mas sem uma sistematização. Seis dos sete princípios tratam de medidas gerais para reestruturação do Estado, mas o 6º princípio, objeto do presente artigo, procura abordar a especificidade de minorias, visando à composição das medidas da justiça de transição com suas tradições, cultura ou religião.

A partir do 6º Princípio de Chicago, buscar-se-á abordar a realidade brasileira, especificamente, a justiça de transição com foco nas graves violações dos direitos humanos dos povos indígenas. Para isso, utilizando-se o método dedutivo e os procedimentos metodológicos das pesquisas bibliográfica e documental, far-se-á uma análise qualitativa, pela qual se discorrerá sobre os cinco aspectos do 6º Princípio de Chicago, sobre a perspectiva integracionista adotada pelo regime militar, bem como algumas das suas políticas estruturais de violações dos direitos dos povos indígenas e os mecanismos de justiça de transição adotados pelo Brasil.

2 O 6º Princípio de Chicago

O 6º Princípio de Chicago trata da aplicação do direito à cultura na justiça de transição. Concebe-se a ideia de que a restauração e manutenção da paz após um período político de graves violações de direitos humanos institucionalizadas perpassam obrigatoriamente pela observância das tradições culturais e religiosas, especialmente das minorias, como dos povos indígenas. Tentar romper com regimes violadores de direitos humanos ignorando a cultura é inútil, pois perpetua o paradigma violador.

Nessa perspectiva, Bassiouni (2007, p. 17), ao elaborar os princípios de Chicago para a justiça de transição, registrou no 6º princípio que “os Estados devem apoiar e respeitar os costumes tradicionais indígenas e religiosos sobre violações passadas”. Com esse princípio, o autor pretende esclarecer que não basta impor as concepções e mecanis-

2 Tradução livre: 1) “States shall prosecute alleged perpetrators of gross violations of human rights and humanitarian law”; 2) States shall respect the right to truth and encourage formal investigations of past violations by truth commissions or other bodies”; 3) “States shall acknowledge the special status of victims, ensure access to justice, and develop remedies and reparations”; 4) “States should implement vetting policies, sanctions, and administrative measures”; 5) “States should support official programs and popular initiatives to memorialize victims, educate society regarding past political violence, and preserve historical memory”; 6) “States should support and respect traditional, indigenous, and religious approaches regarding past violations”; e 7) “States shall engage in institutional reform to support the rule of law, restore public trust, promote fundamental rights, and support good governance”(BASSIOUNI, 2007, p. 17).

mos de respeito aos direitos humanos, mas que é preciso conciliá-las com as tradições culturais e religiosas do povo ou grupo afetado.

Para aplicar o referido princípio, o autor (BASSIOUNI, 2007, p. 54-55) previu ainda 5 aspectos a serem atendidos: 1) “considerar os enfoques de justiças tradicionais, indígenas e religiosos”; 2) ponderar a “natureza diversa dos enfoques”; 3) “respeitar o devido processo legal”; 4) ter “compromisso com a reparação”; e 5) ter “compromisso com a reconciliação”³.

Ao tratar do primeiro aspecto, o autor (2007) afirma que os enfoques de justiças tradicionais, indígenas e religiosos, pela maior proximidade da sociedade local em comparação ao Judiciário e às instituições do governo, possuem legitimidade e geralmente estão integradas na realidade das vítimas, dos familiares, da comunidade e da sociedade em geral. Não obstante, são frequentemente ignoradas pelo governo e pelas organizações internacionais.

Esses enfoques, embora possuam naturezas diversas, conforme a cultura e o contexto, apresentam estruturas, procedimentos e conceitos similares, como família, identidade de grupo, solidariedade social e normas envolvendo os mesmos valores, como honra, vergonha, dignidade e prestígio (BASSIOUNI, 2007). Por isso, o segundo aspecto indica que a natureza diversa deve ser ponderada com as características comuns aos enfoques de justiça.

Ao observar os dois aspectos anteriores, Bassiouni (2007) entende que se deve empregar um terceiro, qual seja, o respeito ao devido processo legal, que, por sua vez, compreende o respeito aos direitos humanos. Ao mesmo tempo em que o Estado deve considerar os enfoques tradicionais, religiosos e culturais de justiça, equacionando suas naturezas diversas com os institutos e normas comuns, deve servir-se das normas processuais de direitos humanos. Assim, ao incluir nos processos os enfoques tradicionais, culturais e religiosos de cultura não pode haver contradição com as garantias processuais, com o princípio da isonomia e com a uniformidade do processo e da pena.

A observância desses aspectos só faz sentido se aplicados em conjunto com os dois últimos aspectos: compromisso com a reparação e com a reconciliação. Bassiouni (2007) explica que os enfoques tradicionais, indígenas e religiosos de justiça frequentemente envolvem rituais e processos coletivos que se baseiam na solidariedade do grupo, nos seus ideais, mitos, valores, costumes e na sua história e são necessários para a reparação. Esses ritos e processos coletivos podem incluir cerimônias, preces, atos públicos de expiação, entre outros, de modo a promover a reconciliação individual e comunitária entre as pessoas e também entre Deus, espíritos e outros elementos reli-

3 Tradução livre: 1) “value of traditional, indigenous, and religious approaches”; 2) “varied nature of these approaches”; 3) “respect for due process”; 4) “link to healing”; e 5) “link to reconciliation” (BASSIOUNI, 2007, p. 54-55).

giosos. Esses processos de reparação das relações sociais e sagradas são importantes também para proteger e empoderar a cultura.

Conjuntamente, a reconciliação abrange também, para o autor (2007), o reconhecimento de responsabilidade por parte de indivíduos e comunidades e a integração de vítimas e agressores na ordem social. Isso inclui, por exemplo, garantir o direito de consulta às comunidades indígenas sobre projetos que lhes afetem, respeitando seus processos deliberativos. Além disso, envolve incluí-los nas políticas públicas estatais, seja de saúde, educação, segurança, entre outros, sempre observando suas peculiaridades, bem como reparações simbólicas, como pedido de desculpa e pagamento de indenização.

Como se vê, no 6º princípio, seus cinco aspectos se completam, de maneira que um arremata o outro. Em outras palavras, os aspectos abordados acima são indissociáveis, só podendo ser observados conjuntamente. A prática de quatro deles sem observar apenas um torna inócuos os quatro que se pretendeu observar.

Dessa forma, as medidas para a justiça de transição precisam respeitar a cultura ponderando-a com outros direitos humanos. Assim, devem ser considerados os enfoques tradicionais, indígenas e religiosos, ainda que ostentem naturezas diversas, identificando seus valores, normas, estruturas e valores comuns, sempre observando o devido processo legal e as normas processuais de direitos humanos. Como metas, devem-se almejar os compromissos com a reparação e reconciliação.

Embora Bassiouni (2007), ao conceber os Princípios de Chicago, não fale sobre multiculturalidade ou interculturalidade, percebe-se que todos os 5 aspectos do 6º princípio convergem para a adoção de uma sociedade intercultural, ou seja, que comporte diversas culturas com mútuo reconhecimento e respeito.

A análise do 6º Princípio de Chicago permite dizer que não se pretende a simples integração, paradigma adotado pelo Brasil e pela sociedade internacional durante a ditadura militar, mas o reconhecimento e respeito entre os grupos de tradições culturais e religiosas distintas, sempre buscando os direitos humanos, inclusive em seu viés procedimental.

3 Do integracionismo ao interculturalismo

Em 1952, Kroeber e Kluckhohn listaram 164 definições de cultura, classificando-as em sete grupos, conforme as correntes de pensamentos, e afirmando que não pretendem apresentar a 165ª definição. Nesse mesmo sentido, Laraia (2001), autor que se tornou um referencial necessário, afirma que:

uma compreensão exata do conceito de cultura significa a compreensão da própria natureza humana, tema perene da incansável reflexão humana. Assim, no final desta primeira parte, só nos resta afirmar mineiramente como Murdock (1932): "Os antropólogos sabem de fato o que é cultura, mas divergem na maneira de exteriorizar este conhecimento". (LARAIA, 2001, p. 62)

Se não existe consenso em conceituar "cultura", conseqüentemente, "diversidade cultural" apresenta a mesma problemática. Com efeito, comumente, o conceito de "diversidade cultural" será o que a filosofia denomina de falácia, pois dependerá do conceito de "cultura".

Para Lévi-Strauss, que é estruturalista, a diversidade, tal qual a cultura, não é estática, bem como resulta mais do contato entre as culturas do que do isolamento:

Conseqüentemente, a diversidade de culturas humanas não nos deve convidar a uma observação fragmentadora ou fragmentada. Ela é menos função do isolamento dos grupos que das relações que as unem. (LÉVI-STRAUSS, 1993, p. 333)

Em suas pesquisas, o autor (LÉVI-STRAUSS, 1993) notou que entre as culturas que possuem a mesma origem histórica não há tanta diferença cultural, como também pode ocorrer uma convergência entre as culturas como resultado de uma aproximação. Além disso, há uma diversidade interna entre um grupo considerado pertencente a uma única cultura. Esses fatos implicam no choque entre duas forças: uma que tenta manter as tradições e outra que aceita aproximações culturais.

A diversidade cultural é apenas aparente e é notada pela força que tenta manter as tradições culturais. A variedade cultural ilustraria os momentos de um processo. A despeito de discordar do autor (1993) quanto ao seu entendimento de que toda a humanidade é idêntica e a cultura apenas retrata uma manifestação mais profunda ou atrasada, seu pensamento permite verificar que a cultura é resultado de uma construção histórica.

O mesmo autor (1993, p. 334) afirma que o etnocentrismo é "a recusa de admitir o próprio fato da diversidade cultural; prefere-se rejeitar para fora da cultura, na natureza, tudo o que não se conforma às normas que regem a vida de quem julga". Em outras palavras, "é uma visão do mundo onde o nosso próprio grupo é tomado como centro de tudo e todos os outros são pensados e sentidos através dos nossos valores, nossos modelos, nossas definições do que é a existência" (ROCHA, 1994, p. 7). Em síntese, é a atitude de julgar a própria cultura melhor que as outras.

Por muito tempo, foi o etnocentrismo que prevaleceu na política nacional e internacional. Com efeito, nesse contexto, a palavra silvícola, como eram chamados os povos indígenas, adquire significado pejorativo, por se contrapor ao chamado “mundo civilizado”, que denominava os colonizadores. Assim, essa visão etnocêntrica, que julgava sem cultura os povos indígenas e os colocava em situação de inferioridade, influenciou que eles fossem vistos como pessoas a serem “integradas à civilização”.

Importa notar que civilização é um termo de origem francesa utilizado a partir do final do século XVIII para significar as relações materiais de uma cultura, em contraposição aos bárbaros ou incivilizados ou selvagens ou silvícolas. Assim, o termo remete à perspectiva do expansionismo europeu e à ideia de progresso e dominação. Ou seja, os povos europeus eram tidos, por eles mesmos, como “civilizados”, enquanto aos demais cabia a categoria de bárbaros/selvagens, em face da dificuldade dos colonizadores em compreender a cultura dos povos dominados, dando-a por inferir a sua (SOARES, 2011).

Nesse sentido, Nobert Elias (2000), em o processo civilizador, foi precursor em estudar a formação e atribuição de sentido da palavra civilização, ensinando que se trata da autolegitimação dos Estados europeus hegemônicos em subjugar e explorar outros povos ao se autodeclararem superiores.

Mesmo quando se começa a ter uma preocupação com os povos indígenas enquanto seres humanos, a perspectiva continua sendo etnocêntrica. Como exemplo pode-se citar a Convenção nº 107 da OIT (Organização Internacional do Trabalho), comumente citada como um dos marcos dos direitos dos indígenas, de 5 de julho de 1957 e incorporada no ordenamento nacional em 1966. Essa Convenção já em seu início afirma que ela “concernente à proteção e **integração** das populações indígenas e outras populações tribais e semitribais de países independentes” (grifo nosso).

Observa-se também em seus artigos 4^o, 17^o, entre outros, a intenção de que os povos indígenas adaptem sua cultura às instituições nacionais, ao seu currículo e ao seu modo de produção. Mesmo que a Convenção tenha trazido avanços ao dispor, por exemplo,

4 “Artigo 4º Na aplicação das disposições da presente convenção relativas à integração das populações interessadas, será preciso: a) tomar devidamente em consideração os valores culturais e religiosos e os métodos de controle social peculiares a tais populações, assim como a natureza dos problemas que se lhes deparam, tanto do ponto de vista coletivo como individual, ao serem expostas as modificações de ordem social e econômica; b) tomar consciência do perigo que pode advir da subversão dos valores e das instituições das referidas populações, a menos que os mesmos possam ser substituídos de maneira adequada e com o consentimento dos grupos interessados; c) empenhar-se em apalpar as dificuldades experimentadas por essas populações na adaptação a novas condições de vida e trabalho” (grifo nosso).

5 “Artigo 17 1. Quando os programas de formação profissional de aplicação geral não atenderem às necessidades peculiares das pessoas pertencentes às populações interessadas, os governos deverão criar meios especiais de formação destinados a tais pessoas. 2. Esses meios especiais de formação serão determinados por um estudo detido do meio econômico, do grau de desenvolvimento cultural e das necessidades reais dos diversos grupos profissionais e das referidas populações; deverão os mesmos permitir notadamente aos interessados receber a formação necessária para exercer as ocupações a que essas populações se tenham mostrado tradicionalmente aptas. 3. Esses meios especiais de formação não serão proporcionados a não ser depois que o grau de desenvolvimento cultural dos interessados o exija; nas fases adiantadas do processo de integração, deverão ser substituídos pelos meios previstos para os demais cidadãos” (grifo nosso).

que a integração não deve ocorrer à força, a própria visão integracionista já colocava os povos indígenas em situação de vulnerabilidade.

A perspectiva integracionista influenciou a criação da Fundação Nacional do Índio (Funai) em 1967 e do Estatuto do Índio em 1973. Coloca-se o indígena como civilmente incapaz, que precisava ser tutelado pelo Estado e integrado à sociedade. Há uma negação da diversidade cultural por colocar em xeque a ideia de nação como elemento do Estado. Em um mundo que valorizava o nacionalismo, negar a diversidade cultural é afirmar que o Estado é composto de uma única nação.

Foi o integracionismo que informou as políticas públicas durante a ditadura militar. Um dos programas foi o Projeto Rondon que sob o slogan “Integrar para não entregar”, pretendia a integração nacional, principalmente pela construção de rodovias, as quais passavam por terras tradicionalmente ocupadas pelos povos indígenas, o que levou à diversas medidas para “integrar” esses povos, o que será discorrido no próximo tópico.

Na década de 1970, os movimentos sociais em vários países do mundo pressionaram a adoção da perspectiva multicultural. O multiculturalismo indica “um novo modo de interação entre grupos étnicos e, em sentido amplo, entre culturas distintas” (LIMA apud COELHO, 1997, p. 262). É, pois, um modelo político que resulta de “múltiplas misturas raciais e culturais, [...] sendo, antes de mais nada, um questionamento de fronteiras de todo o tipo, principalmente da monoculturalidade e, com esta, de um conceito de nação nela baseado” (CHIAPPINI apud MARTINS, 2002, p. 43). Assim, pressupõe culturas que se mesclam ou se integram.

Como consequência, substituiu-se a Convenção nº 107 pela 169 da OIT. O processo de revisão se iniciou em 1986 e a nova Convenção foi adotada em 1989. Instalou-se com a convenção o paradigma da multiculturalidade, passando a considerar os povos indígenas como portadores de sua própria cultura, a qual merece não apenas ser tolerada, mas respeitada e considerada pelo Estado em suas políticas públicas. Note-se que, mesmo pretendendo uma sociedade multicultural, a Convenção nº 169 já traz em seu bojo regras que se aproximam mais da interculturalidade, como ao determinar o direito de consulta e de escolher suas prioridades.

A interculturalidade, conforme explica Damázio (2008, p. 77), pressupõe “um tipo de sociedade em que as comunidades étnicas, os grupos sociais se reconhecem em suas diferenças e buscam uma mútua compreensão e valorização”. Em síntese, enquanto a multiculturalidade é vista como “simplesmente duas culturas que se mesclam ou que se integram” (DAMÁZIO, 2008, p. 77), interculturalidade seria o diálogo entre as culturas.

Ao dispor sobre o respeito dos valores, instituições, meios de educação, e outras particularidades, está-se falando do diálogo entre as culturas. Atualmente, por exemplo, ainda que se tenha a obrigatoriedade de frequência à escola, respeitam-se as comuni-

dades indígenas que preferem manterem-se isoladas e, de outro modo, nas que possuem escolas, incentiva-se o respeito ao currículo diferenciado.

Ocorre que apenas em 2004 o Brasil incorporou no ordenamento jurídico nacional a Convenção nº 169 da OIT. Na mesma esteira as normas internas começam a adotar o paradigma da interculturalidade, como no Decreto nº 7.747/2012, que institui a Política Nacional de Gestão Territorial e Ambiental de Terras Indígenas.

Ainda há muito a evoluir para estabilizar a adoção da interculturalidade no Brasil, que ainda ocorre de modo tímido e inconsciente, pois a pretensão do legislador é claramente a multiculturalidade. Mesmo assim, diante das atrocidades cometidas na história, especialmente na ditadura militar, período objeto de estudo, já houve relevante avanço.

4 As violações dos direitos dos povos indígenas na ditadura militar

Como já discorrido, o integracionismo fundamentou a política indigenista brasileira até o fim da década de 1980 e deixou seus resquícios, especialmente na legislação que passou a ser alterada apenas nos anos 2000 para a perspectiva da interculturalidade. Em decorrência disso, como afirma a Comissão Nacional da Verdade (CNV, 2014), as agressões aos povos indígenas não foram isoladas ou acidentais, mas sistêmicas, pois derivavam de políticas estruturais do Estado.

Se a situação dos indígenas não era favorável, na Ditadura houve um agravamento. O Brasil conquistou territórios alegando a ocupação, inclusive forçando indígenas a aprenderem o idioma e instalando fortes militares em pontos estratégicos. O indígena brasileiro era argumento para o reconhecimento do território pelos demais países. Essa lógica foi invertida na ditadura militar, que passou a vê-los como um risco à segurança nacional:

O regime militar opera uma inversão na tradição histórica brasileira: os índios, que na Colônia, no Império e na República foram vistos e empregados na conquista e na defesa do território brasileiro, são agora entendidos como um risco à segurança e à nacionalidade. De defensores das fronteiras do Brasil, eles passam a suspeitos, a virtuais inimigos internos, sob a alegação de serem influenciados por interesses estrangeiros ou simplesmente por seu território ter riquezas minerais, estar situado nas fronteiras ou se encontrar no caminho de algum projeto de desenvolvimento (CNV, 2014, p. 205).

A ditadura militar, de diretriz nacionalista e desenvolvimentista, incentivou atividades predatórias, como garimpos e construção de estradas, bem como a ocupação da Amazônia brasileira, que causaram desmatamentos e deslocaram povos indígenas. Vários títulos públicos foram expedidos sobre terras ocupadas pelos indígenas, inclusive ocorrendo a transferência forçada de comunidades.

Como ocupavam áreas de interesse, inclusive para construção de rodovias, o regime deu continuidade ao processo de “pacificação” dos indígenas, tidos como “arredios” ou “hostis”. Valente (2017) conta que a Ditadura incentivou expedições, cujo método era dividido em 5 fases: 1) atração, na qual se distribuíam presentes aos indígenas; 2) namoro, que seria a retribuição dos presentes; 3) convite para conhecer as malocas; 4) consolidação da “pacificação”, que consistia em um “acordo”, muitas vezes não expresso, de não haver ataques; e 5) os indígenas já pacificados eram colocados aos cuidados de um funcionário do governo, que deveria lhes fornecer saúde, alimentação e ensinar os métodos de agricultura dos “civilizados”.

Importante destacar que havia mesmo no integracionismo uma visão em parte humanística. A ideia de respeito aos indígenas no Brasil foi introduzida por um grupo de militares liderada pelo Marechal Rondon. O Serviço de Proteção ao Índio (SPI), criado em 1910, portanto antes do regime militar, tinha o lema “Morrer se preciso for, matar nunca”, o que resultou em diversas histórias de pessoas que morreram tentando “proteger” os indígenas. Ocorre que, paradoxalmente, o objetivo era transformá-los em trabalhadores e agricultores, havendo várias denúncias de torturas e corrupção no âmbito do SPI, que era ligado ao Ministério da Agricultura (VALENTE, 2017).

Na prática, as expedições, sejam antes ou durante a ditadura, eram feitas sem remédios, médicos e alimentação suficiente, o que levou à morte de inúmeros indígenas por gripe, sarampo e outras doenças virais. Os indígenas não possuíam anticorpos em razão da inexistência dessas doenças nas suas comunidades, o que fazia com que uma simples gripe matasse vários, crianças e adultos, em horas ou poucos dias (VALENTE, 2017). Conforme a CNV (2014), mesmo havendo a sistematização da política de vacinações preventivas desde 1950, a partir de 1968 diminuem-se os recursos e a vacinação passa a ser feita em viagens esporádicas e em tempo insuficiente para atender à população.

Não se ignora ainda que não ocorrendo a “pacificação”, expedições eram planejadas com o propósito de exterminar os indígenas. Os atos de violência contra os indígenas chegaram a ser investigados e tornados públicos com o Relatório Figueiredo em 1967, mas esse documento desapareceu até 2013. Embora com um discurso de proteção, o governo brasileiro pretendia utilizar a mão de obra indígena tal como no Brasil colônia.

Além disso, existiam prisões indígenas, sendo as mais conhecidas o Reformatório Krenak, em Resplendor (MG), e a Fazenda Guarani, em Carmésia (MG), onde ocorriam

torturas e trabalhos forçados. O processo de integração foi tão esdrúxulo que indígenas foram treinados para torturarem indígenas nas Guardas Rurais Indígenas (Grins):

Em 1969, é criada a Guarda Rural Indígena (GRIN), que recruta índios ao longo, sobretudo, do Araguaia e do Tocantins, além de Minas Gerais, para atuarem como força de polícia nas áreas indígenas. A princípio festejada, a GRIN foi acusada em um inquérito proveniente da Chefia da Divisão de Segurança e Informações do Ministério do Interior de arbitrariedades, espancamentos, e abusos de toda a sorte. (Jornal do Brasil de 6/6/1970, Jornal do Brasil e Estado de São Paulo de 7/6/1970 apud FREITAS, 2011, p. 14)

O escândalo derrubou o presidente da Funai, mas a GRIN permaneceu ativa, ainda que de forma discreta, até o final dos anos 1970. A GRIN precisa ter suas investigações aprofundadas, para se apurarem responsabilidades dos militares envolvidos em sua criação e manutenção, bem como a necessidade de reparação aos indígenas atingidos. (CNV, 2014, p. 212)

Merece destaque que uma das poucas cenas públicas de torturas, inclusive documentada com filmagem, foi a aplicação da técnica “arara” (indígena é carregado em um pau de arara por dois guardas indígenas) no desfile de formatura da primeira turma da Guarda Rural Indígena (MARCHETTI, 2015).

Percebe-se que a política pública indigenista, a despeito de um discurso de proteção dos povos indígenas, era voltada para extinção de suas comunidades e culturas. Havia um genocídio institucionalizado e estrutural. Com efeito, estima-se que em 1964, havia cerca de 70 a 110 mil indígenas aldeados no Brasil (VALENTE, 2017) e que em um número subestimado de cerca de 8.350 foram mortos, 20 vezes mais que os mortos e desaparecimentos forçados de não índios:

Como resultados dessas políticas de Estado, foi possível estimar ao menos 8.350 indígenas mortos no período de investigação da CNV, em decorrência da ação direta de agentes governamentais ou da sua omissão. Essa cifra inclui apenas aqueles casos aqui estudados em relação aos quais foi possível desenhar uma estimativa. O número real de indígenas mortos no período deve ser exponencialmente maior, uma vez que apenas uma parcela muito restrita dos povos indígenas afetados foi analisada e que há casos em que a quantidade de mortos é alta o bastante para desencorajar estimativas. (CNV, 2014, p. 205)

Não obstante os números, o Estado permanece omissivo ao não investigar as graves violações de direitos humanos aos povos indígenas. Ademais, as reparações, como será visto adiante, exigem requerimentos individuais, desconsiderando-os enquanto comunidade afetada em seus direitos coletivos. Ao fazer essas exigências, o Estado permanece ignorando a cultura dos povos indígenas e impondo sua perspectiva individualista.

Como resultado da ausência de uma justiça de transição voltada aos povos indígenas, a violência sofrida por eles durante a ditadura militar repercute na violência experimentada até os dias atuais. Ainda hoje, os povos indígenas são vistos equivocadamente como um empecilho ao desenvolvimento e, se for possível dizer que a violência deixou de ser estrutural, ainda é sistêmica e o ressentimento institucionalizado.

5 Aplicação do 6º Princípio de Chicago aos povos indígenas brasileiros

Como visto, o 6º Princípio de Chicago informa que “os Estados devem apoiar e respeitar os costumes tradicionais indígenas e religiosos sobre violações passadas” (BAS-SIOUNI, 2007, p. 17). Há nesse princípio uma preocupação em promover uma sociedade pós-conflito intercultural, ou seja, com convivência e respeito mútuo das diferentes culturas e religiões.

Infelizmente, embora o Brasil tenha emanado esforços legislativos para alterar o paradigma integracionista, é praticamente inexistente uma justiça de transição voltada para os povos indígenas. Se o principal direito violado foi o direito à cultura, inclusive como manifestação coletiva, ela continua a ser ignorada.

A título de exemplo, a despeito dos esforços louváveis da CNV em buscar investigar as violações contra povos indígenas, tratou-se de medida tímida e as 13 recomendações feitas, além de não terem sido atendidas pelo Brasil, sequer mencionam o direito à cultura, às tradições e religiões:

- Pedido público de desculpas do Estado brasileiro aos povos indígenas pelo esbulho das terras indígenas e pelas demais graves violações de direitos humanos ocorridas sob sua responsabilidade direta ou indireta no período investigado, visando a instauração de um marco inicial de um processo reparatório amplo e de caráter coletivo a esses povos.
- Reconhecimento, pelos demais mecanismos e instâncias de justiça transicional do Estado brasileiro, de que a perseguição aos povos indígenas visando a colonização de suas terras durante o período investigado consti-

tuiu-se como crime de motivação política, por incidir sobre o próprio modo de ser indígena.

- Instalação de uma Comissão Nacional Indígena da Verdade, exclusiva para o estudo das graves violações de direitos humanos contra os povos indígenas, visando aprofundar os casos não detalhados no presente estudo.

- Promoção de campanhas nacionais de informação à população sobre a importância do respeito aos direitos dos povos indígenas garantidos pela Constituição e sobre as graves violações de direitos ocorridas no período de investigação da CNV, considerando que a desinformação da população brasileira facilita a perpetuação das violações descritas no presente relatório.

- Inclusão da temática das “graves violações de direitos humanos ocorridas contra os povos indígenas entre 1946-1988” no currículo oficial da rede de ensino, conforme o que determina a Lei n. 11.645/2008.

- Criação de fundos específicos de fomento à pesquisa e difusão amplas das graves violações de direitos humanos cometidas contra povos indígenas, por órgãos públicos e privados de apoio à pesquisa ou difusão cultural e educativa, incluindo-se investigações acadêmicas e obras de caráter cultural, como documentários, livros etc.

- Reunião e sistematização, no Arquivo Nacional, de toda a documentação pertinente à apuração das graves violações de direitos humanos cometidas contra os povos indígenas no período investigado pela CNV, visando ampla divulgação ao público.

- Reconhecimento pela Comissão de Anistia, enquanto “atos de exceção” e/ou enquanto “punição por transferência de localidade”, motivados por fins exclusivamente políticos, nos termos do artigo 2º, itens 1 e 2, da Lei n. 10.559/2002, da perseguição a grupos indígenas para colonização de seus territórios durante o período de abrangência da referida lei, visando abrir espaço para a apuração detalhada de cada um dos casos no âmbito da Comissão, a exemplo do julgamento que anistiou 14 Aikewara-Suruí.

- Criação de grupo de trabalho no âmbito do Ministério da Justiça para organizar a instrução de processos de anistia e reparação aos indígenas atingidos por atos de exceção, com especial atenção para os casos do Reformatório Krenak e da Guarda Rural Indígena, bem como aos demais casos citados neste relatório.

- Proposição de medidas legislativas para alteração da Lei n. 10.559/2002, de modo a contemplar formas de anistia e reparação coletiva aos povos indígenas.

- Fortalecimento das políticas públicas de atenção à saúde dos povos indígenas, no âmbito do Subsistema de Atenção à Saúde Indígena do Sistema Único de Saúde (Sasi-SUS), enquanto um mecanismo de reparação coletiva.
- Regularização e desintração das terras indígenas como a mais fundamental forma de reparação coletiva pelas graves violações sofridas pelos povos indígenas no período investigado pela CNV, sobretudo considerando-se os casos de esbulho e subtração territorial aqui relatados, assim como o determinado na Constituição de 1988.
- Recuperação ambiental das terras indígenas esbulhadas e degradadas como forma de reparação coletiva pelas graves violações decorrentes da não observação dos direitos indígenas na implementação de projetos de colonização e grandes empreendimentos realizados entre 1946 e 1988. (CNV, 2014, p. 247-248)

Nessas recomendações, há o intuito de garantir o direito à terra, à verdade e à memória, mas não se menciona a cultura como um direito a ser protegido, especialmente para promover a reconciliação. As iniciativas de valorização da cultura indígena são tímidas, podendo-se apontar a Lei nº 11.645/2008, que inclui no currículo oficial da rede de ensino a obrigatoriedade da temática “História e Cultura Afro-Brasileira e Indígena” e é anterior ao relatório da CNV.

Ademais, dos 5 aspectos do 6º Princípio de Chicago sobre Justiça de Transição, apenas o compromisso com a reparação e com a reconciliação estão sendo observados e minimamente. No Brasil, os esforços para considerar os enfoques de justiça indígenas são isolados e suas tentativas ponderam a natureza diversa dos enfoques, identificando os elementos comuns.

A título de exemplo, realizou-se em Roraima um júri popular em uma comunidade indígena na qual, sendo vítima e réus indígenas, optou-se que os jurados também fossem escolhidos na comunidade. O instituto do júri é similar aos julgamentos na comunidade, embora com o rito diferente. O Ministério Público recorreu alegando a inconstitucionalidade da medida que teria instalado um Tribunal de Exceção. No entanto, o Tribunal de Justiça do Estado de Roraima manteve o entendimento pela legalidade do júri.

Em outros casos menos divulgados, juízes estão deixando de aplicar a pena quando a própria comunidade já sancionou a conduta, muitas vezes com a pena de banimento, não adotada pela Constituição Federal. Em ambos os casos, é questionável se o devido processo legal foi observado, análise que merece estudos sistematizados.

No tocante ao compromisso com a reparação, há uma inadequação dos procedimentos adotados pelo Brasil às violências sofridas pelos povos indígenas. A Portaria

nº 2.523/2008, que estabelece as normas procedimentais da Comissão de Anistia, dispõe, em seu art. 1º, § 1º, que os requerimentos de anistia serão realizados em caráter individual. Sobre o tema, a Nota Técnica nº 03/2017-6ªCCR/MPF observa que:

A Portaria nº 2.523/2008 é, em realidade, expressão de que a Justiça de Transição no Brasil, em sua gênese, não teve em mira as graves violações cometidas contra os direitos humanos dos povos indígenas. Daí que ela seja omissa em reconhecer (i) que a coletividade é um aspecto essencial do modo de vida indígena; (ii) a dimensão coletiva das violações perpetradas contra os povos indígenas durante o período militar; (iii) o direito dos indígenas em manifestar-se sobre as reparações a que têm direito. (MPF, 2017, p. 2)

No mesmo sentido, uma das recomendações da CNV, já transcritas, coloca que é necessário alterar a Lei nº 10.559/2002, que regula as disposições constitucionais transitórias sobre anistiados políticos, para contemplar formas de anistia e reparação coletiva aos povos indígenas. As indenizações pagas até o momento a indígenas são destinadas ao indivíduo. Não se ignora a necessidade dessas indenizações, mas as comunidades também devem receber reparação pelos seus direitos coletivos violados.

Valente (2017) afirma que apenas em 2014, a Comissão da Anistia autorizou o pagamento da primeira indenização a um grupo de indígenas, no caso os Suruí do Pará. O autor coloca ainda que todas as demais indenizações e compensações pontuais são provenientes de ações judiciais propostas pelo Ministério Público e organizações não governamentais, inexistindo um esforço sistematizado do Estado.

A forma de reparação coletiva mais evidente, também lembrada pela CNV, é a garantia da terra indígena. Contudo, o Brasil não tem conseguido garantir esse direito de modo a também contemplar o compromisso com a reconciliação. Deve-se observar que as pessoas foram incentivadas pelo Governo Federal a deixarem seus estados, na maioria nordestinos e sulistas, para trabalharem na Amazônia na agricultura, pecuária e garimpo.

Particularmente os garimpeiros eram tidos como heróis, a ponto de no estado Roraima, por exemplo, ter um monumento da Praça do Centro Cívico (em frente ao Palácio do Governo) e estar no escudo do estado. Ao contrário, os povos indígenas eram tidos como um entrave ao desenvolvimento. Tais ideias foram incutidas no imaginário popular e reavivadas quando da homologação das terras indígenas em área contínua.

Em grande parte, o problema maior ocorreu porque as pessoas foram incentivadas pelo regime a ocupar a Amazônia, receberam títulos definitivos e, posteriormente, foram taxadas de “intrusos” e retiradas das terras apenas com a indenização das benfeitorias, quando também haviam sido vítimas da política desenvolvimentista. Não se discute que a homologação das terras indígenas foi um processo necessário, mas poderia ter sido

realizado de outra forma, como a desapropriação (VERAS, 2014) e, principalmente, com informações à população sobre as injustiças históricas aos povos indígenas.

Além da questão fundiária, ainda hoje a atividade ilegal de garimpo é um problema. O Estado brasileiro passou as pessoas da condição de heróis a criminosos sem promover uma educação ambiental. O caso emblemático do Massacre de Haximu, no qual indígenas Yanomami foram mortos em uma disputa com garimpeiros, ocorreu em 1993, e em 2013, notícia veiculada na imprensa local, afirmou o temor da reiteração do episódio, inclusive dizendo que um dos condenados foi preso na Operação Xauara contra o garimpo ilegal (LIMA, 2013).

Não apenas quanto à questão da reconciliação o caso do Massacre de Haximu foi negligenciado mas também quanto à reparação. O caso foi arquivado pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos, pelo Relatório nº 88/2011. Na decisão de arquivamento, levou-se em consideração a perseguição criminal que culminou com a condenação pelo crime de genocídio. No entanto, o Relatório nº 88/2011 não menciona quaisquer outras medidas de reparação ou mesmo reconciliação, tais como pagamento de indenizações, tradução da sentença condenatória para a língua yanomami, projetos de educação ambiental ou outras medidas para evitar acontecimentos similares.

Dessa forma, nota-se que as medidas de justiça de transição adotadas pelo Brasil não consideraram os povos indígenas ou viés coletivo de seus direitos violados. As medidas que pretendem *considerar os enfoques de justiça indígena* e a sua natureza diversa são isoladas e praticamente inexistentes, além de questionáveis quanto à constitucionalidade, o que põe em evidente xeque a questão do devido processo legal. Por fim, as medidas reparatórias, além de insuficientes, não tiveram qualquer compromisso com a reconciliação.

6 Considerações finais

No Brasil, as violações aos direitos dos povos indígenas foram institucionalizadas em políticas públicas estruturantes. Em outras palavras, o país fez das agressões aos povos indígenas um método de seu modelo político. Embora essas violações não tenham sido exclusividade da ditadura militar, seu caráter integracionista e desenvolvimentista, difundiu a ideia de que os indígenas são um perigo para a segurança e soberania nacional, de modo que as atuais agressões aos povos indígenas ainda decorrem de resquícios do regime.

A adoção de medidas de transição voltadas aos indígenas não foi uma preocupação inicial na redemocratização e as poucas e tímidas ações existentes não demonstram compromisso com a reconciliação, ao contrário, institucionalizam o ressentimento existente e são incapazes de proteger as tradições, culturas e religiões desses povos.

Embora o Brasil comece a adotar uma perspectiva interculturalista, inclusive com influência na legislação mais recente, isso ainda ocorre de maneira lenta e sem grandes repercussões práticas. É preciso adotar medidas de transição que abarquem os cinco aspectos do 6º Princípio de Chicago de modo a promover a interculturalidade como modelo de Estado e agregá-la nas políticas públicas.

Os cinco aspectos, quais sejam, considerar os enfoques de justiça tradicionais, culturais e religiosos e suas diferentes naturezas, respeitar o devido processo legal e promover a reparação e a reconciliação, completam-se, de maneira que isoladamente possuem pouca ou nenhuma efetividade. Só assim será possível promover a reconciliação e, conseqüentemente, redemocratizar o país.

Referências

BASSIOUNI, M. Cherif. **The Chicago Principles on Post-Conflict Justice**. Chicago: International Human Rights Law Institute, 2007.

BRASIL. Decreto nº 5.051, de 19 de abril de 2004. Promulga a Convenção no 169 da Organização Internacional do Trabalho – OIT sobre Povos Indígenas e Tribais. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5051.htm>. Acesso em: 1º maio 2017.

_____. **Decreto nº 7.747, de 5 de junho de 2012**. Institui a Política Nacional de Gestão Territorial e Ambiental de Terras Indígenas – PNGATI, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/decreto/d7747.htm>. Acesso em: 1º maio 2017.

_____. **Lei nº 6.001, de 19 de dezembro de 1973**. Dispõe sobre o Estatuto do Índio. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6001.htm>. Acesso em: 1º jun. 2017.

_____. **Lei nº 10.559, de 13 de novembro de 2002**. Regulamenta o art. 8º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10559.htm>. Acesso em: 1º jun. 2017.

_____. **Lei nº 11.645, 10 de março de 2008**. Altera a Lei no 9.394, de 20 de dezembro de 1996, modificada pela Lei no 10.639, de 9 de janeiro de 2003, que estabelece as diretrizes e bases da educação nacional, para incluir no currículo oficial da rede de ensino a obrigatoriedade da temática “História e Cultura Afro-Brasileira e Indígena”. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/lei/l11645.htm>. Acesso em: 1º jun. 2017.

CERISANO, Federico Sersale di. Justicia transicional en las Américas: el impacto del Sistema Interamericano. **Revista IIDH**, Costa Rica, n. 57, p. 115-136, 2013. Disponível em: <<http://www.corteidh.or.cr/tablas/r32271.pdf>>. Acesso em: 1º maio 2017.

COELHO, Teixeira. Aculturação. In: _____. **Dicionário Crítico de Política Cultural**: cultura e imaginário. São Paulo: Editora Iluminuras, 1997.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS – CIDH. **Relatório n. 88/11**. Decisão de arquivamento. Petição 11.745. 21 jul. 2011. Disponível em: <<https://www.cidh.oas.org/casos.port.htm>>. Acesso em: 4 mar. 2018.

COMISSÃO NACIONAL DA VERDADE – CNV. **Relatório**: textos temáticos, v. 2. Brasília: CNV, 2014. Disponível em: <http://www.cnv.gov.br/images/pdf/relatorio/volume_2_digital.pdf>. Acesso em: 30 abr. 2017.

ELIAS, Norbert. **O Processo Civilizatório**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2000.

DAMÁZIO, Silveira Petter. Multiculturalismo versus interculturalismo: por uma proposta intercultural do Direito. **Desenvolvimento em Questão. Rede de Revistas Científicas da América Latina e do Caribe**,

Espanha e Portugal, v. 6, n. 12, p. 63-86, jul./dez. 2008. Disponível em: <<http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=75211183004>>. Acesso em: 19 abr. 2017.

JAPIASSU, Carlos Eduardo Adriano; MIGUENS, Marcela Siqueira. Justiça de transição: uma aplicação dos princípios de Chicago à realidade brasileira. **Revista Eletrônica de Direito Penal**, ano 1, v. 1, n. 1, jun. 2013. Disponível em: <<https://jornalggm.com.br/sites/default/files/documentos/7141-25325-1-sm.pdf>>.

KROEBER, Alfred; KLUCKHOHN, Clyde. **Culture: a critical review of concepts and definitions**. With the assistance of Wayne Untepeiner and appendices by Alfred G. Meyer. Cambridge, Massachusetts: Published by the Museum, 1952.

LARAIA, Roque de Barros. **Cultura: um conceito antropológico**. 14. ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2001.

LÉVI-STRAUSS, Claude. **Antropologia Cultural II**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1993.

LIMA, Solange Martins Couceiro de. Multiculturalismo (1). In: COELHO, Teixeira. **Dicionário Crítico de Política Cultural: cultura e imaginário**. São Paulo: Editora Iluminuras, 1997.

LIMA, Vanessa. Vinte anos após Massacre de Haximu, índios temem novo conflito. In: **G1/RR**. 22 mar. 2013. Disponível em: <<http://g1.globo.com/rr/roraima/noticia/2013/03/vinte-anos-apos-massacre-de-haximu-indios-temem-novo-conflito.html>>. Acesso em: 1º maio 2017.

MARCHETI, Madiano. **Guarda Rural Indígena**. (esboço para um filme futuro). Orientadora: Dra. Andréa França. PIBIC. PUC, Rio de Janeiro, 2015. Disponível em: <http://www.puc-rio.br/pibic/relatorio_resumo2015/relatorios_pdf/ccs/COM/COM-Madiano%20Marcheti.pdf>. Acesso em: 18 jun. 2017.

MARTINS, Moises de Lemos. Lusofonia e Luso-tropicalismo. Equívocos e possibilidades de dois conceitos hiper-identitários. Conferência inaugural no X Congresso Brasileiro de Língua Portuguesa. In: CONGRESSO BRASILEIRO DE LÍNGUA PORTUGUESA, 10., 2004, São Paulo. **Anais...** São Paulo: Pontifícia Universidade Católica, 28 abr. a 1º maio 2004. Disponível em: <https://repositorium.sdum.uminho.pt/bitstream/1822/10751/mmartins_LusotropiLusofonia_2004.pdf>. Acesso em: 19 abr. 2017.

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL – MPF. Procuradoria-Geral da República.

6ª Câmara de Coordenação e Revisão – Populações Indígenas e Comunidades Tradicionais. **Nota Técnica nº 03/2017-6ªCCR/MPF**. Brasília, 2017. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/pgr/documentos/copy_of_DocumentoAdministrativoPGR00095172_2017.pdf/view>. Acesso em: 4 mar. 2018.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO – OIT. **Convenção nº 107 da OIT, de 5 de junho de 1957**. Concernente à proteção e integração das populações indígenas e outras populações tribais e semitribais de países independentes. Disponível em: <[https://www.oas.org/dil/port/1957%20Conven%C3%A7%C3%A3o%20sobre%20Povos%20Ind%C3%ADgenas%20e%20Tribais.%20\(Conven%C3%A7%C3%A3o%20OIT%20n%20%C2%BA%20107\).pdf](https://www.oas.org/dil/port/1957%20Conven%C3%A7%C3%A3o%20sobre%20Povos%20Ind%C3%ADgenas%20e%20Tribais.%20(Conven%C3%A7%C3%A3o%20OIT%20n%20%C2%BA%20107).pdf)>. Acesso em: 1º maio 2017.

ROCHA, Everardo. **O que é etnocentrismo**. 11. ed. São Paulo: Brasiliense, 1994.

SOARES, Maria José. **Antropologia cultural**. Revisão de Lívia Antunes Faria Maria e Walter P. Valverde Junior. 2. ed. Niterói: Universo, 2011.

VALENTE, Rubens. **Os fuzis e as flechas**: história de sangue e resistência indígena na ditadura. São Paulo: Companhia das Letras, 2017.

VERAS, Parima Dias. **Terra Indígena Raposa Serra do Sol**: demarcação, "desintrusão" e danos morais à luz da ética e do direito. Dissertação (Mestrado em Desenvolvimento Regional)—Programa de Pós-Graduação em Desenvolvimento Regional da Amazônia, Universidade Federal de Roraima, Universidade Federal de Roraima, Boa Vista, 2014. Disponível em: <<http://ufrr.br/ppgdra/index.php/publicacoes/category/40-parima-dias-veras>>. Acesso em: 17 jun. 2017.

6 POLÊMICA DIMENSÃO DA JUSTIÇA NO PROCESSO TRANSICIONAL BRASILEIRO: UMA AUSÊNCIA NA OPÇÃO CONSTITUCIONAL

*Eneá de Stutz e Almeida*¹

Resumo: Neste texto se busca analisar a polêmica em torno da possibilidade de alcance da responsabilização daqueles que violaram direitos humanos durante o período ditatorial. Costumeiramente, no tocante a essa dimensão da justiça, pensa-se logo em ações penais de responsabilização de torturadores e demais agentes de Estado que violaram direitos humanos. Entretanto, também são violadoras de direitos humanos aquelas pessoas que cooperaram sistematicamente com o Estado de Exceção, seja financiando a repressão, seja apoiando-a institucionalmente. A opção que o constituinte brasileiro fez pela reparação, olvidando por completo o eixo da justiça, contribuiu para a criação de obstáculos para levar a cabo a responsabilização. É curioso, entretanto, que o momento atual da sociedade brasileira reclame responsabilizações, inclusive penais, mas o tabu envolvendo essa dimensão permaneça ativo. A polarização e a intolerância que estão evidenciadas no cotidiano brasileiro permitem concluir que este tema mais uma vez não será enfrentado e, com isso, a democracia corre riscos.

Palavras-chave: Justiça de transição. Política constitucional. Dimensão da justiça.

Abstract: *This text seeks to analyze the controversy that exists in Brazil about the possibility of accountability of those who violated human rights during the dictatorial period. Usually, for this dimension of Justice, criminal processes are the first thing in mind to apply for torturers and other State agents who violated human rights. However, the same accountability has to come to those people who systematically cooperated with the repression, whether they are State agentes or not. The option that Brazilian constituent did for repair, forgetting altogether the axis of Justice, contributed to the creation of obstacles to pursuing accountability. It is curious, however, that the current moment of brazilian society complain, including criminal liabilities, but the taboo surrounding this dimension remains active. The polarization and intolerance that are evidenced in Brazilian daily life allow us to conclude that this theme will once again not be faced, and so democracy is in risk.*

Keywords: *Transitional justice. Constitutional policy. Dimension of justice.*

1 Graduada e mestre em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Doutora em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Professora da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília (UnB). Conselheira da Comissão de Anistia do Ministério da Justiça. Coordenadora do Grupo de Pesquisa Justiça de Transição da UnB.

1 Introdução

Nestas reflexões procurarei demonstrar que a dimensão da responsabilização de pessoas que violaram os direitos humanos durante o período ditatorial não avança, a despeito de ser um dos temas mais polêmicos da transição brasileira, entre outras razões, por uma opção constitucional que privilegiou as demais dimensões, em especial a reparação.

Farei um resgate histórico do debate sobre os Programas Nacionais de Direitos Humanos e a relação destes com o processo transicional; e considerações acerca do fato de que, mais do que qualquer outro tema, a possibilidade de perseguição dos violadores de direitos humanos assombra muitos setores da sociedade e do Estado brasileiros. Tentarei demonstrar a complexidade das questões envolvendo essa dimensão da transição brasileira.

Inicialmente cabe reiterar que a justiça de transição se funda em quatro pilares, eixos ou dimensões: a memória e a verdade; a reparação das vítimas; a reforma das instituições; e a justiça. Por justiça, entenda-se a necessidade de perseguição dos perpetradores de violações dos direitos humanos, pela responsabilização judicial e/ou administrativa dos atos praticados sem qualquer respaldo legal.

A história brasileira é uma história de violência. A continuidade institucional, em especial na história republicana brasileira, não tem sido capaz de superar as mudanças das pessoas nos postos de comando da nação ou as variações de relações de força. Por isso mesmo, ao longo do século XX, houve tantas alterações de Constituição, e muitos movimentos pendulares entre regimes um pouco mais democráticos ou muito autoritários.

Para efeito de uma transição do regime autoritário inaugurado em 1964 para um Estado Democrático de Direito, a primeira e fundamental reforma das instituições efetivamente necessária ocorreu e foi apregoada com pompa e circunstância em 5 de outubro de 1988: uma nova Constituição Federal. Uma nova “carta dos sonhos do povo”.

Não foi fruto de uma Assembleia Nacional Constituinte, o que já demonstra a ausência de rupturas importantes. Não enfrentar as rupturas significou preferir o fortalecimento do caminho institucional, em detrimento da correlação de forças que faziam a “abertura lenta, gradual e segura” preconizada pelo próprio regime autoritário. Em outras palavras, o regime ditatorial estava controlando a transição para a democracia. Dessa forma, muitas daquelas pessoas e, principalmente, as mesmas correlações de forças, continuariam no comando do País.

O primeiro passo importante na direção do início do período transicional estava dado: uma nova Constituição, democrática, nos limites possíveis da época. E, nesse sentido, pode-se afirmar que a condução do processo transicional se deu pela anistia

política, redundando na opção constitucional pelo pilar da reparação para conduzir todo o processo.²

2 A opção constitucional pela reparação e suas consequências

A primeira legislação no Brasil importante para o tema é a Lei nº 6.683, de 28 de agosto de 1979, a chamada Lei da Anistia. Essa lei foi fruto das muitas demandas ainda no período de exceção constitucional no Brasil, em função dos presos políticos e exilados. Desde 1975, já havia manifestações populares com faixas e cartazes pedindo “anistia ampla, geral e irrestrita”. Era um bordão comum nesse período, repetido como um mantra.

O Congresso Nacional teve dois projetos de lei, um do governo e outro da oposição, para regular a anistia. O projeto da oposição atendia a esses reclames de anistia ampla, geral e irrestrita, ou seja, anistiava todos aqueles que tinham sido presos, banidos, exilados ou processados por crimes políticos, restaurando a liberdade ou permitindo o retorno dos que viviam no exterior. O projeto do governo foi o vitorioso na votação que ocorreu em agosto de 1979, por apenas cinco votos de diferença! E previa anistia política restrita, pois excluía a possibilidade de anistia aos chamados “crimes de sangue”.

Alguns anos mais tarde, em 1985, quando da Emenda Constitucional 26, que convocou a Constituinte, novamente o tema da anistia política foi tratado, o que significava dizer que esse tema ainda estava por ser trabalhado no Brasil, e precisava fazer parte da nova Constituição. E assim, no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT), no art. 8º, ficou estabelecido que:

Art. 8º É concedida anistia aos que, no período de 18 de setembro de 1946 até a data da promulgação da Constituição, foram atingidos, em decorrência de motivação exclusivamente política, por atos de exceção, institucionais ou complementares, aos que foram abrangidos pelo Decreto Legislativo nº 18, de 15 de dezembro de 1961, e aos atingidos pelo Decreto-Lei nº 864, de 12 de setembro de 1969, asseguradas as promoções, na inatividade, ao cargo, emprego, posto ou graduação a que teriam direito se estivessem em serviço ativo, obedecidos os prazos de permanência em atividade previstos nas leis e regulamentos vigentes, respeitadas as características e

2 Para um aprofundamento de questões relativas ao processo transicional brasileiro, confira-se o livro DE STUTZ E ALMEIDA, Eneá (Org.). **Justiça de Transição no Brasil**: apontamentos. Curitiba: CRV, 2017.

peculiaridades das carreiras dos servidores públicos civis e militares e observados os respectivos regimes jurídicos.

Este é o caput do dispositivo que inaugurou, no novo momento histórico constitucional vivido pelo Brasil, o período transicional regido tanto pela anistia política quanto capitaneado pelo eixo da reparação, como já se demonstrou (PIRES JR., 2010). Com esse comando constitucional, o Brasil elegeu a reparação por intermédio da anistia política para ser o eixo estruturante da sua transição. Essa decisão teve consequências normativas, pois em 1995 foi editada a Lei nº 9.140, que concedeu indenização às famílias dos mortos e desaparecidos políticos no regime de exceção, e em 2002 a Lei nº 10.559, que criou a Comissão de Anistia como uma Comissão de Estado e não de Governo no âmbito do Ministério da Justiça, além de regular seu funcionamento e atribuir a ela, e somente a ela, a competência administrativa para deliberar sobre os requerimentos de anistia política no Brasil.

Essa legislação também permitiu que a própria Comissão, por ser uma Comissão de Estado, envidasse esforços no sentido de estimular e ela própria conduzir políticas públicas de memória e verdade, na esteira da transição brasileira. Mas em momento nenhum houve qualquer movimento no sentido da responsabilização daqueles que atuaram como agentes do Estado de Exceção. No caso da Comissão de Anistia, tal opção nem existe, por ausência de competência legal para tanto.

Prosseguindo nesse resgate histórico, no contexto da crise econômica global de 2008, e com as lutas pelos direitos humanos em todo o mundo e também no Brasil, eis que chegou o momento de promulgação da terceira parte do Programa Nacional de Direitos Humanos (PNDH 3) no final de 2009. Registre-se que a primeira parte foi editada ainda no primeiro governo de Fernando Henrique Cardoso (maio de 1996); o PNDH 2 no último ano do segundo governo Fernando Henrique (maio de 2002) e a terceira parte foi promulgada em dezembro de 2009, penúltimo ano do segundo governo Lula. Lembre-se ainda que nesse segundo governo Lula, o ministro da Defesa era Nelson Jobim e o ministro dos Direitos Humanos (uma Secretaria Especial elevada ao status de Ministério) era Paulo Vannuchi, havendo constantes embates públicos entre as duas pastas e os dois representantes.

Quando da publicação do PNDH 3, uma verdadeira batalha teve início, por intermédio dos meios de comunicação social, entre os dois titulares das pastas mencionadas, pelo controle de todo o processo de construção de memória e verdade na transição brasileira e também pelo receio de trazer à tona o pilar da justiça. Não se admitia, em várias esferas do próprio Estado brasileiro, como em algumas das suas instituições, como é o caso das Forças Armadas, a possibilidade nem sequer de discutir a dimensão da

responsabilização de agentes públicos no Brasil por violações dos direitos humanos no período autoritário.

Enquanto a pasta dos Direitos Humanos apoiava várias das políticas públicas inicialmente oficializadas no PNDH 3, inclusive a persecução penal dos violadores de direitos humanos, e ainda a mudança de logradouros públicos que contivessem nomes de torturadores e altos dirigentes da repressão política no mesmo período ditatorial, bem como a criação de uma Comissão Nacional da Verdade, vale dizer que, na ocasião, a pasta da Defesa, que reúne as Forças Armadas, era radicalmente contrária a todas essas políticas.

Nesse intervalo, as campanhas presidenciais já haviam tido início e já era candidata a suceder o presidente Lula a sua então ministra de Estado Dilma Rousseff. Ela própria, é importante sublinhar nesse contexto, uma ex-integrante de grupos de luta armada contra a ditadura, e ainda condenada nas instâncias militares da época como subversiva e terrorista.

Após um período de embates e negociações internas na esfera da Administração Federal, foram efetuadas algumas alterações no PNDH 3 e uma republicação com a supressão daquelas políticas mais polêmicas, em especial a persecução penal dos torturadores. Muito pouco tempo depois, em abril de 2010, coincidentemente, o Supremo Tribunal Federal colocou em pauta o julgamento da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 153, que visava discutir a não recepção pela Constituição Federal da Lei da Anistia de 1979, justamente por não ter sido a esperada anistia ampla, geral e irrestrita.

Assim é que o tema da anistia volta à cena principal na mais alta Corte de Julgamento do Brasil e os temas da ditadura e da transição nunca mais deixaram nem os meios de comunicação social nem a vida político-institucional brasileira. Com uma decisão lamentável, mas completamente de acordo com os interesses dos controladores das construções das narrativas históricas, ou da memória social, o STF pretendeu “colocar uma pedra neste assunto”, ou em outras palavras, esquecer as violações dos DHs ocorridas durante o regime militar e seguir em frente.

A decisão causou enorme perplexidade tanto nacionalmente quanto no cenário internacional. Assim, em novembro do mesmo ano de 2010, a Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) da Organização dos Estados Americanos (OEA) colocou em pauta para julgamento uma ação que pretendia condenar o Brasil por descumprimento de várias cláusulas da Convenção Americana, a partir das ocorrências na região do Araguaia.

A ação havia sido proposta vários anos antes, mas por conta de um protagonismo brasileiro na luta pelos direitos humanos e ainda de todo um grande investimento da política externa brasileira, já que o Brasil, na época, pleiteava um assento permanente no

Conselho de Segurança da ONU, não havia previsão de julgamento. Até que a decisão do STF mudou o cenário para pior. E diferentemente das expectativas até então de não condenação do Brasil, a Corte Interamericana prolatou uma dura e extensa condenação. Voltarei a esse ponto.

3 O não enfrentamento da dimensão da justiça e a complexidade da mesma dimensão

Como afirmado, a opção do Constituinte brasileiro foi pela reparação, seguida da memória e verdade; diferentemente dos nossos vizinhos, como a Argentina, por exemplo, que escolheu o caminho da justiça, levantando as responsabilizações inclusive penais daqueles que sequestraram, torturaram e de alguma forma se transformaram em agentes do Estado de Exceção. O art. 8º ADCT, ao reiterar a anistia política como eixo estruturante da reparação, privilegiou essa dimensão, agregando a este o pilar da memória e verdade, mas olvidou por completo o pilar da responsabilização e justiça.

É curioso observar que desde que se iniciaram as discussões mais abrangentes sobre o processo transicional no Brasil, embora as vítimas e familiares de vítimas tenham reivindicado um debate e providências no sentido de implementarmos a dimensão da justiça, esse tema sempre foi visto como secundário. Sempre polêmico, sempre debatido, e nunca efetivado.

A ideia de persecução dos violadores de direitos humanos durante o período ditatorial no Brasil causa muitas contestações. Deve ser registrado que a referência à persecução é sempre a persecução judicial, considerada nas suas diferentes esferas: administrativa, civil e também penal. Normalmente há um enfoque demasiado na persecução penal, portanto, é importante reiterar que existem outras áreas de persecução judicial.

A percepção de justiça, para acalmar os traumas do passado e curar as feridas não como vingança, mas como anamnese, pela mediação do processo judicial com todas as garantias de contraditório, ampla defesa e devido processo legal tem como um dos seus objetivos o de alcançar a reconciliação. Note-se que sob qualquer aspecto que seja analisado, esse eixo trata da responsabilização. Mas o tema da responsabilização aqui, como em qualquer aspecto da justiça de transição, não é de uma responsabilização civil, administrativa ou penal comum. É a responsabilização de agentes públicos ou privados, estes em conluio com o Estado, para perseguir cidadãos que de alguma forma discordassem ou parecessem discordar do regime autoritário.

Essa não é uma situação comum, e não pode ser tratada juridicamente como uma situação comum. Deve ser avaliada extraordinariamente, pois os tempos eram de um Estado de Exceção.

Dessa forma, uma das vertentes que costumeiramente surgem nesse debate é a possibilidade ou impossibilidade de levar à prisão militares que tenham torturado cidadãos para obter informações ou confissões de qualquer tipo. A despeito dos óbices jurídicos levantados para tal responsabilização penal, defendo que muito mais eficaz que uma pena de reclusão seria, a título de uma eventual condenação penal, a sanção do rebaixamento de patente e retirada de comendas e medalhas que aquele militar tivesse recebido.

De toda a sorte, no Brasil o Ministério Público Federal tem ingressado com centenas de investigações e dezenas de ações em face de agentes públicos, denúncias estas que não têm sido recebidas pelo Judiciário, com as alegações mais diversas, desde o equívocado entendimento da anistia proclamada pelo Supremo Tribunal Federal até a prescrição, passando pela irretroatividade da lei penal.

No tocante ao julgamento da ADPF 153, mencionada anteriormente, cabem algumas considerações. É oportuno lembrar que o STF exerceu o controle de constitucionalidade no julgamento da ADPF 153. E assim a pergunta básica formulada naquele processo foi sobre a recepção ou não por parte da Constituição de 1988 da Lei nº 6.683/1979, tendo em vista os preceitos constitucionais fundamentais. A resposta do STF foi positiva. Houve recepção. E o controle de constitucionalidade foi exercido pela autoridade competente.

Por outro lado, no mesmo ano de 2010, houve outro controle também exercido pela autoridade competente, que foi o controle de convencionalidade: o controle da Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), quanto ao cumprimento ou não, por parte do Brasil, Estado-Membro da Organização dos Estados Americanos (OEA) dos tratados internacionais dessa Organização, em especial sobre a Convenção Americana e aqueles que versam sobre direitos humanos. Nesse mister, a Corte, órgão competente para apreciar o cumprimento, pelos Estados, da convencionalidade, julgou que o Brasil estava descumprindo a Convenção Americana em diferentes pontos, e o condenou a passar a cumpri-la, determinando uma série de medidas e providências.³

Um dos fundamentos dessa decisão afirma que

o Estado é responsável pela violação dos direitos às garantias judiciais e à proteção judicial previstos nos artigos 8.1 e 25.1 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, em relação aos artigos 1.1 e 2 desse instrumento,

3 Conferir, a esse respeito, a decisão em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_219_por.pdf>.

pela falta de investigação dos fatos do presente caso, *bem como pela falta de julgamento e sanção dos responsáveis* (grifo nosso).

Note-se que o julgamento e a sanção dos responsáveis, aqui, tanto se refere aos responsáveis “agentes públicos” quanto aos civis, aos “agentes privados”, que, em consonância com o Estado de Exceção, perseguiram cidadãos brasileiros. E também significa a responsabilização nas esferas penal, civil e administrativa. Em momento nenhum a decisão da Corte Interamericana se baseia na Constituição brasileira de 1988. E nem poderia. Essa competência pertence exclusivamente ao STF.

O fundamento legal é a Convenção Americana, cuja competência, também exclusiva, é da CIDH. Logo essa é uma falsa polêmica, uma falsa contradição, entre a decisão do STF e a decisão da CIDH. Ademais, em nenhum momento, o STF fez referência aos agentes privados da repressão brasileira. O que significa que nem esse óbice poderia ser apontado para evitar a responsabilização em qualquer esfera. E o mais importante: não são situações ordinárias! São situações de perseguição de cidadãos por parte do Estado brasileiro, por intermédio de seus próprios agentes ou de alianças com o empresariado ou organizações civis para violar os direitos mais básicos de liberdade, garantidos constitucionalmente em todas as Cartas Constitucionais, mesmo aquelas promulgadas durante a ditadura.

Daniel Aarão Reis (2012) chama a atenção para a necessidade de maior pesquisa da complexa e íntima relação entre os civis e os militares no período:

Também seria interessante pesquisar as grandes empresas estatais e privadas, os ministérios, as comissões e os conselhos de assessoramento, os cursos de pós-graduação, as universidades, as academias científicas e literárias, os meios de comunicação, a diplomacia, os tribunais. Estiveram ali, colaborando, eminentes personalidades, homens de bem, alguns seriam mesmo tentados a dizer que estavam acima do Bem e do Mal.

[...]

São interessados na memória atual as lideranças e entidades civis que apoiaram a ditadura. Se ela foi “apenas” militar, todas elas passam para o campo das oposições. Desde sempre. Desaparecem os civis que se beneficiaram do regime ditatorial. Os que financiaram a máquina repressiva. Os que celebraram os atos de exceção. O mesmo se pode dizer dos segmentos sociais que, em algum momento, apoiaram a ditadura. (REIS, 2012)

Uma pesquisa apresentada durante o IV Simpósio Lutas Sociais na América Latina, em setembro de 2010, na Universidade Estadual de Londrina, afirma que as elites civis estavam longe de serem subordinadas aos militares:

Cabe destacar que, embora se trate de governos autoritários, as relações entre estes e seus aliados civis tiveram, quase sempre, um caráter muito mais interdependente do que subordinado. Mesmo nas fases mais sangrentas da repressão os militares brasileiros sempre reivindicaram uma pretensa democratização do país. Por um lado, isso refletia a influência e a dependência dos Estados Unidos e demais países capitalistas. Por outro, significava uma profunda instabilidade política resultante, não somente das pressões da oposição, como também, das tensas negociações entre os diversos segmentos militares nas sucessões presidenciais.

Esse é um ponto crucial para explicar a relação entre civis e militares brasileiros durante a ditadura. Incapazes de encontrar o ponto exato de inflexão entre o autoritarismo praticado e o liberalismo aspirado o principal suporte dessa autocracia foi a articulação com os grupos políticos civis organizados nos estados da federação. Estes emprestaram seu prestígio político e suas habilidades aos militares em troca de recursos, cargos e outras facilidades. Portanto, a partir dessa percepção, podemos contestar a idéia de elites civis completamente subordinadas aos militares quer por tutela, repressão ou imposição ideológica. Evidentemente, o nível dessa interdependência variou ao longo das duas décadas de acordo com a conjuntura política e com os recursos disponíveis. Contudo, não podem ser caracterizadas, apenas, como subordinadas em um ou outro caso. (DIAS, 2010, p. 90)

Também o Poder Judiciário teve participação intensa na repressão. Como se percebe de uma comparação do período salazarista português com a repressão brasileira:

A legalidade autoritária salazarista terminou de modo espetacular com a queda do regime, em 1974 (o ditador havia morrido anos antes). Da mesma maneira que no Brasil, *os quadros dos tribunais especiais não sofreram grandes expurgos, sendo apenas transferidos para outros órgãos da administração estatal*. Embora as instituições portuguesas, responsáveis pelos processos por crimes políticos, tenham sofrido transformações, a intensidade e a abrangência desses processos aumentavam ou diminuíam conforme as contingências políticas enfrentadas pelo regime. Uma vez

estabelecido, o aparato de justiça política manteve-se inalterado, até que o próprio regime foi derrubado pela revolução.

O caso português ilustra o efeito de um grau relativamente alto de integração e consenso entre as elites militares e judiciárias. Como ocorreu em alguns outros casos, a repressão, ao longo do tempo, tornou-se mais judicializada e de natureza mais civil. Durante a maior parte do regime, os julgamentos por crimes políticos foram presididos por juízes civis em tribunais especiais, e não por oficiais militares. Embora essa configuração institucional fosse diferente da dos tribunais militares brasileiros, em ambos os sistemas juízes civis com formação jurídica foram de importância fundamental na administração de uma forma altamente legalista de repressão [...]. (PEREIRA, 2010, p. 268; grifo nosso).

Essas pontuais referências de participação ativa civil no período de repressão dão uma breve ideia do universo ainda não explorado de quantos civis podem ter tido atuação expressiva na violação de direitos humanos. Alguns deles, ainda vivos ou em atividade, permanecem completamente anônimos, diferentemente dos militares que exerciam institucionalmente alguma função. É importante revelá-los, bem como determinar o grau de participação deles no processo repressivo. Financiar os crimes contra a humanidade ou viabilizar de qualquer forma os mesmos crimes significa perpetrar indiretamente a violação de direitos humanos, e tal como no caso dos agentes públicos, redundando na responsabilização tanto desses civis quanto do Estado que permitiu tamanha violência.

Assim é que no Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras, julgado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, em 29 de julho de 1988, ficou estabelecido que:

Com efeito, um fato ilícito violador dos direitos humanos que inicialmente não sejam imputáveis diretamente a um Estado, por exemplo, *por ser obra de um particular* ou por não se haver identificado o autor da transgressão, pode acarretar a responsabilidade internacional do Estado, não pelo fato em si mesmo, mas pela falta da devida diligência para prevenir a violação ou para tratá-la nos termos requeridos pela Convenção. (grifo nosso).⁴

4 Tradução livre da parte final do parágrafo 172 da decisão: "Es, pues, claro que, en principio, es imputable al Estado toda violación a los derechos reconocidos por la Convención cumplida por un acto del poder público o de personas que actúan prevalidas de los poderes que ostentan por su carácter oficial. No obstante, no se agotan allí las situaciones en las cuales un Estado está obligado a prevenir, investigar y sancionar las violaciones a los derechos humanos, ni los supuestos en que su responsabilidad puede verse comprometida por efecto de una lesión a esos derechos. En efecto, un hecho ilícito violatorio de los derechos humanos que inicialmente no resulte imputable directamente a un Estado, por ejemplo, por ser obra de un particular o por no haberse identificado al autor de la trasgresión, puede acarrear la responsabilidad internacional del Estado, no por ese hecho en sí mismo, sino por falta de la debida diligencia para prevenir la violación o para tratarla en los términos requeridos por la Convención." (grifo nosso)

A responsabilização do Estado independe, portanto, se o ato desumano foi praticado por agente público ou não. Entretanto, para a responsabilização individual essa diferença se torna fundamental, pois os obstáculos que hoje são alegados para a falta de persecução dos agentes públicos não podem ser utilizados se os protagonistas das violações não forem agentes públicos. Se forem identificados, poderão ser processados imediatamente.

A Comissão da Verdade do Estado de São Paulo “Rubens Paiva” apresentou, em 18 de fevereiro de 2013, numa audiência pública, documentos oficiais do regime repressivo encontrados no Arquivo Público do Estado de São Paulo. São seis livros de registro de entrada e saída do Dops (Departamento de Ordem Política e Social), órgão criado em 1924 e utilizado durante o Estado Novo e a ditadura militar para reprimir movimentos políticos e militantes de esquerda contrários ao regime de exceção. Assim como outros órgãos de repressão da ditadura, o Dops serviu como centro de tortura, desaparecimento e assassinato de presos políticos. Os livros estão digitalizados e podem ser acessados por intermédio do link <http://www.arquivoestado.sp.gov.br/livros_deops.php>. Os registros vão de 1971 a 1979, porém com intervalos. Os seis livros abrangem os seguintes períodos de tempo:

- 30 de março de 1971 a 15 de outubro de 1971;
- 1 de fevereiro de 1972 a 21 de março de 1972;
- 7 de novembro de 1973 a 22 de fevereiro de 1974;
- 28 de fevereiro de 1974 a 19 de junho de 1974;
- 25 de abril de 1975 a 14 de junho de 1976;
- 29 de dezembro de 1977 a 8 de janeiro de 1979;

Nos livros, nos quais há um cabeçalho com o dia da semana e do mês, nome dos visitantes, cargo, horário de entrada e saída, causa estranheza encontrar dois nomes: Claris Rowley Halliwell, apresentado como representante do consulado dos Estados Unidos em São Paulo; e Geraldo Resende (ou Rezende) de Mattos (ou Matos), identificado como representante da Fiesp (Federação das Indústrias de São Paulo).

Esses visitantes estão com os vários delegados, investigadores e representantes do Exército. De acordo com os horários de entrada, conclui-se que a maioria de suas visitas ocorria no período noturno.

Halliwell (1918-2006) foi funcionário do Departamento de Estado dos EUA e cônsul na capital paulista entre 1971 e 1974. Para ter-se uma ideia, somente no período de abril a setembro de 1971, Halliwell esteve cerca de quarenta vezes no prédio do Dops. Os horários de entrada de Mattos são, também, em sua maioria, no período da noite. Em alguns casos, não consta a hora de sua saída. Algumas vezes há a indicação de que saíam, Halliwell e Mattos, apenas no dia seguinte. As visitas de Mattos são marcadas por várias

“coincidências”, como o fato de terem ocorrido no mesmo horário que a de outros delegados, inclusive Romeu Tuma e Sérgio Fleury, e militares.

Chama atenção a frequência das visitas de Mattos, com registros diários em alguns períodos. Em todos os registros Mattos consta como sendo o representante da Fiesp, demonstrando que existiu um vínculo entre o setor produtivo e a repressão que merece ser mais bem investigado.

4 Sobre a condenação do Brasil para implementar a dimensão da justiça

Como visto, o Brasil já foi condenado na CIDH, entre outras coisas, a processar os perpetradores de violação de direitos humanos, sejam eles agentes públicos ou não. O caso foi decidido pela Corte alguns meses após a decisão da ADPF 153, e pela clareza e riqueza de suas disposições, vale a reprodução:

253. Os representantes solicitaram ao Tribunal que ordene ao Brasil a investigação dos fatos, o julgamento e a punição de todos os responsáveis, em um prazo razoável, e que disponha que *o Estado não pode utilizar disposições de direito interno, como prescrição, coisa julgada, irretroatividade da lei penal e ne bis in idem, nem qualquer excludente de responsabilidade similar, para eximir-se de seu dever*. O Estado deve remover todos os obstáculos de facto e de iure, que mantenham a impunidade dos fatos, como aqueles relativos à Lei de Anistia. Adicionalmente, solicitaram à Corte que ordene ao Estado que: a) sejam julgados na justiça ordinária todos os processos que se refiram a graves violações de direitos humanos; b) os familiares das vítimas tenham pleno acesso e legitimação para atuar em todas as etapas processuais, em conformidade com as leis internas e a Convenção Americana, e c) os resultados das investigações sejam divulgados pública e amplamente, para que a sociedade brasileira os conheça.

254. O Estado não se pronunciou particularmente a respeito da investigação dos fatos e limitou-se a destacar que a análise da Lei de Anistia não pode separar-se do tempo em que a referida lei foi elaborada, nem do fundamento em que se encontra assentada. Por outro lado, lembrou que a decisão do Supremo Tribunal Federal na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental No. 153 considerou legítima integralmente a Lei de Anistia, em vista do novo ordenamento constitucional.

255. No Capítulo VIII da presente Sentença, a Corte declarou a violação dos direitos às garantias judiciais e à proteção judicial, em virtude da falta de investigação, julgamento e eventual sanção dos responsáveis pelos fatos do presente caso. Tomando em consideração o anteriormente exposto, bem como sua jurisprudência, este Tribunal dispõe que o Estado deve conduzir eficazmente a investigação penal dos fatos do presente caso, a fim de esclarecê-los, determinar as correspondentes responsabilidades penais e aplicar efetivamente as sanções e consequências que a lei disponha. Essa obrigação deve ser cumprida em um prazo razoável, considerando os critérios determinados para investigações nesse tipo de caso, *inter alia*:

a) iniciar as investigações pertinentes com relação aos fatos do presente caso, levando em conta o padrão de violações de direitos humanos existente na época, a fim de que o processo e as investigações pertinentes sejam conduzidos e acordo com a complexidade desses fatos e com o contexto em que ocorreram, evitando omissões no recolhimento da prova e no seguimento de linhas lógicas de investigação;

b) determinar os autores materiais e intelectuais do desaparecimento forçado das vítimas e da execução extrajudicial. Ademais, por se tratar de violações graves de direitos humanos, e considerando a natureza dos fatos e o caráter continuado ou permanente do desaparecimento forçado, o Estado não poderá aplicar a Lei de Anistia em benefício dos autores, bem como nenhuma outra disposição análoga, prescrição, irretroatividade da lei penal, coisa julgada, *ne bis in idem* ou qualquer excludente similar de responsabilidade para eximir-se dessa obrigação, nos termos dos parágrafos 171 a 179 desta Sentença⁵ (grifo nosso).

Por força do costume internacional e dada a própria definição de crime contra a humanidade, é obrigatória a punição, a qualquer tempo, dos autores de tais crimes.

Assim é que o conceito de crime contra a humanidade integra o costume internacional, especialmente após a confirmação dos princípios do Tribunal de Nüremberg pela Assembleia Geral da ONU, em 1946 (Resolução nº 95 [I]). Esses crimes, dada a sua própria definição, não podem ficar sem responsabilização, ainda que o Direito interno de um país possua mecanismos legais que impliquem impunidade. Conforme consolidou a ONU no Princípio II relativo aos julgamentos do Tribunal de Nüremberg: “O fato do direito interno não impor punição a um ato que constitui crime segundo o direito internacional

⁵ Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_219_por.pdf>. Acesso em: 16 jan. 2013.

não exime a pessoa que cometeu o ato de ser responsabilizada perante o direito internacional”.

Desse princípio decorre que os crimes contra a humanidade são ontologicamente imprescritíveis. Esse atributo é essencial, pois a finalidade da qualificação de um crime como sendo atentatório à humanidade é garantir que não possa ficar impune em decorrência de qualquer fator jurídico ou político.

Essa característica essencial do crime contra a humanidade foi afirmada pela Assembleia Geral da ONU em diversas Resoluções editadas entre 1967 e 1973, a saber:

- a) nº 2.338 (XXII), de 1967;
- b) nº 2.391 (XXIII), de 1968;
- c) nº 2.583 (XXIV), de 1969;
- d) nº 2.712 (XXV), de 1970;
- e) nº 2.840 (XXVI), de 1971; e
- f) nº 3.074 (XXVIII), de 1973.

A primeira delas, reconhecendo a natureza da imprescritibilidade dos crimes contra a humanidade e crimes de guerra, exterioriza a decisão da Assembleia Geral de estabelecer formalmente esse princípio, mediante convenção específica.

Em 1968 foi então aprovada pela Assembleia Geral da ONU a Convenção sobre Imprescritibilidade dos Crimes de Guerra e dos Crimes contra a Humanidade. O seu artigo 1º, item 2, dispõe expressamente serem “imprescritíveis, independentemente da data em que tenham sido cometidos”, os crimes contra a humanidade, cometidos em tempo de guerra ou em tempo de paz, tal como definidos no Estatuto do Tribunal Militar Internacional de Nüremberg de 8 de agosto de 1945 e confirmados pelas Resoluções nº 3 e nº 95 da Assembleia Geral das Nações Unidas, de 13 de fevereiro de 1946 e 11 de dezembro de 1946.

Novamente, a elaboração dessa Convenção não representou um “direito novo”, mas sim a formalização escrita de um princípio já então vigente, em procedimento absolutamente corriqueiro no âmbito do Direito Internacional. Tal como ocorreu com o Estatuto do Tribunal de Nüremberg, a Convenção sobre Imprescritibilidade dos Crimes de Guerra e de Lesa-humanidade de 1968 é a exteriorização formal de um conceito material que se consolidara por meio do costume internacional. Não houve inovação no ordenamento jurídico internacional quando a Convenção tratou da imprescritibilidade dos crimes de guerra e contra a humanidade, mas sim a codificação de uma norma geral e compulsória decorrente do costume internacional.

Em 1964 fazia parte de qualquer ordenamento jurídico de um Estado Democrático de Direito a ilicitude da tortura e outras formas de tratamento cruel. Em momento nenhum o Estado de Exceção brasileiro legitimou por meio de seu ordenamento jurídico a prática da tortura ou dos demais atos desumanos. Desde o final da Segunda Guerra Mundial,

quando a humanidade tomou amplo conhecimento desse tipo de procedimento praticado pelo governo nazista contra cidadãos do seu próprio país, a inadmissibilidade dessas condutas é parte do chamado *jus cogens*.

Portanto, pode-se afirmar com razoável tranquilidade que há um princípio geral de Direito Internacional que fixa a imprescritibilidade dos crimes contra a humanidade. Princípio este integrante do costume internacional, o qual vem sendo reafirmado desde a Resolução nº 2.338, da Assembleia Geral da ONU, até o Estatuto de Roma (artigo 29). Logo, fica claro que, durante o período da ditadura civil-militar no Brasil, vigorava no Direito Internacional o conceito de imprescritibilidade dos crimes contra a humanidade. Essa norma do Direito Internacional antecede os fatos, não havendo risco de se tratar de uma aplicação retroativa de norma mais grave para os violadores de direitos humanos.

5 A importância da dimensão da justiça para a consolidação da democracia

Teitel (REÁTEGUI, 2011, p. 135-170) propõe uma genealogia da justiça transicional, apresentando-a em 3 fases, a saber: Fase I, a justiça transicional do pós-guerra, no início do século XX; a Fase II, a justiça transicional do pós-Guerra Fria, nas últimas décadas do século XX; e a Fase III, o estado estável da justiça transicional.

Na Fase I, o objetivo declarado era a responsabilização, com a grande inovação de utilizar-se o Direito Penal Internacional alcançando, para além do Estado, o indivíduo. Teitel afirma que “enquanto na Fase I a justiça transicional pareceu assumir inicialmente o potencial ilimitado e universal do Direito, a segunda fase foi reconhecidamente mais contextual, limitada e provisória.” (REÁTEGUI, 2011, p. 147-148). O mecanismo institucional das comissões da verdade, hoje associadas com a resposta adotada pela África do Sul dos anos de 1990, faz parte do chamado modelo restaurativo, da Fase II, com a pretensão de construir uma história alternativa para os abusos cometidos pelo regime repressivo. Esse modelo acaba por criar uma dicotomia entre verdade e justiça:

Enquanto a primeira fase concebeu o Estado de Direito em termos universalizantes, associados com a obrigação de responder por ações ou omissões lesivas para a humanidade como um todo, o modelo da Fase II, ao contrário, se ocupou de levar adiante a ideia oposta, de um Estado de Direito vinculado com a legitimidade da jurisdição nacional e com a soberania dos países. Ao restringir a esfera de investigação, a Fase II revelou a concepção pública que se correlacionava com esta forma de justiça transicional em particular, na medida em que foram implicados mais atores locais

que internacionais, e mais os indivíduos que estavam em escalas inferiores de poder e de responsabilidade política, que em escalas superiores. Isto mostrou a força construtiva dos postulados da Fase II e mostrou também o grau de suscetibilidade deste modelo à politização e, em última instância, dependente da promoção de valores alternativos, exceto os direitos universais e de responsabilização pelos fatos ocorridos, subjacentes ao Estado de Direito (REÁTEGUI, 2011, p. 163).

A Fase III, contemporânea, apresenta uma normalização da justiça transicional. Teitel afirma que

a expansão do discurso da justiça transicional para incluir o problema do terrorismo, torna-se problemática pelo uso inadequado de analogias entre terrorismo e guerra ou crises políticas. A justiça transicional tende a olhar o passado para responder ao último conflito e, como consequência, não se adapta facilmente para ser usada como modelo para garantir segurança no futuro. (REÁTEGUI, 2011, p. 167-168)

O objetivo último da dimensão da justiça, que é a prevenção de novas situações de violação de direitos humanos, ou, como afirmava o slogan da Comissão de Anistia, “para que não se esqueça, para que nunca mais aconteça”, vai ao encontro dos valores e fundamentos de um Estado Democrático de Direito. No caso brasileiro, o paradigma dos direitos humanos deveria passar a prevalecer após a Constituição de 1988, fortalecendo as ideias de memória, verdade, reparação, ainda que deixando a desejar no tocante à justiça. Debate-se se a dimensão da justiça fortalecerá a democracia ou impedirá que a reconciliação nacional ocorra.

A rigor, a possibilidade de processar os perpetradores de violações de direitos humanos, independentemente de qual seja a decisão final em cada caso, já trará a sinalização de que não haverá impunidade. A sensação de impunidade que ainda resta evidente no Brasil, em especial relativamente às autoridades militares, políticas e econômicas, muitas destas ainda protagonistas nas cenas brasileiras, aumenta a desconfiança da alta fragilidade da nossa democracia. E essa mesma suposta fragilidade é utilizada como argumento para justamente impedir o processamento dos perpetradores de violação de direitos humanos, num círculo vicioso de falsos argumentos e conclusões mais falsas ainda.

É pertinente notar que as relações democráticas do final do século XX e início do XXI são bem mais complexas do que aquelas do momento de interrupção da trajetória

de construção do Estado Democrático de Direito no Brasil em 1964. Agora, como afirma com perspicácia Ost:

A representação parlamentar perdeu seu monopólio de oráculos da vontade popular; exprimindo-se por via de sondagens, de mídias e de recursos diante dos Tribunais constitucionais, o povo saiu de seu mutismo e assume doravante o tempo contínuo de uma democracia no dia-a-dia. [...]

Hoje não é mais verdade que o "Parlamento faz a lei": esta prerrogativa precisa se dividir com os inúmeros "empresários legislativos" que puderam fazer reconhecer seu direito de participar da elaboração da norma geral. (OST, 2005, p. 248).

É fato que, logo após a promulgação da Constituição de 1988, uma grande esperança de reconstrução da democracia no Brasil tomava conta de todos. É fato também que naquele momento do início dos anos de 1990, tanto o sonho insculpido na nova Constituição poderia se realizar, de maneira plural, baseada nos valores e princípios constitucionais, como também poderia ser frustrado, na medida em que não houvesse qualquer perspectiva de futuro, mas apenas os interesses imediatos, ignorando totalmente aqueles valores e princípios. E Ost alerta para esse risco:

Ao se generalizar, a democracia de opinião poderia perfeitamente dar o espetáculo de uma divisão sem princípio de recomposição e de uma instantaneidade sem constância. A tirania das sondagens, reveladoras de um eleitorado emotivo e versátil, a ação de determinadas mídias, geradoras de reflexos plebiscitários, e a multiplicação de recursos para a anulação de lei, *motivados por interesses egoístas, mais que por preocupação com princípios*, são alguns índices entre outros da realidade deste risco. (OST, 2005, p. 248-249; grifo nosso).

Cabe aqui uma pequena digressão acerca das relações entre tempo e direito, a partir das reflexões de Ost (2005):

Veja-se: o tempo se constrói literalmente, ele se "temporaliza". [...] Um tempo que não permanece mais exterior às coisas, como continente formal e vazio, mas que participa de sua própria natureza.

[...] a função principal do jurídico é contribuir para a instituição do social: mais que proibições e sanções como se pensava anteriormente; ou cálculo e gestão como se crê muito frequentemente na atualidade, o direito é um

discurso performativo, um tecido de ficções operatórias que redizem o sentido e o valor da vida em sociedade. Instituir significa, aqui, atar o laço social e oferecer aos indivíduos as marcas necessárias para sua identidade e sua autonomia.

[...] um laço potente se estabelece entre temporalização social do tempo e instituição jurídica da sociedade. Mais precisamente: o direito afeta diretamente a temporalização do tempo, ao passo que, em troca, o tempo determina a força instituinte do direito. Ainda mais precisamente: o direito temporaliza, ao passo que o tempo institui. Trata-se, então, de uma dialética profunda e não de relações superficiais que se ligam entre o direito e o tempo. (OST, 2005, p. 13-14)

Nesse sentido, deixar de investigar aqueles que violaram direitos humanos ao longo dos anos do Estado de Exceção no Brasil significa uma “quase instituição” de Estado Democrático de Direito, pois o percurso completo, que ressignificará a sociedade brasileira, passa pela verdade e memória do que ocorreu nos anos de repressão, pela anistia política e reparação econômica individualizada, com a conseqüente ressignificação individual daqueles que foram resistentes ao regime; a versão das vítimas tendo voz oficial, mesmo após muitos anos da violência sofrida. Mas o percurso só estará completo quando os violadores deixarem a sombra da impunidade e forem revelados a toda a sociedade; quando forem investigados e julgados, possibilitando um debate social e nacional acerca das principais instituições que atuaram em favor do regime repressivo, tais como as Forças Armadas, a Polícia e o próprio Poder Judiciário.

Apenas quando todo esse caminho for trilhado, ou seja, quando para além das dimensões da memória e verdade, da reparação e da reforma das instituições, também a dimensão da justiça seja vivenciada pela sociedade brasileira, aí sim poder-se-á afirmar que a instituição da democracia brasileira está acontecendo. Nestes anos do século XXI o Brasil concentrou as Fases I e II da cronologia de Teitel, como visto. Entretanto, não percorreu todo o caminho, pois os processos de responsabilização ainda não passaram do Estado Brasileiro para aqueles que, agentes públicos ou não, efetivamente violaram direitos fundamentais.

O receio que paira no ar de desestabilização democrática ou de ataque frontal a princípios caros ao Direito nacional, como a irretroatividade da lei penal, acaba por tecer um conjunto de falsos obstáculos formais à persecução dos perpetradores de violação dos direitos humanos, e dessa maneira, parafraseando Ost, o Estado brasileiro, por intermédio do Poder Judiciário e do Ministério Público, não contribui para “instituir o social”, para consolidar a democracia brasileira. Ao contrário, quanto mais o tempo passa, mais for-

tes se estabelecem as convicções de impunidade, insegurança, falta de transparência e ausência de democracia.

As estreitas relações entre o empresariado e as graves violações de direitos humanos, incluindo a tortura – que já apareceram nos diferentes relatórios das muitas Comissões de Verdade instituídas em variadas instâncias no Brasil – reclamam uma providência mais enérgica do próprio Estado brasileiro, sob pena do risco iminente de prevalecer a versão de que é perfeitamente possível violar direitos humanos no Brasil e quedar-se impune. É perfeitamente possível afrontar as relações democráticas na sociedade brasileira e ser beneficiado com os resultados. É perfeitamente possível permanecer nas sombras do poder, financiar as maiores injustiças e atrocidades e colher altíssimos lucros de tais investimentos.

6 Considerações finais

Quando do golpe de 1964, havia uma série de reformas institucionais, denominadas Reformas de Base, que poderiam ter elevado o Brasil a outro patamar na construção de uma sociedade civil mais participativa, menos violenta, menos autoritária, e de maior controle sobre o próprio Estado. Ao contrário, o que aconteceu foi um aprofundamento da repressão, da violência e do império do autoritarismo. A partir da abertura daquele regime e com o advento da Constituição de 1988 seria de se esperar que o caminho democrático fosse almejado por toda a sociedade brasileira, e assim encaminhado pelas autoridades competentes.

Mas para tanto, muitas reformas deveriam ter acontecido, em especial nos campos da educação, regulação agrária e urbana, composição e controle dos Poderes da República e a própria representação democrática. Essas reformas teriam sido essenciais para garantir que os demais eixos de memória/verdade, reparação e perseguição dos violadores de direitos humanos não se perdessem em ações de maior ou menor impacto, mas muito localizadas em determinado período de tempo, cujo “prazo de validade” parece estar expirando nestes tempos de profunda angústia, perplexidade e intolerância do final da segunda década do século XXI. Ou seja, a falta de reforma das instituições contribuiu muito para que o caminho para a democracia no Brasil não chegasse a durar trinta anos.

Nesse sentido, uma advertência que Ost levanta poderia ter sido mais bem observada:

Assim, parece que a democracia deve *permanentemente* precaver-se de dois perigos opostos: ou a *exacerbação do conflito*, ou sua *ocultação*. No primeiro caso, sem acordo sobre uma regra de jogo comum, sem referên-

cia ao mínimo de valores compartilhado, a parte degenera e leva à exclusão ou à destruição do adversário, tratado então como “inimigo”: privado do mínimo de confiança, pressuposto pela promessa que ata o futuro, o jogo político se estreita. Ao inverso, quando as divergências de interesse são ocultadas, e as oposições minimizadas, atrás de *consensos de fachada*, é grande o risco de que se veja desenvolver futuros focos de violência. É, sem dúvida, um dos riscos ligados atualmente à instauração, em todo o planeta, da “democracia de mercado” e do pensamento único que a acompanha. (2005, p. 315; grifo nosso).

Parece um vaticínio acerca da situação brasileira atual. Inicialmente, a opção daqueles agentes públicos que conduziam, ou supostamente deveriam conduzir o Brasil na transição para a democracia, em todos os Poderes da República, foi a alternativa de ocultar os conflitos então latentes no país. Não foram enfrentados de início nenhum dos eixos importantes para trilhar esse caminho transicional e, a despeito de comandos constitucionais que permitissem o avanço, este foi trilhado de modo lento, gradual e seguro conforme desejava o regime autoritário.

Incorrer no erro de ocultar os conflitos e apostar nos consensos de fachada, ao longo de quase trinta anos, levou ao *impeachment* da presidente da República Dilma Rousseff, em 2016, e à atual impossibilidade das reformas institucionais de maneira tranquila e ponderada. O *timing* para as reformas foi perdido ao longo dessas três décadas. A violência e a intolerância se implantaram.

Para tornar o quadro ainda mais complexo, aquelas forças da *democracia de opinião* mencionadas por Ost, desde 2013 têm apostado no outro perigo, que é a exacerbação do conflito. Ou seja, se havia dois perigos a serem permanentemente evitados, o Brasil conseguiu incorrer em ambos, e simultaneamente produzir o estreitamento do jogo político com todos os atores se convertendo em e atuando como inimigos, num ambiente de desconfiança, violência e intolerância. O caminho agora é não só perigoso como profundamente delicado, frágil e longo.

A mais importante reforma das instituições, a meu ver, não realizada, é a própria política transicional do Estado brasileiro: teria que ser institucionalizada, distinta dos humores daqueles mandatários eleitos para determinado período. O que se viu foi a aposta em diferentes políticas de governo (dependentes dos sujeitos ocupantes das funções de gestão pública), sem qualquer estabilidade, e assim, não inspiraram a confiança necessária para construir as promessas de futuro democrático no Brasil.

O Estado brasileiro é responsável por processar os perpetradores de violação de direitos humanos no período da ditadura civil-militar, ainda que não sejam agentes públi-

cos.⁶ Quanto a estes, não se pode invocar o óbice da decisão da ADPF 153, que a eles não se refere, ou o fato de não haver tipificação para a tortura na época, por se tratar, como demonstrado, de crime contra a humanidade. Até para cumprir o determinado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos no citado caso Gomes Lund e outros, faz-se necessário que o Brasil faça valer a dimensão da justiça entre os fundamentos da justiça de transição.

Se neste momento histórico ainda há argumentos que dificultam a persecução dos agentes públicos, o mesmo não se pode dizer daqueles que não são e nem nunca foram agentes públicos; e talvez seja menos complexo iniciar a dimensão da justiça por estes, para que o sentimento de injustiça, ou seja, a falta de responsabilização, não perdure em nosso País no tocante aos crimes de lesa-humanidade cometidos durante o período autoritário.

Nesse sentido é curioso o momento vivido no Brasil: seja por influência dos meios de comunicação social, seja pela convergência de outros atores no cenário político-jurídico nacional, a sociedade brasileira vive um tempo de busca por responsabilização daqueles que promoveram crimes, em especial dos crimes de lavagem de dinheiro, corrupção ativa e passiva, entre outros. Ou seja, o slogan tão repetido nas referidas manifestações populares a partir de 2013 de “passar o Brasil a limpo” deveria representar um desejo de responsabilização por todo e qualquer desrespeito à legislação que deva ser enfrentado.

Nessas características se inserem os crimes de lesa-humanidade praticados por pessoas que eram agentes públicos, e, portanto, tinham o dever de proteger a população brasileira em vez de persegui-la, e outros que não eram agentes públicos, entretanto contribuíram de igual forma para o Estado de Exceção que se instalou no Brasil.

A única forma de “passar o Brasil a limpo”, de cumprir a lei em todas as suas dimensões e tornar este País verdadeiramente democrático é iniciar com efetividade a dimensão da justiça. Mas, infelizmente, este, de novo, não tem sido um debate trazido à tona como possibilidade, e apenas e tão somente como um tabu que deve ser esquecido. Se a legalidade é tão cara aos brasileiros,⁷ salta aos olhos que tamanha ilegalidade não cause estranheza. Só é explicado mesmo pelas profundas violência e repressão características de toda a nossa história. Elas são maiores que qualquer forma de indignação, porque provocaram um medo atávico que acaba por neutralizar a indignação e naturalizar o autoritarismo.

O atual momento de indiferença política, de intolerância e violência, de desconfiança da representação parlamentar e da própria democracia, e de profunda insegurança em

6 Sobre a viabilidade das ações penais, inclusive para agentes públicos, conferir: MARX, Ivan Cláudio. **Justiça de Transição:** necessidade e factibilidade da punição aos crimes da ditadura. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

7 Conferir a este respeito o importante estudo de 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.

todos os aspectos está pondo em xeque até mesmo as políticas públicas já implementadas de memória, verdade e reparação. Provavelmente isso signifique que não haverá condições de se produzir um consenso no tocante a essa importante etapa da transição brasileira, qual seja a de responsabilização dos violadores de direitos humanos. O eixo da justiça será, mais uma vez, postergado.

Referências

ARQUIVO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO. **Documentos da Comissão da Verdade do Estado de São Paulo “Rubens Paiva”**. Disponível em: <http://www.arquivoestado.sp.gov.br/livros_deops.php>. Acesso em: 19 mar. 2013.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS – CIDH. **Caso “Almonacid Arellano y otros Vs. Chile”**. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_154_esp.doc>. Acesso em: 16 jan. 2013.

_____. **Caso “Gomes Lund e outros Vs. Brasil”**. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_219_por.pdf>. Acesso em: 16 jan. 2013.

_____. **Caso “Velásquez Rodríguez Vs Honduras”**. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_04_esp.doc>. Acesso em: 16 jan. 2013.

DIAS, José. Militares e civis na ditadura brasileira: convergências autoritárias. In: SIMPÓSIO LUTAS SOCIAIS NA AMÉRICA LATINA, 4., 2010, Londrina. **Anais..** Londrina: UEL, 2010. Disponível em: <http://www.uel.br/grupo-pesquisa/gepal/anais_ivsimp/gt4/9_JoseDias.pdf>. Acesso em: 11 jan. 2013.

DE STUTZ E ALMEIDA, Eneá (Org.). **Justiça de Transição no Brasil – apontamentos. Curitiba**: CRV, 2017.

ESTATUTO DO TRIBUNAL DE NÜREMBERG. Disponível em: <http://untreaty.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/7_1_1950.pdf>. Acesso em: 16 jan. 2013.

MARX, Ivan Cláudio. **Justiça de Transição**: necessidade e factibilidade da punição aos crimes da ditadura. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

OST, François. **O tempo do direito**. Bauru, SP: Edusc, 2005.

PEREIRA, Anthony W. **Ditadura e repressão**: o autoritarismo e o estado de direito no Brasil, no Chile e na Argentina. Tradução de Patrícia de Queiroz Carvalho Zimbres. São Paulo: Paz e Terra, 2010.

PIRES JR., Paulo Abrão. **Anistia e reparação**. Disponível em: <<http://idejust.files.wordpress.com/2010/07/materia.pdf>>. Acesso em: 3 jan. 2013.

REÁTEGUI, Félix (Coord.). **Justiça de transição** – manual para a América Latina. Brasília: Comissão de Anistia, Ministério da Justiça; Nova Iorque: Centro Internacional para a Justiça de Transição, 2011.

REIS, Daniel Aarão. **A ditadura civil-militar**. Disponível em: <<http://oglobo.globo.com/blogs/prosa/posts/2012/03/31/a-ditadura-civil-militar-438355.asp>>. Acesso em: 11 jan. 2013.

SAFATLE, Vladimir. **Só mais um esforço**. São Paulo: Três Estrelas, 2017.

TOSI, Giuseppe; FERREIRA, et al. (Org.). **Justiça de transição**: direito à justiça, à memória e à verdade. João Pessoa: Editora da UFPB, 2014.

II MEMÓRIA E VERDADE

7 A EVOLUÇÃO DO DIREITO À MEMÓRIA E À VERDADE NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA BRASILEIRA*

* Texto não inédito atualizado e adaptado a partir da dissertação de mestrado.

Marcelo Henrique Pereira Marques¹

Resumo: O artigo ora apresentado pretende analisar o direito à memória e à verdade no contexto da Administração Pública. Estruturalmente, o trabalho compreende dois momentos. A primeira parte consiste no estudo de uma premissa teórica: a justiça de transição. Na segunda parte, uma análise de quatro estruturas da Administração Federal que tratam da memória e da verdade: a 11ª Conferência Nacional dos Direitos Humanos (11ª CNDH), a Comissão de Anistia, a Comissão Especial de Mortos e Desaparecidos Políticos (CEMDP) e a Comissão da Verdade.

Palavras-chave: Justiça de Transição. Democracia. Direito à Memória.

Abstract: *The present article intends to analyse the right to memory and truth in the context of the public administration. The first part consists of the study of one theoretical premise: the transitional justice. On the second part, it analyses four structures of the Brazilian administration that deal with the right to memory and truth: the 11th National Conference on Human Rights, the Amnesty Commission, the Special Commission on the Dead and the Disappeared and the Truth Commission.*

Keywords: *Transitional Justice. Democracy. Right To Memory.*

1 A Administração Pública Democrática

O modelo vigente de Administração Pública brasileira é denunciado pela doutrina como um modelo autoritário. Mais atualmente, a crítica parte de Gustavo Binbenbojm (2008):

A velha dogmática do direito administrativo é reconhecidamente autoritária, do ponto de vista político, inconsistente, do ponto de vista teórico, e ineficiente, de um ponto de vista pragmático. Tais vícios, reproduzidos em momentos históricos distintos pelo mundo afora, convergem agora, no Brasil, para um momento de inflexão teórica que se poderia caracterizar como uma crise dos paradigmas do direito administrativo brasileiro. (BINENBOJM, 2008, p. 60)

¹ Bacharel em Direito pela Universidade Estadual do Norte do Paraná. Mestre em Direito do Estado pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Analista do MPU na PRM – Paranavaí/PR.

Antes dele, cabe apontar a posição de Clemerson Cléve (1990, p. 81-98), Sérgio Ferraz (1990, p. 93) e mesmo Celso Antônio Bandeira de Mello já fazia questão de dizer, no seu *Curso de Direito Administrativo*, que “[...] no caso brasileiro, a prática administrativa e a própria interpretação doutrinária ou jurisprudencial refletem uma concepção ainda autoritária do Estado e do Direito Administrativo” (2011, p. 57). Bem por isso, ao tratar das bases ideológicas do direito administrativo, sugere que “[...] existe uma impressão, quando menos difusa, fluida, mas nem por isto menos efetiva, de que o Direito Administrativo é um Direito concebido em favor do poder, a fim de que ele possa vergar os administrados” (MELLO, 2011, p. 43).

Digna de destaque, ainda, é a lição Hely Lopes Meirelles, quando aponta que “[...] o poder administrativo, portanto, é atribuído à autoridade para remover os interesses particulares que se opõem ao interesse público” (1991, p. 85).

Por isso, é preciso primeiro reposicionar o Direito Administrativo brasileiro à luz da Constituição, como acena Binenbojm (2008):

O processo de constitucionalização do direito administrativo deve ser entendido como uma postura de releitura e redefinição de institutos e conceitos da velha dogmática da disciplina sob a ótica do sistema de princípios da Constituição, de molde a erigir novos paradigmas dotados não apenas de maior consistência teórica, mas comprometidos com o sistema democrático, com a busca da eficiência como mola propulsora de desenvolvimento e, sobretudo, com o respeito, proteção e promoção dos direitos fundamentais. (BINENBOJM, 2008, p. 60)

A Constituição de 1988 é o paradigma normativo que instaura o Estado Democrático no Brasil e encerra, no plano simbólico e jurídico, a perspectiva autoritária anterior (BARROSO, 1998, p. 1-25). Entretanto, dado o caráter analítico da Constituição, na conclusão brilhante de José Afonso da Silva, “aí está o drama de toda constituição dinâmica: *ser cumprida*” (2001, p. 6).

2 Premissa teórica: a justiça de transição como superação de um modelo autoritário

A justiça de transição é, por sua vez, premissa teórica no desenvolvimento dos mecanismos de consolidação da democracia num contexto de transição política de um regime autoritário para um regime democrático. Inicialmente, vale conceituar justiça de transição.

Segundo Teitel, “[...] justiça de transição pode ser definida como a concepção de justiça associada com períodos de mudança política, caracterizada por respostas legais para confrontar os erros de regime repressivo anterior” (2003, p. 69). Outros conceitos (ZYL, 2009; TORELLY, 2012; SANTOS, 2009; ABRÃO, 2012) podem ser encontrados na doutrina, que não divergem do aqui exposto.

Com base nessa conceituação, é possível extrair algumas linhas gerais a respeito da justiça de transição. Trata-se de um conjunto de mecanismos de justiça relacionados com períodos de transição política e aplicados para consolidar a democracia e respeitar os direitos humanos.

A teoria da justiça de transição utiliza diversos mecanismos de justiça que serão analisados no tópico seguinte.

3 Instrumentos da justiça de transição

De maneira geral (ABRÃO, 2012), a literatura aponta quatro principais instrumentos: 1) julgamento; 2) direito à memória e à verdade; 3) reparação; e 4) reforma das instituições. Cada um desses mecanismos será analisado com mais detimento agora. Assim, passa-se à análise do primeiro mecanismo.

No Brasil, duas leis trataram do direito à reparação, a Lei nº 9.140/1995 — Lei dos Desaparecidos Políticos — e a Lei nº 10.559/2002 —, que cria a Comissão de Anistia. No Brasil, a reparação tem se limitado à reparação financeira e, em alguma medida, na concessão de tratamento psicológico às vítimas e a seus familiares por meio da Comissão de Anistia (analisada adiante).

E mesmo a reparação financeira merece críticas, uma vez que o critério da Lei nº 10.559 para mensurar a reparação guarda relação com a trajetória profissional da vítima². É dizer, o valor é calculado de acordo com a atividade da vítima e com o valor que ela estaria ganhando com seu trabalho se estivesse viva, e não de acordo com a gravidade do ato sofrido. No dizer de Mezzaroba, “[...] ao operário perseguido tem sido paga indenização inúmeras vezes menor do que a destinada a um médico ou juiz, por exemplo, não apenas reafirmando nossa histórica desigualdade social, mas sancionando-a” (2010, p. 116).

No campo da reforma das instituições, o segundo instrumento transicional, o processo também tem sido lento. Para Torelly (2012), exemplos aparentemente exitosos, como

2 “Art. 6º O valor da prestação mensal, permanente e continuada, será igual ao da remuneração que o anistiado político receberia se na ativa estivesse, considerada a graduação a que teria direito, obedecidos os prazos para promoção previstos nas leis e regulamentos vigentes, e asseguradas as promoções ao oficialato, independentemente de requisitos e condições, respeitadas as características e peculiaridades dos regimes jurídicos dos servidores públicos civis e dos militares, e, se necessário, considerando-se os seus paradigmas.”

a submissão do Exército ao governo civil (subordinando-o ao Ministério da Defesa) com o advento da Constituição de 1988, dizem mais respeito ao processo de consolidação do Estado de Direito do que a uma conquista da justiça de transição. Tanto é assim que, no campo da reforma das instituições do processo transicional brasileiro, nunca foi adotado o procedimento de veto — proibição de que agentes responsáveis por atos criminosos na ditadura venham a ocupar cargos públicos na democracia.

Outro problema de manutenção da estrutura administrativa se dá na organização da defesa. Constitucionalizou-se a militarização da segurança por meio da atividade de polícia (Polícia Militar) e de defesa civil (corpos de bombeiros militares). Ademais, a garantia da lei e da ordem é mero reflexo da Constituição de 1967, outorgada pelo regime militar, bastando comparar o art. 92 da Constituição de 1967 com o atual art. 142.

Outro mecanismo transicional é a responsabilização judicial civil e criminal.

A responsabilidade civil do Estado já havia sido reconhecida ainda em 1978. De fato, no campo civil, o Estado brasileiro já foi responsabilizado civilmente em 1978 pela morte de Vladimir Herzog. Os advogados Sergio Bermudes e Heleno Fragoso ajuizaram ação em nome da família perante a Justiça Federal de São Paulo. O juiz responsável foi Márcio José de Moraes, que, de forma corajosa, condenou a União (UNIÃO, 1978). Atualmente, o Ministério Público Federal tem ajuizado ações para condenar pessoalmente agentes da ditadura³.

Já a responsabilização criminal dos agentes públicos pelos atos da ditadura é questão das mais complicadas. Até hoje nenhum agente foi condenado. A própria discussão acerca da responsabilidade desses sujeitos é uma das mais controvertidas no tema da justiça de transição. Como apontam Sikkink e Walling (2007), importantes teóricos⁴ alertavam para o perigo de que o julgamento de crimes de direitos humanos depois do fim dos regimes autoritários acabaria por permitir mais violações de direitos humanos do que se deixasse o passado para trás.

Entretanto, a pesquisa seminal de Sikkink e Walling demonstrou que um país que já passou por transição pode promover a penalização de seus agentes mesmo 20 anos depois — como no Chile e na Argentina (JUSTIÇA, 2009) — sem qualquer perigo de desestabilização da democracia. Na América Latina, a pesquisa de Sikkink e Walling aponta que, dos 19 países que passaram por transição, 16 usaram leis de anistia. Contudo,

3 Conferir, na Justiça Federal de São Paulo, as seguintes ações: nº 2008.61.00.011414-5; nº 2009.61.00.005503-0; nº 2009.61.00.025168-2 e nº 0021967-66.2010.403.6100. Na Justiça Estadual de São Paulo, familiares ajuizaram a ação nº 583.00.2010.175507-9, que gerou o reconhecimento da responsabilidade de Carlos Alberto Brilhante Ustra pela morte de Luiz Eduardo Merlino. No RJ, o MPF ofereceu, em fevereiro de 2018, a 31ª ação penal por crimes da ditadura. Disponível em: <<http://www.mpf.mp.br/rj/sala-de-imprensa/noticias-rj/mpf-rj-denuncia-medico-da-ditadura-por-participacao-em-tortura>>.

4 As autoras citam Samuel Huntington, Guillermo O'Donnell e Jose Zalaquett, que se referiam de maneira pessimista especificamente à América Latina.

apenas num país o Judiciário interpretou a lei de maneira a barrar julgamentos: o Brasil (SIKKING; WALLING, 2007).

Em 2010, a OAB ajuizou perante o STF a ADPF nº 153 para questionar a Lei da Anistia nesse ponto. Em julgamento por larga maioria (7 a 2), o STF julgou improcedente o pedido. As palavras da ministra Ellen Gracie (BRASIL, ADPF 153) simbolizam o pensamento que norteou os ministros do STF ao legitimar os crimes da ditadura:

Por incômodo que seja reconhecê-lo hoje, quando vivemos outro e mais virtuoso momento histórico, a anistia, inclusive daqueles que cometeram crimes nos porões da ditadura, foi o preço que a sociedade brasileira pagou para acelerar o processo pacífico de redemocratização.

Por fim, o quarto mecanismo transicional é o direito à memória e à verdade.

Tão preocupante quanto o desejo dos regimes autoritários por repressão e perseguição, é imperioso perceber o “desejo de desaparecimento” (2010, p. 237), como nota Safatle. Esse “desejo de apagamento do acontecimento” (SAFATLE, 2010, p. 239) é a questão nuclear quando se discute o direito à memória, como será apresentado. É nesse sentido que se diz que a ditadura foi mais violenta no Brasil que nos demais países da América Latina. O governo brasileiro ainda hoje insiste em medir violência para reconhecer na ditadura brasileira uma repressão menor.

Daí que “a violência simbólica do desaparecimento” (SAFATLE, 2010 p. 239) que se opera no Brasil torna nosso regime autoritário mais violento que os demais porque o esquecimento da violência do passado permite forjar agora uma falsa noção de democracia e aceitar a violência do Estado hoje.

O esquecimento é justamente o que permite que esses crimes tornem a acontecer. De fato, o resgate da memória permite dar uma resposta a esse tipo de violência. Permite que se proteja e que se faça ouvir o discurso dos vencidos e dos oprimidos. Daí a lição de Walter Benjamin, “[...] a tradição dos oprimidos nos ensina que o ‘estado de exceção’ nos qual vivemos é a regra” (2012).

4 A comissão especial de mortos e desaparecidos políticos

Para fins deste trabalho foram escolhidas quatro estruturas da Administração para ilustrar como o tema do direito à memória e à verdade vem sendo tratado no caso brasileiro.

A primeira é a Comissão Especial de Mortos e Desaparecidos Políticos (CEMDP). Primeira a ser analisada porque foi a primeira a ser criada, ainda em 1995, pela Lei Federal nº 9.140/1995.

O avanço crucial nesse tema foi o reconhecimento, por lei, como mortas as pessoas desaparecidas em razão de participação, ou acusação de participação, em atividades políticas, no período de 2 de setembro de 1961 a 15 de agosto de 1979 (art. 1º).

Esse foi o primeiro avanço no tema, vez que se reconheceu oficialmente o desaparecimento político como responsabilidade do Estado.

Ademais, para fins civis, a legislação reconhece como mortos os desaparecidos políticos, permitindo que familiares e ex-cônjuges pudessem resolver em definitivo toda sorte de questões jurídicas no tocante ao direito de personalidade, família e sucessões.

De outro lado, a lei cria, ainda, a Comissão Especial com atribuições para reconhecer pessoas desaparecidas e localizar os corpos – este o seu maior desafio.

Trabalho fundamental da Comissão se dá na busca por ossadas de desaparecidos políticos na região do Araguaia. Inicialmente, entre 2009 e 2010, em conjunto com o Grupo de Trabalho Tocantins criado pelo Ministério da Defesa, em decorrência da Ação Ordinária nº 82.00.24682-5. Posteriormente, acompanhando o Grupo de Trabalho Araguaia, coordenado pelos Ministérios da Defesa, Justiça e SDH, criado também em razão da condenação do Brasil perante à Corte Interamericana de Direitos Humanos, no caso Gomes Lund⁵.

A ausência de explicações a respeito dos desaparecimentos, da sistematização da tortura e do funcionamento do regime militar deixa vítimas, familiares destas e a própria sociedade espoliada do direito à informação. Diante da ausência de informação sobre os crimes cometidos pelo Estado no passado, não surpreendem a falta de explicações e o sigilo dos atos do Estado no presente – vide recente notícia de que assassinatos perpetrados no governo Geisel tinha autorização do presidente⁶. Daí a importância da discussão sobre o que resta da ditadura e sobre a maneira como esses conflitos são dogmatizados.

Os desafios não param.

No Estado de São Paulo, em 1990, ainda no governo Erundina, foi localizada a vala clandestina de Perus. Em 20/2/2018, o Grupo de Trabalho Perus, do qual a CEMDP com-

5 BRASIL. **Relatório sobre Cumprimento de Sentença**. Disponível em: <http://www.consultaesic.cgu.gov.br/busca/dados/Lists/Pedido/Attachments/526449/RESPOSTA_PEDIDO_BRASIL%20-%20Corte%20IDH%20-%20Gomes%20Lund%20e%20outros%20-%20Relatorio%20-%20Cumprimento%20de%20sentena%20-%20maro%20de%202015%20-%20FINAL.pdf>. Acesso em: 14 maio 2018.

6 Chefe da CIA disse que Geisel assumiu controle sobre execuções sumárias na ditadura. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/poder/2018/05/chefe-da-cia-disse-que-geisel-assumiu-controle-sobre-execucoes-sumarias-na-ditadura.shtml>>. Acesso em: 14 maio 2018.

põe o Comitê Gestor, identificou os restos mortais de Dimas Antonio Casemiro, morto em abril de 1971 por agentes de repressão política do regime militar (UNIFESP, 2018).

5 A Comissão de Anistia

A Comissão de Anistia pode ser inserida na ideia de justiça administrativa⁷ (ARAUJO, 2010, p. 1276; CRETELLA JUNIOR, 1972, p. 206), que consiste em examinar se a Administração Pública concretiza pela via administrativa os direitos garantidos na Constituição ou se ela atua de maneira a levar o particular a obter essa concretização no âmbito do Poder Judiciário.

Nesse ponto, o Direito Administrativo brasileiro destacou-se da influência francesa para nutrir-se da fonte do direito anglo-saxão, adotando o *judicial control*. No Brasil, a Administração Pública não decide com força jurisdicional. Contudo, evidentemente não se nega à Administração o direito de decidir (MEIRELLES, 1991, p. 48). Segundo Cretella Júnior, o que caracteriza a justiça administrativa é a “[...] controvérsia na qual a Administração entra como parte” (CRETELLA JUNIOR, 1972, p. 206).

Um órgão que promove justiça administrativa é a Comissão de Anistia, do Ministério da Justiça. A Comissão de Anistia merece ser analisada com mais detalhes porque trabalha exatamente com o tema do direito à memória e à verdade.

A comissão é um modelo de sucesso com mais de dez anos de experiência positiva. Trata-se de um órgão do Governo Federal com vínculo direto ao gabinete do ministro da Justiça e composto por 24 conselheiros. Criada em 2001 pela Medida Provisória nº 2.151-3⁸, a Comissão de Anistia tem a finalidade de examinar pedidos de declaração de anistiado político e conceder a conseqüente reparação econômica de caráter indenizatório aos atingidos por atos do regime autoritário. Tudo no âmbito administrativo⁹. No caso de já existir ação judicial sobre esses assuntos, a lei faculta celebração de transação a ser homologada no juízo competente, autorizando expressamente a Advocacia-Geral da União e as procuradorias jurídicas das autarquias e das fundações públicas federais a celebrar transação nos processos movidos contra a União¹⁰.

7 Poucos autores usam a expressão. Tem o louvor de falar expressamente em justiça administrativa Edmir Netto de Araújo. Antes dele, José Cretella Júnior.

8 Posteriormente revogada pela Medida Provisória nº 65/2002 e convertida na Lei nº 10.559/2002.

9 Inclusive o art. 2º, I, da Lei nº 11.354/2006 prevê expressamente que “[...] o Termo de Adesão a ser firmado pelo anistiado deverá conter expressa concordância com o valor, a forma e as condições de pagamento e, ainda, declaração de que: I – não está e não ingressará em juízo reclamando ou impugnando o valor a ele devido; ou II – se compromete a desistir da ação ou do recurso, no caso de estar em juízo reclamando ou impugnando o valor a ele devido.” (grifo nosso). É dizer, fica vedado o ajuizamento de ação para rediscutir a matéria resolvida no âmbito administrativo. Caso descumpra, o pagamento será suspenso. O STJ tem reiteradas decisões nesse sentido. Conferir recente decisão: STJ. REsp 1328001/RJ. RELATOR: Min. HUMBERTO MARTINS. DJe 25/10/2012.

10 Art. 20, parágrafo único, da Lei nº 10.559/2002.

Os poderes administrativos são amplos e envolvem realização de diligências, requisição de informações e documentos, oitiva de testemunhas e emissão de pareceres técnicos com o objetivo de instruir os processos e os requerimentos, bem como arbitramento, com base nas provas obtidas, do valor das indenizações¹¹.

Até 2010, a Comissão contabilizava um total de 68.517 requerimentos. Em 2001, ano da instituição do órgão, foram quatro sessões realizadas. Esse número salta para 29 no ano seguinte e aumenta exponencialmente para atingir 171 sessões, em 2009, com leve queda em 2010 (119 sessões).

Além das próprias sessões de julgamento, a Comissão de Anistia organiza ações educativas. A principal envolve as “Caravanas da Anistia”, que “[...] consistem na realização de sessões públicas itinerantes de apreciação de requerimentos de anistia política acompanhadas por atividades educativas e culturais.” (BRASIL, 2010, p. 29).

No campo do direito à memória, a Comissão de Anistia tem promovido ações políticas de memória e reparação, como a construção do Memorial da Anistia Política do Brasil, em Minas Gerais, que foi criado pela Portaria nº 858/2008 e cuja inauguração estava prevista para 2013.

De destaque, ainda, as “Clínicas do Testemunho”, criadas em 2012, com sedes em São Paulo, Rio de Janeiro, Santa Catarina e Rio Grande do Sul, que promovem atendimento psicossocial¹².

A Comissão da Anistia é um exemplo positivo de um modelo de Administração Pública garantidora e efetivadora de direitos fundamentais, uma vez que concretiza, no âmbito administrativo, o direito consagrado no art. 8º do ADCT, que assegura reparação de natureza econômica aos atingidos por atos de exceção de motivação exclusivamente política.

Essa comissão é exemplo importante de atuação administrativa democrática, participativa, consensual e, sobretudo, garantidora de direitos fundamentais. Esse modelo de Administração Pública democrática será desenvolvido ao longo do capítulo.

6 A 11ª Conferência Nacional dos Direitos Humanos

As conferências nacionais se inserem em um modelo mais aberto e democrático de gestão da coisa pública. Desse modelo fazem parte outros instrumentos igualmente

11 Art.12, § 3º, da Lei nº 10.559/2002.

12 Clínicas Hoje. Disponível em: <<http://www.justica.gov.br/seus-direitos/anistia/clinicas-do-testemunho-1/clinicas-hoje-1/clinicas-hoje>>. Acesso em: 14 maio 2018.

importantes, como as audiências públicas, as consultas públicas, os conselhos deliberativos, o orçamento participativo e as ouvidorias.

Até pouco tempo, não havia previsão normativa sistematizando os instrumentos participativos. A legislação esparsa e a própria Constituição preveem formas participativas em diversos contextos diferentes. Em 2014, foi confeccionado pela presidente da República o Decreto nº 8.243, de 23 de maio de 2014, instituindo a Política Nacional de Participação Social (PNPS) e o Sistema Nacional de Participação Social (SNPS).

No âmbito normativo, a PNPS define a conferência nacional como uma “instância periódica de debate, de formulação e de avaliação sobre temas específicos e de interesse público, com a participação de representantes do governo e da sociedade civil, podendo contemplar etapas estaduais, distrital, municipais ou regionais, para propor diretrizes e ações acerca do tema tratado” (art. 1, IV).

Na doutrina, é possível conceituar as conferências nacionais como “instâncias de deliberação e participação destinadas a prover diretrizes para a formulação de políticas públicas em âmbito federal.” (POGREBINSHI, 2010, p. 15). Sem fazer uso da expressão conferência nacional, Moreira Neto apresenta um instrumento de participação administrativa muito semelhante: o debate público, como instrumento de participação aberto visando à “legitimidade da ação administrativa” (MOREIRA NETO, 1992, p. 127-128).

Como registro histórico, vale notar que a primeira conferência nacional foi a 1ª Conferência Nacional de Saúde, de 1941, de acordo com informações do Ministério da Saúde (BRASIL, 2012). De lá até 2008 — ano em que se realizou a 11ª Conferência Nacional dos Direitos Humanos — foram realizadas 82 conferências nacionais (POGREBINSHI, 2010, p. 31). Hoje esse número já ultrapassou a marca de 100 conferências (BRASIL, 2013).

Em regra, as conferências nacionais são precedidas de conferências estaduais e municipais.

A conferência nacional é instrumento participativo de estatura constitucional. A partir da EC nº 71/2012, foi criado o art. 216-A, instituindo o Sistema Nacional de Cultura, formado, dentre outras estruturas, pelas conferências de cultura. Nesse passo, ao menos para a cultura, as conferências têm previsão constitucional.

No âmbito infraconstitucional, existe, ainda, previsão legal de conferências locais por força do art. 43 do Estatuto da Cidade.

Nas conferências surgem recomendações que devem ser levadas em conta no momento da criação e da promoção de políticas públicas vinculadas ao tema da conferência. De fato, as políticas públicas criadas serão o reflexo da participação direta dos grupos sociais.

No caso da 11ª Conferência Nacional dos Direitos Humanos, a criação do PNDH-3, fruto das discussões, confere à sociedade um programa de metas que serve de instru-

mento para cobrar a ação do Estado e que serve de pauta de reivindicação na construção de uma administração legal, legítima e de boa qualidade.

A fim de revisar e atualizar o programa de direitos humanos, foi convocada em abril de 2008 a Comissão, instituída pelo Decreto nº 7.037/2009¹³.

A 11ª Conferência Nacional compreendia esses sete eixos temáticos (RESOLUÇÕES, 2012) e dentre eles, “direito à memória e à verdade” (Eixo 7).

Questão que merece atenção é o cenário político internacional em que se deu a Conferência. Em 1995, familiares de mortos e desaparecidos políticos apresentaram uma petição perante a Comissão Interamericana da OEA, em decorrência da ineficácia de ação judicial proposta em 1982.

Em 2008, a Comissão Interamericana finalmente emitiu o relatório com recomendações (OEA, 2010) concluindo que o Estado brasileiro era responsável pelas violações dos direitos humanos das vítimas desaparecidas durante a ditadura.

O Estado brasileiro foi notificado, mas descumpriu o prazo da Comissão. Diante disso, em março de 2009, a Comissão decidiu submeter o caso à jurisdição da Corte Interamericana. No ano seguinte, em novembro de 2010, a Corte Interamericana proferiu sentença condenando o Brasil (OEA, 2010). Com essa decisão, pela primeira vez uma corte internacional julgou e condenou o país pela acusação de crimes de direitos humanos cometidos pelo Estado brasileiro durante a ditadura¹⁴.

Ressalte-se que se encontra pendente de julgamento, ainda, o caso Herzog e outros Vs. Brasil, que se relaciona com a responsabilidade pela detenção arbitrária, tortura e morte do jornalista Vladimir Herzog, em 1975, durante a ditadura militar.

Portanto, esse é o cenário de reivindicação, tanto internamente quanto no âmbito internacional.

Importante destacar que no regimento interno (BRASIL, 2008) da 11ª CNDH, aprovado em abril de 2008¹⁵ — oito meses antes da etapa nacional da conferência —, o direito à memória não aparecia como eixo temático.

Mas a história se altera em Minas Gerais, onde foi inserido na etapa estadual o sétimo e inovador eixo temático: “direito à verdade e à memória”. O então ministro da Secretaria dos Direitos Humanos, Paulo Vannuchi, reconheceu a falha do Governo Federal ao não incluir o direito à memória originalmente (MINAS GERAIS, 2008). Assim, foi retificado o programa oficial da 11ª Conferência Nacional dos Direitos Humanos para incluir o eixo do direito à memória e à verdade.

13 Posteriormente atualizado pelo Decreto nº 7.177/2010.

14 Não foi a primeira condenação do Brasil na Corte. Anteriormente o Brasil já havia sido condenado em 2006 no caso Damião Ximenes e, em 2009, nos casos Escher e Garibaldi.

15 Posteriormente alterado, conforme deliberação do grupo de trabalho nacional, para incluir o direito à memória e à verdade como eixo orientador. Conferir Brasil (2008).

O relatório final aprovou cinco diretrizes e 24 resoluções (BRASIL, 2008).

Como frutos do Relatório Final da Conferência é possível citar o PNDH-3 a criação da Comissão Nacional da Verdade, analisados a seguir.

7 O PNDH-3 e a Comissão da Verdade

7.1 O PNDH-3

O direito à memória e à verdade ganhou espaço importante no 3º Programa Nacional de Direitos Humanos (PNDH-3). Há uma completa acomodação da temática do direito à memória.

O PNDH-3 consubstanciou verdadeiro plano de governo, com objetos bem delineados e apontando os entes responsáveis pela sua concretização. O programa reconheceu que “[...] o Brasil ainda processa com dificuldades o resgate da memória e da verdade sobre o que ocorreu com as vítimas atingidas pela repressão política durante o regime de 1964.” (BRASIL, 2010, p. 170). Os reflexos da ditadura no presente também são apontados no programa (BRASIL, 2010, p. 170).

Foram aprovadas três diretrizes no eixo do direito à memória e à verdade no PNDH-3, exigindo reconhecimento da memória e da verdade como Direito Humano da cidadania e dever do Estado [...]” (BRASIL, 2010, p. 173), a “preservação da memória histórica e a construção pública da verdade [...]” (BRASIL, PNDH-3, p. 176) e, ainda, “a modernização da legislação relacionada com a promoção do direito à memória e à verdade, fortalecendo a democracia [...]” (BRASIL, PNDH-3, p. 176). O programa estabeleceu também ações práticas como ratificar a Convenção Internacional para a Proteção de Todas as Pessoas contra os Desaparecimentos Forçados (2006), que somente em 2016 foi promulgada (Decreto nº 8.767, de 11 de maio de 2016).

7.2 A Comissão Nacional da Verdade no Brasil

A partir do relatório final da 11ª CNDH e do lançamento do PNDH-3, o Poder Executivo então enviou à Câmara dos Deputados, em maio de 2010, o Projeto de Lei nº 7.376/2010, que se desenvolveu por um ano e quatro meses até a aprovação, em setembro de 2011¹⁶, para criar a Comissão Nacional da Verdade (CNV).

¹⁶ Conforme pesquisa em <www.camara.gov.br>.

A instalação da CNV também ocorreu em cumprimento da condenação imposta ao Brasil pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, da OEA, no caso Gomes Lund, como visto.

O objetivo da CNV era examinar e esclarecer as graves violações de direitos humanos praticadas no período de 18 de setembro de 1946 até a data da promulgação da Constituição (art. 1º). A lei, portanto, incluiu não só o período da ditadura militar mas também as violações de direitos durante a ditadura do ex-presidente Getúlio Vargas.

A CNV foi instituída sem prever a necessidade de se fazer justiça.

Consoante o estudo Estado de Direito: ferramentas para Estados pós-conflito¹⁷, da ONU, as comissões da verdade lidam com uma questão fundamental: “[...] questionar os motivos que levaram à autorização de certos eventos pode ser tão importante quanto explicar precisamente o que aconteceu.” (UNITED NATIONS, 2006, p. 27)¹⁸. Tutelar o direito à memória e descrever o que aconteceu não é a única tarefa da comissão. Mais que isso, ela deve explicar por que se permitiu que determinados fatos ocorressem.

Além disso, as comissões da verdade ainda mantêm importante papel da reforma das instituições. Assim, segundo Zyl, as comissões da verdade podem adotar as seguintes medidas (ZYL, 2009):

- Identificação das instituições que devem ser reformadas ou eliminadas;
- Apresentação de propostas para assegurar que sejam reformados o mandato, a capacitação, a dotação de pessoal e as operações das instituições específicas, a fim de garantir sua operação efetiva e de promover e proteger os direitos humanos;
- Saneamento de órgãos, removendo os responsáveis de corrupção ou de violações dos direitos humanos das instituições estatais. (ZYL, 2009, p. 39)

De outra banda, a Comissão Nacional da Verdade — e as demais comissões estaduais e de outros órgãos públicos —, embora não tenha poder jurisdicional para condenar criminalmente, poderia promover justiça administrativa. Retomando a noção de Administração Pública democrática entabulada na abertura, enquanto órgão de Estado ligado à Presidência da República, a CNV poderia servir de instrumento para realizar justiça no âmbito administrativo.

Assim, por exemplo, poderia rever homenagens e honrarias conferidas a militares ou a personalidades que apoiaram ou contribuíram para o regime militar; poderia anular decretos ou instrumentos normativos infralegais que nomeiam espaços públicos com

17 Título traduzido livremente.

18 No original: “[...] the questions of why certain events were allowed to happen can be as important as explaining precisely what happened.”

nomes de pessoas ligadas à ditadura; poderia fazer inserir os dados obtidos no seu relatório final nos livros das escolas públicas brasileiras; poderia punir, de acordo com as normas estatutárias cabíveis, os militares de reserva que ainda hoje comemoram o dia do golpe militar.

O trabalho da CNV se encerrou em dezembro de 2014, com a entrega do seu relatório final¹⁹, mas, desde a instalação da CNV, diversos órgãos e entidades iniciaram um processo de busca pela verdade, como as comissões da verdade no Paraná, Rio de Janeiro, Rio Grande do Sul e São Paulo. Com isso, espera-se que se promova um resgate da história recente do país, a fim de esclarecer as violações de direitos humanos causadas pelos agentes estatais, e que se encontrem respostas para as questões políticas fundamentais do período: quem matou, quem torturou, quem financiou, quem apoiou a ditadura no Brasil.

8 Conclusão

A tradição de uma Administração Pública hermética, refratária à participação e que toma o cidadão como um objeto (o administrado), vai aos poucos dando lugar a um sistema mais aberto, inclusivo e democrático.

Explicamos que, no caso brasileiro, essa ruptura com um estilo autoritário deveu-se a dois fatos: o fim da ditadura e a promulgação da Constituição de 1988.

Como premissa teórica foi analisada a justiça de transição. Nesse contexto, o Estado brasileiro não fez uso dos instrumentos transicionais, a fim de romper completamente com seu passado autoritário e promover uma transição com justiça.

Contudo, importantes avanços merecem reconhecimento. E nesse sentido, foram examinados quatro exemplos, quais sejam, a 11ª CNDH, a Comissão de Anistia, a Comissão Especial de Mortos e Desaparecidos Políticos e o PNDH-3/Comissão da Verdade.

Concluimos que a chegada da democracia no Direito brasileiro é recente. O Estado Democrático de Direito é da segunda metade do século XX, e no Brasil só chegou em 1988, com o final de um período ditatorial que deixou um triste legado a ser resolvido.

O Direito – e mais ainda, a Administração Pública brasileira – ainda estão aprendendo a lidar com a democracia.

¹⁹ Disponível em: <<http://cnv.memoriasreveladas.gov.br/>>. Acesso em: 26 mar. 2018.

Referências

- ABRÃO, Paulo; GENRO, Tarso, ; GENRO, Luciana. **Direitos humanos**: o Brasil no banco dos réus. São Paulo: LTr, 2012.
- ABRÃO, Paulo; GENRO, Tarso. **Os direitos da transição e a democracia no Brasil**: estudos sobre justiça de transição e teoria da democracia. Belo Horizonte: Fórum, 2012.
- AMBOS, Kai. **O marco jurídico da justiça de transição**. In: AMBOS, Kai et al. Anistia, justiça e impunidade: reflexões sobre a justiça de transição no Brasil. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2010.
- ARAÚJO, Edmir Netto de. **Curso de direito administrativo**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- ASSEMBLEIA LEGISLATIVA DO ESTADO DE PERNAMBUCO. **Justiça aprova criação da Comissão Estadual da Verdade**. Disponível em: <<http://www.alepe.pe.gov.br/sistemas/noticias/?arquivo=noticia.php&id=17010&data=&texto=Mem%F3ria%20e%20Verdade&pagina=1>>. Acesso em: 15 jan. 2013.
- BARROSO, Luís Roberto. Dez anos de Constituição de 1988 (Foi bom pra você também?). **RDA**, Rio de Janeiro, n. 214, p. 1-25, out./dez. 1998.
- BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). **Revista de Direito da Procuradoria-Geral do Rio de Janeiro**. Rio de Janeiro, n. 60, p. 137-179, 2006.
- _____. **Vinte anos da Constituição brasileira de 1988**: o Estado a que chegamos. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.
- BINENBOJM, Gustavo. **Temas de direito administrativo e constitucional**: artigos e pareceres. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- BRASIL. Ministério da Justiça. **Relatório anual da Comissão de Anistia**. 2010. Disponível em: <<http://goo.gl/1X1Cf>>. Acesso em: 6 nov. 2012.
- BRASIL. Ministério da Saúde. **1ª Conferência Nacional de Saúde**. Disponível em: <http://portal.saude.gov.br/portal/saude/cidadao/area.cfm?id_area=1117>. Acesso em: 22 abr. 2012.
- BRASIL. **Relatório sobre Cumprimento de Sentença**. Disponível em: <http://www.consultaesic.cgu.gov.br/busca/dados/Lists/Pedido/Attachments/526449/RESPOSTA_PEDIDO_BRASIL%20-%20Corte%20IDH%20-%20Gomes%20Lund%20e%20outros%20-%20Relatrio%20-%20Cumprimento%20de%20sentena%20-%20maro%20de%202015%20-%20FINAL.pdf>. Acesso em: 14 maio 2018.
- _____. **Resoluções aprovadas na 11ª Conferência Nacional de Direitos Humanos**. Disponível em: <http://www.mp.ro.gov.br/c/document_library/get_file?p_l_id=11116&folderId=11332&name=DLFE-36019.pdf>. Acesso em: 7 jan. 2013.
- BRASIL. Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República. **Programa Nacional de Direitos Humanos (PNDH-3)**. Brasília: SDH/PR, 2010. Disponível em: <<http://portal.mj.gov.br/sedh/pndh3/pndh3.pdf>>. Acesso em: 1º fev. 2012.
- BRASIL. Secretaria-Geral da Presidência da República. **Conferências nacionais realizadas (1941-2010)**. Disponível em: <http://www.secretariageral.gov.br/arquivos/arquivos-novos/CONFERENCIAS%20NACIONAIS_Tabela_1941_%202010_26abril2010.pdf>. Acesso em: 3 jan. 2013.
- CLÉVE, Clémerson Merlin. O cidadão, a administração pública e a nova Constituição. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 27, n. 106, p. 81-98, abr./jun. 1990.
- CRETELLA JÚNIOR, José. **Tratado de direito administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 1972. v. 10.
- FERRAZ, Sérgio. O papel da participação do cidadão no sistema constitucional. **Revista de Direito Público**, São Paulo, n. 84, p. 157-162, out./dez. 1987.
- MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 16. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

MEZZAROBA, Glenda. O processo de acerto de contas e a lógica do arbítrio. In: TELES, Edson; SAFATLE, Vladimir (Org.). **O que resta da ditadura**. São Paulo: Boitempo, 2010.

MINAS GERAIS. **3ª Conferência Estadual de Direitos Humanos. Abertura, painel e debates**. 11 set. 2008. Disponível em: <http://www.almg.gov.br/openscms/export/sites/default/acompanhe/eventos/hotsites/2008/direitosHumanos/pdfs/Notas_taquigraficas_11_09_08.pdf>. Acesso em: 2 jan. 2013.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Direito da participação política**: legislativa, administrativa, judicial – fundamentos e técnicas constitucionais da legitimidade. Rio de Janeiro: Renovar, 1992.

POGREBINSCHI, Thamy (Coord.). **Conferências nacionais, participação social e processo legislativo**. Brasília: Secretaria de Assuntos Legislativos do Ministério da Justiça, 2010. (Série Pensando o Direito, n. 27). Disponível em: <<http://portal.mj.gov.br/main.asp?View={329D6EB2-8AB0-4606-B054-4CAD3C53EE73}>>. Acesso em: 8 maio 2012.

PORTAL DO GOVERNO DO ESTADO DO PARANÁ. **Governo do Paraná cria Comissão Estadual da Verdade**. 29 nov. 2012. Disponível em: <<http://www.justica.pr.gov.br/modules/noticias/article.php?storyid=569>>. Acesso em: 15 jan. 2013.

PORTO, Fernanda. **Alerj aprova Comissão Estadual da Verdade**. Site da Assembleia Legislativa do Rio de Janeiro. Disponível em: <http://www.alerj.rj.gov.br/common/noticia_corpo.asp?num=43500>. Acesso em: 15 jan. 2013.

SAFATLE, Vladimir. Do uso da violência contra o Estado ilegal. In: TELES, Edson; SAFATLE, Vladimir (Org.). **O que resta da ditadura**. São Paulo: Boitempo, 2010.

SIKKINK, Kathryn; WALLING, Carrie Booth. The impact of human rights trials in Latin America. **Journal of Peace Research**. Los Angeles, v. 44, n. 4, p. 427-445, 2007.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

TEITEL, Ruti G. Transitional justice genealogy. **Harvard Human Rights Journal**, Cambridge, v. 16, p. 69-94, Spring 2003.

TORELLY, Marcelo. **Justiça de transição e Estado Constitucional de Direito**: perspectiva teórico-comparativa e análise do caso brasileiro. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2012.

UNIÃO culpada no Caso Herzog. **Folha de S.Paulo**, São Paulo, 28 out. 1978.

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SÃO PAULO – UNIFESP. Grupo de Trabalho Perus identifica restos mortais de militantes políticos. 20 fev. 2018. Disponível em: <<http://www.unifesp.br/boletins-anteriores/item/3186-grupo-de-trabalho-perus-identifica-restos-mortais-de-militante-politico>>. Acesso em: 25 mar. 2018.

UNITED NATIONS. **Rule of Law Tools for Post Conflict States Vetting**: an operational framework, 2006. Disponível em: <<https://www.un.org/ruleoflaw/blog/document/rule-of-law-tools-for-post-conflict-states-vetting-an-operational-framework/>>.

ZYL, Paul Van. Promovendo a justiça transicional em sociedades pós-conflito. **Revista Anistia Política e Justiça de Transição**, Brasília, n. 1, p. 32-55, jan./jun. 2009.



A MEMÓRIA NA TRANSIÇÃO
BRASILEIRA: O BLOCO “PORÃO
DO DOPS” E A ATUAÇÃO DO
MINISTÉRIO PÚBLICO

*Lahis da Silva Rosa*¹

Resumo: O presente trabalho busca fazer uma análise do caso veiculado pela imprensa no carnaval do corrente ano, quando determinado grupo de jovens organizou um bloco com clara referência ao período ditatorial no Brasil, prestando homenagens a reconhecidos torturadores da época e reunindo-se em frente à antiga sede do Dops, principal ponto de concentração da tortura no Brasil. Diante desse cenário, o Ministério Público de São Paulo ajuizou ação civil pública contra os organizadores, buscando a suspensão das atividades do grupo, o que teve um desdobramento jurídico que merece detida análise. Nesse aspecto, visando apresentar uma análise crítica do assunto apresentado, este trabalho mostra a concepção de memória para buscar perceber as ausências e presenças do pensamento autoritário em nossa sociedade democrática, com base no caso.

Palavras-chave: Justiça de transição. Memória. Ministério Público.

Abstract: *This study seeks to analyze the case published by the press in the carnival of this year, when a group of young people organized a party with reference to the dictatorial period in Brazil, paying tribute to the recognized torturers of the time and meeting in front of the former headquarters of the DOPS, the main point of concentration of torture in Brazil. Faced with this scenario, the Public Prosecutor of São Paulo filed a public civil action against the organizers, seeking the suspension of the group's activities, which had a legal breakdown that deserves analysis. In this aspect, in order to present a critical analysis of the presented subject, this work presents the conception of memory to seek to perceive the absences and presences of authoritarian thinking in our democratic society, based on the case.*

Keywords: *Transitional justice. Memory. Public Ministry.*

1 Advogada. Mestranda em Direito, Estado e Constituição pela Universidade de Brasília (UnB). Integrante do Grupo de Pesquisa sobre Justiça de Transição no Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Brasília (PPGD-UnB).

1 Introdução

Quando falamos de justiça de transição, é necessário recorrer ao conceito estabelecido pela ONU para os países que saíram de um momento de autoritarismo (ONU, 2004). Assim, para alcançar um momento diferente do anterior, essa comunidade precisa passar por alguns pilares, independentes e complementares entre si, quais sejam: memória e verdade; reparação; justiça e reforma das instituições.

Quando tratamos de memória e verdade, estamos, em apertada síntese, tratando da necessidade de conservar acervos efetivos das ocorrências do período que ocupem espaço não só fisicamente nas estruturas do país como também no consciente coletivo, sendo capaz de perpassar a história daquela sociedade e construir um futuro conectado com o que se pretende construir para aquela nação.

Da mesma forma, quando se trata da reparação, pretende-se reconstituir, de forma simbólica e material, aqueles que sofreram consideráveis violações em suas vidas no período de atuação do regime autoritário, para, assim, caminhar corroborando com a concepção de memória da transição democrática.

No âmbito da justiça, encontram-se as buscas de persecução dos violadores de direitos humanos, aqueles responsáveis diretos pela atuação estatal que provocou a necessária reparação. Essa dimensão pretende resolver os conflitos passados, punindo os crimes ocorridos, e ainda comprometer os agentes públicos com suas ações no presente e no futuro.

Por fim, quando tratamos de reforma das instituições, temos como escopo fundamental a reestruturação dos órgãos estatais e a revisão de seus atos internos para melhor composição e formulação de pensamento democrático. Esse ponto, em especial, é o considerado mais abrangente, visto que se compromete com a reformulação das instituições que representam o Estado por meio de seus agentes.

Nesse sentido, diversas são as ocorrências que nos colocam diante de uma grave afronta à evolução dessa transição, considerando que o país vive um momento de retrocessos incontáveis. Uma dessas ocorreu no carnaval do corrente ano, quando um grupo de jovens se apresentou como organizadores do bloco “Porão do Dops”, fazendo clara referência aos instrumentos de tortura desse órgão de repressão, com homenagens aos seus líderes e principalmente condenação pública dos supostos comunistas.

Diante disso, buscando impossibilitar esse remonte do cenário ditatorial durante o carnaval paulista, o Ministério Público ajuizou ação civil pública que resultou em alguns resultados judiciais e algumas análises que convém ser postas em encadeamento lógico para que possamos nos deparar com o que vem se pondo diante de nossos olhos no Brasil e o papel das instituições neste momento.

Com isso, o presente trabalho apresenta uma narrativa dos fatos e a análise do papel do Ministério Público nessa seara, bem como corrobora uma análise crítica dos fatos ocorridos e do que está por trás destes.

2 O caso judicial do bloco "Porão do Dops"

Um evento no Facebook divulgou para o sábado de carnaval um bloco de celebração que, de acordo com os organizadores contaria com "cerveja, opressão, carne, opressão, marchinhas opressoras". Esse desfile ocorreria em frente ao local reconhecido como o maior centro de tortura durante a ditadura no Brasil, além disso, o bloco levaria o nome de referência desse centro, chamando-se "Porão do Dops". O grupo usou sua página na internet para convocar os foliões com uma tendenciosa filiação ideológica, dizendo: "Se você é anticomunista, não pode perder! Venham à caça, soldados!".

Ocorre que o Ministério Público de São Paulo, ao constatar os fatos, identificou apologia à tortura e ingressou com ação civil pública contra os organizadores, pugnando pelo impedimento do desfile e pela desmobilização do grupo nas páginas da internet. Esse pedido fora distribuído para a 39ª vara cível de São Paulo e sentenciado por esse juízo².

No entanto, a sentença não atendeu aos anseios do órgão e decidiu pela impossibilidade de coibir os atos dos foliões antes mesmo que estes o fizessem. Diante do caso, vale apresentar neste texto alguns argumentos da juíza, a qual, utilizando-se da Constituição Federal, afirmou que se trata de um contexto para garantir a necessária liberdade de expressão dos cidadãos, assim dizendo que "o legislador constituinte consagrou no artigo 5º diversos direitos e garantias individuais e coletivos, dentre eles, a liberdade de expressão e de manifestação de pensamento"

A magistrada seguiu o raciocínio apontando que:

O dispositivo contido no artigo 220 tutela a manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, vedando qualquer limitação prévia, no tocante à censura de natureza política, ideológica e artística.

A juíza incita o argumento da defesa de que a censura prévia não é permitida no Brasil, o que impede o aceite dos pedidos do Ministério Público.

Encadeando o raciocínio para indeferir os pedidos, o juízo afirma que quanto aos homenageados do bloco, o delegado Sérgio Fleury e o coronel Ustra, não há o que questionar, uma vez que:

² O processo judicial não pode ser acessado em sua íntegra, e os trechos foram retirados da reportagem em referência ao final do trabalho.

Por si só não configura exaltação à época de exceção ou das pessoas lá indicadas que, sequer, foram reconhecidas judicialmente como autores de crimes perpetrados durante o regime ditatorial, em razão da posterior promulgação da Lei de anistia.

Comprovando o desconhecimento dos rumos tomados no período histórico posterior à promulgação da Lei da Anistia.

Da mesma forma, eximindo a responsabilidade institucional do Judiciário nestes casos, a juíza afirmou claramente que não cabe sua interferência neste âmbito, sendo inclusive uma cara interferência na harmonização dos poderes, definindo que "o Poder Judiciário não tem, em regra, esse poder censório prévio de limitar e de suprimir o direito fundamental da liberdade de expressão e da liberdade de pensamento, conforme busca o MP".

Por fim, como forma de concluir sua decisão de primeira instância, a magistrada buscou fundamento na Lei nº 7.716/1988 para afirmar que o pedido liminar só poderia ser deferido caso tivesse correlação com manifestações que veiculassem ideias nazistas, concluindo da seguinte forma: "Ademais, em relação a fatos históricos o ordenamento jurídico somente autoriza a prévia censura e de forma expressa, a atos vinculados à divulgação do nazismo (Lei nº 7.716/1988)".

Essa decisão causou as mais diversas manifestações, encontrando apoiadores e opositores em sites da internet. Uma das líderes do bloco de carnaval afirmou em entrevista que a decisão reflete um Judiciário "dentro da realidade nacional, em vez de criminalizar apenas um lado". Complementa que não houve apologia à tortura, dizendo que: "reconhece que houve uma repressão, mas a gente não reconhece a ditadura. A gente culpa os grupos de guerrilha da época, por terem praticado terrorismo".

Em momento oportuno, o Ministério Público de São Paulo recorreu com os mesmos fundamentos iniciais e contando com um documento assinado por 25 entidades demonstrando a repulsa à decisão judicial que indeferiu os pedidos da ação civil pública ministerial. Nesse documento, as entidades afirmam que:

A prevenção e o combate à tortura integram a nossa Constituição, através da Declaração dos Direitos Humanos, e estão presentes em todos os Tratados, Pactos e Convenções Internacionais assinados pelo Brasil sobre o assunto.

Destaca-se que no decorrer do recurso, o Ministério Público versa sobre as limitações da liberdade de expressão, eleita como ponto central para a condução da decisão

da magistrada, afirmando que: "não se trata de direito absoluto, já que encontra limites no direito alheio, isto é, no direito do outro de ter sua memória, imagem e dignidade respeitadas".

Da mesma forma, em uma brilhante construção argumentativa, o recorrente afirma que a condição para censura prévia apresentada pela juíza, de correlação com o nazismo, é ineficaz e deixa de compreender os limites traçados pelo avanço dos direitos humanos no Brasil, afirmando que, se funcionasse da forma como afirma a magistrada,

seria possível, então, que houvesse divulgação de propaganda do estupro, da tortura, do homicídio, do sequestro, da pedofilia, do genocídio, desde que não fosse usada a cruz suástica. Seria possível, inclusive, a propaganda elogiosa das experiências com seres humanos vivos, realizadas por Josef Mengele, no regime nazista, desde que não houvesse expressa vinculação com a suástica ou com o nazismo.

Reconhecendo a situação fática apresentada pelo Ministério Público, o Tribunal de Justiça de São Paulo reconhece em segunda instância a razão deste e decide que o grupo de carnaval deve "se abster de utilizar expressões, símbolos e fotografias que possam ser claramente entendidas como 'apologia ao crime de tortura' ou a quaisquer outros ilícitos penais, seja através das redes sociais, seja mediante desfile ou manifestação em local público", determinando as medidas coercitivas e providências a serem tomadas pelos líderes do grupo.

3 O lugar de atuação do Ministério Público nas práticas da justiça de transição

Faz-se necessário abrir um parêntese importante para destacar o lugar em que deve estar posicionado o Ministério Público no momento em que se analisa a justiça de transição no Brasil. Essa pausa se justifica, principalmente, pela constatação de uma dissonância entre o que representa a Instituição e como as notícias veiculadas sobre o assunto aqui tratado repercutiram nos meios sociais.

Isso porque, com uma simples análise de publicações e comentários sobre o tema, nota-se que muito se questionou sobre a percepção da figura do Ministério Público de São Paulo como propositora da ação, em especial em reportagem que chama a ocorrência de "ativismo jurídico tendencioso do Ministério Público".

Ocorre que é preciso recorrer à memória institucional do órgão para refazer o caminho que o levou à presente formatação. Isso porque, antes da promulgação da Consti-

tuição Federal de 1988, esse ministério funcionava basicamente como uma assessoria do Poder Executivo, uma espécie de Consultoria Jurídica da União, o que vinculava os promotores ao Poder Executivo sem nenhuma independência funcional, regulamentando-se conforme a vontade destes (MAZILLI; PASSOS, 2014, p. 96).

Com o advento da Constituição de 1988, o Ministério Público ganhou uma nova frente de atuação, trabalhando para proteger e fiscalizar os princípios fundamentais da sociedade, atuando com independência dos demais poderes e garantias que lhe permitem uma atuação comprometida com a Carta Magna e não com interesses pessoais.

Essa nova concepção deu aos integrantes desse órgão uma nova concepção de sua atuação na sociedade brasileira, que incentivou as diversas ações contra os apontados torturadores e violadores de direitos humanos no Brasil – os pedidos de mudança de nomes de ruas que prestam homenagem a militares e envolvidos nas práticas penosas do período militar no Brasil, a produção de relatórios, dossiês e grupos de estudos para solucionar questões relacionadas ao período militar no Brasil e participar ativamente da justiça de transição.

Ademais, as próprias recomendações da Comissão Nacional da Verdade são diretamente voltadas ao âmbito de atuação do Ministério Público, como prevenção de tortura nos aparatos estatais, defesa do extermínio dos povos indígenas pelo Estado e até mesmo a reformulação da própria Instituição.

Destaca-se que a justiça de transição, em seu conceito fixado pela ONU, pretende promover a concretização da democracia nos países em momento posterior a uma série de violações de direitos humanos e predomínio do pensamento autoritário, o que coaduna com os propósitos do Ministério Público previstos pela Constituição Federal.

Nesse sentido, cabe ao órgão o acompanhamento das ações sociais que tenham cunho atentatório aos postulados já estabelecidos sobre as ocorrências no Brasil no período de ditadura, não podendo se omitir diante de atos que vão de encontro ao pensamento do Estado Democrático de Direito. Assim, resta consolidado o papel desse órgão na justiça de transição, atuando de maneira estratégica nos pilares da transição.

4 Ausências e presenças da memória na transição democrática brasileira

Postos os fatos e demonstrada a condizente atuação do Ministério Público no presente caso em estudo, faz-se necessário pontuar alguns elementos que vêm à tona no momento em que falamos da transição democrática no Brasil, que ocorre desde 1988 e encontra-se em um claro período de retrocessos.

Em um primeiro momento, no âmbito da justiça de transição, o pilar da memória e verdade é facilmente conceituado como a necessária conservação das ocorrências reais do período ditatorial no Brasil, de modo que essa memória seja conhecida pela sociedade e valorizada para que não sejam esquecidas as vítimas diretas das violências do autoritarismo e dos reflexos sociais que este nos causou.

Entretanto, quando vamos mais a fundo nesse âmbito, deparamo-nos com a concepção de memória de François Ost (2005, p. 57), que em seu livro divide esse campo em quatro paradoxos para que se tenha uma visão mais profunda e complexa do assunto. O primeiro deles diz respeito à memória social, quando o autor afirma que a memória é social e não individual, relacionado-se com os fundamentos de determinado conjunto cultural, ou de determinado grupo, assim, a memória é formada pelo que valoriza ou deixa de valorizar esse complexo de pessoas (OST, 2005, p. 57).

Em um segundo paradoxo, o autor estabelece que a memória é formada a partir do presente, então determinada sociedade fará a leitura do passado pela perspectiva do que lê no presente, construindo, assim, sua memória social. O terceiro destes, por sua vez, constata que a memória é voluntária, isto é, parte de uma construção motivada para dar significados coerentes com a leitura do presente para ocorrências do passado.

Por fim, esse mesmo autor apresenta o último paradoxo como aquele que diz que “a memória não se opõe ao esquecimento, ela o pressupõe” (OST, 2005, p. 59), para assim demonstrar que o trabalho com as estruturas da memória para a formação de uma sociedade diz respeito também ao trabalho com o esquecimento, organizado de forma seletiva, conforme o interesse de construção da memória social a partir das significações do presente.

Essa concepção teórica nos parece distante com sua simples leitura, entretanto, eis aqui uma ótima oportunidade de aplicação aos fatos. Isso porque, no momento em que nos deparamos com o caso, não restam dúvidas de que a memória sobre o período da ditadura está presente em cada um dos grupos envolvidos, entretanto, cada um a seu modo.

O Ministério Público nos demonstra uma memória viva de que é preciso institucionalizar as políticas democráticas, retirando o Estado o que restou de autoritário, com uma atuação incisiva que pondera os princípios da forma adequada e, quando se vê entre a liberdade de expressão e a memória dos torturados, desaparecidos e mortos pelo Estado brasileiro, decide pela condução do que é mais caro à manutenção da democracia no país.

A magistrada, por sua vez, também apresenta a memória da ditadura, dos fatos ocorridos no país, faz referência à Lei da Anistia, alinha seu discurso ao do Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADPF 153, mas deixa de se amparar na necessária coerência do ordenamento jurídico, não se depara com as condenações feitas pelo próprio Tribu-

nal de São Paulo, que reconhece como torturadores os homenageados, deixa de reconhecer, talvez, a existência de uma ditadura e, principalmente, não se compromete com a recomendação de uma transição interna no Poder Judiciário, sugerida pela Comissão Nacional da Verdade em seu relatório público e disponível em sua plataforma digital.

Entretanto, a memória que se apresenta mais viva quanto aos tempos da ditadura no Brasil é a que circula no grupo de carnaval que propõe o evento, os integrantes conhecem os responsáveis pela tortura (e rendem homenagens), conhecem os que estavam na mira das violações do regime (perseguidos por integrarem supostamente a ameaça comunista) e ainda elegem como local adequado para a ocorrência do evento aquele que também fora escolhido pelos militares para a prática dos diversos e comprovados meios de tortura no Brasil a partir de 1964.

Ora, se a memória se constrói a partir do esquecimento, os grupos envolvidos nessa ação judicial se apegam àquilo que convém ao seu grupo social, esquecendo cada um de um aspecto que lhe é relevante. A organização seletiva, entretanto, tem um preço, produz uma memória ativa que se ressignifica a cada momento no Brasil e deixa de carregar os sentidos de uma democracia, esvazia o pensamento crítico e se compromete cada vez mais com personalidades, o que deságua em uma eterna manutenção do autoritarismo em nossas estruturas.

Essa questão precisa ser analisada com cautela, precisa de elementos quantitativos, para que tenhamos a exata dimensão do quanto se pretende esquecer — principalmente nos últimos tempos — do que é caro ao país que se afirma Estado Democrático de Direitos, visto que só o cálculo exato será capaz de nos apresentar o resultado provável dos caminhos que vêm tomando nossa democracia.

5 Conclusões

No âmbito da transição democrática no Brasil, uma análise superficial nunca é suficiente. Mesmo porque esse campo exige uma conjugação de fatores que deve estar alinhado com valores condizentes não só com a nossa realidade social como também com as pretensões que temos para uma construção futura.

Desde o início dos trabalhos da comissão da anistia no Brasil, o país presenciou grandes avanços nesse campo. Entretanto, com o passar dos anos e as dificuldades de institucionalização das políticas de Estado para a promoção de uma democracia de fato, é possível identificar alguns fatores de desmobilização que nos colocam em um cenário preocupante de retrocessos e desmonte das políticas já existentes.

No caso da memória, existe não só um claro bloqueio no desenvolvimento de políticas públicas neste sentido mas também uma não assimilação do conteúdo produzido

pelas próprias instituições do país. Esses elementos são capazes de formar uma sociedade sem nenhum compromisso com a narrativa de sua história, o que possibilita o cenário perfeito para situações como a que analisamos neste trabalho.

Ademais, em um país que viveu anos intensos de ditadura como viveu o Brasil, não é de se esperar que um grupo de jovens se una em frente à sede de um dos maiores aparatos de tortura do país para homenagear militares que judicialmente foram reconhecidos como torturadores e ainda usar da liberdade de expressão como subterfúgio para manter a ideia.

A discussão aqui não deve perpassar somente apologia à tortura, ao anticomunismo, aos direitos de expressar pensamentos discordantes. O debate deve ir além, é preciso perceber a ausência de memória gritante que se apresenta no país quanto aos fatos da ditadura, quanto aos sentidos da conhecida frase “para que não se esqueça, para que nunca mais aconteça”.

Faz-se necessário perceber principalmente a memória presente nesses pontos, a presença da memória judicial em que não é permitido veicular apologias ao nazismo sem conseguir fazer a paralelização dos fatos, dos atos e, ao menos assim, tornar viável uma interpretação legal dos princípios democráticos; a presença de memória dos jovens que, celebrando o carnaval, anseiam pela opressão do outro, daquele que, se comunista, não pode ter a liberdade de expressão por estes pleiteadas e deve ser alvo da repressão. Repensar as ausências e presenças é um caminho que precisa ser coletivamente avaliado para a construção da memória social.

Referências

ABRÃO, P. Passado, presente e futuro: o papel, democrático dos direitos da transição. In: JÚNIOR, José Geraldo de Sousa et al. (Org.). **O direito achado na rua**: introdução crítica à justiça de transição na América Latina. Brasília: UnB, 2015.

ALMEIDA, Eneá de Stutz e (Org.). **Justiça de Transição no Brasil** – apontamentos. Curitiba: CRV, 2017.

ARAÚJO, Glauco. Justiça proíbe bloco porão do DOPS no carnaval de São Paulo. **G1-SP**. Disponível em: <<https://g1.globo.com/sp/sao-paulo/noticia/justica-proibe-bloco-porao-do-dops-no-carnaval-de-sao-paulo.ghtml>>. Acesso em: 14 mar. 2018.

ARQUIVO NACIONAL. **Memórias Reveladas**. Disponível em: <<http://www.memoriasreveladas.gov.br/>>. Acesso em: 25 jun. 2017.

AVRITZER, L. Cultura política, atores sociais e democratização: uma crítica às teorias da transição para a democracia. In: _____. **A moralidade da democracia**. São Paulo/Belo Horizonte: Perspectiva/UFMG, 1996.

BARBOSA, Marco Antônio Rodrigues; VANNUCHI, Paulo. Resgate da memória e da verdade: um direito de todos. In: SOARES, Inês Virgínia Prado Soares; KISHI, Sandra Akemi Shimada. **Memória e Verdade**. A Justiça de Transição no Estado Democrático Brasileiro. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2009.

CONSTANTINO, Rodrigo. Bloco Porão do DOPS e o ativismo seletivo do Ministério Público. **Gazeta do Povo**. 2018. Disponível em: <<http://www.gazetadopovo.com.br/rodrigo-constantino/artigos/bloco-porao-dops-e-o-ativismo-seletivo-ministerio-publico/>>. Acesso em: 10 mar. 2018.

LARA, Wallace. Juiza de São Paulo nega pedido do MP e libera bloco porão do DOPS. **Globo**. 2018. Disponível em: <<https://g1.globo.com/sp/sao-paulo/carnaval/2018/noticia/juiza-de-sao-paulo-nega-pedido-do-mp-e-libera-bloco-porao-do-dops.ghtml>>. Acesso em: 11 mar. 2018.

MAZZILI, Hugo Nigro; PASSOS, Darcy Paulillo. Ministério público na ditadura e na transição democrática. **Revista Jurídica ESMP**, São Paulo, v. 6, p. 209-242, 2014.

O'DONNELL, Guillermo; SCHIMITTER, Philippe. **Transitions from Authoritarian Rule**. Londres: The Johns Hopkins Univ. Press, 1986.

OLIVEIRA, R. C. Entre a permanência e a ruptura: o legado autoritário na condução de instituições políticas brasileiras e a justiça de transição. In: SILVA FILHO, José Carlos Moreira da (Org.). **Justiça de transição no Brasil**: violência, justiça e segurança [recurso eletrônico]. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2012.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS – ONU. **The rule of law and transitional justice in conflict and post-conflict societies**. Relatório da Secretária Geral do Conselho de Segurança. Nova Iorque, 2004.

OST, François. **O tempo do direito**. Lisboa: Instituto Piaget, 1999.

9 DIREITO AO ESQUECIMENTO
E DIREITO À MEMÓRIA:
ANTAGONIAS JURÍDICO-PENAIIS
NA TRANSIÇÃO DEMOCRÁTICA

Caroline Bussoloto de Brum¹

Resumo: O presente artigo trata sucintamente sobre dois direitos pouco confrontados na área jurídica: o direito ao esquecimento e o direito à memória. Em um primeiro momento, tais conceitos mostram-se antagônicos pela defesa diametralmente oposta de valores que envolvem causas sensíveis, especialmente no tocante ao esquecimento ou à memória de delitos. Delitos estes, analisados aqui, cometidos pelo Estado enquanto em um regime militar, e avaliada sua necessidade de esquecimento ou preservação da memória na transição democrática. Assim, a relevância do tema ainda se mostra presente, mesmo após 30 anos da promulgação da Constituição Cidadã, uma vez que é constante a necessidade de reavivar os eventos passados a fim de tê-los como fonte de embasamento para evitar suas repetições no futuro.

Palavras-chave: Direito ao esquecimento. Direito à Memória. Regime Militar.

Abstract: *This article deals briefly with two rights that haven't been explored in the law area: the right to be forgotten and the right to memory. At first, these concepts are diametrically antagonistic for their opposed values that involve sensitive causes, especially regarding forgetfulness or memory of crimes. These crimes, analyzed here, are those committed by the State, while in a military regime, and evaluated their need to forget or preserve memory, in the democratic transition in the 70s and 80s. Thus, the relevance of the theme is still present, even after 30 years of promulgation of the Citizen Constitution, since there is a constant need to revive past events in order to have it as a source to avoid its repetition in the future.*

Keywords: *Right to be forgotten. Right to memory. Military Regime.*

¹ Mestranda no Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, especialista em Direito Penal e Políticas Criminais pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Advogada.

1 Introdução

A força do ente estatal, sem consolidação física, mas representado como poderoso e temerário, sempre esteve presente nas civilizações organizadas, poucas fugindo desse modelo de estruturação social. Acompanhado do imaginário do Estado, sua personificação ocorreu por diversos meios de controle, apresentando-se como monárquico, oligárquico, republicano, ditatorial ou autoritário, mas a ilusão de superioridade àqueles que estão a ele submetidos, estava constantemente presente. No Brasil, não foi diferente.

Ao experimentar diversos modelos de estrutura estatal, acabou por ser imposto, pela tomada ilegal do poder no ano de 1964, o regime militar, que se tornou um dos eventos traumáticos do século XX no país. A marca deixada por tal regime espalhou-se através das décadas, tendo fim em meados dos anos 1980, e os vinte e um anos de ditadura não puderam ser simplesmente esquecidos.

A busca por um futuro democrático trouxe à tona uma dualidade a ser enfrentada pelo Estado de Direito agora em vigor: cabe apenas esquecer o passado e garantir um novo começo, sem a constante lembrança dos crimes e atrocidades cometidas, ou caberia o real enfrentamento dos fatos, seus esclarecimentos e a busca pela reparação e punição dos envolvidos? Diante da edição da Lei da Anistia, sua contestação no Supremo Tribunal Federal e a resposta dada ao tema, cabe fazer algumas considerações de como chegamos até este momento autoritário e como, na democracia, foi tratado (ou negligenciado) o tema.

2 Presença do autoritarismo na formação dos Estados ocidentais

A necessidade de impor limites aos poderes do Estado surge com o Estado em si. Este, em suas diversas variações, sempre existiu como uma força vertical aos cidadãos, e essa força, por diversas vezes, excedeu-se quanto ao seu papel precípua, fazendo com que fosse necessária a proteção do cidadão do próprio Estado.

Anterior a qualquer ideia de cidadania e democracia participativa, os cidadãos limitavam-se à passividade frente aos desmandos do governante, não podendo adotar quaisquer tipos de medidas que pudessem garantir minimamente sua integridade frente à poderosa estrutura estatal.

Tais poderes totalitários podem ser entendidos como “ditaduras”, não no sentido militar propriamente e comumente conhecido, mas pela caracterização como um regime político no qual o governo do Estado está monopolizado por uma só pessoa ou, ainda,

por um reduzido número de pessoas que efetivamente detém o poder, sem que haja restrições de nenhuma espécie (SPINDEL, 1981, p. 7).

Obviamente, tais governantes não advinham de classes sociais menos favorecidas, pela própria necessidade de estabilização no poder, que somente conseguiriam por meio da sua condição econômica. Seu poder frente a seus subordinados só é irrestrito dentro dos limites estabelecidos pelos interesses econômicos dessa classe social da qual ele é o representante. Além do apoio financeiro da classe social dominante para manter-se no poder, foi utilizada como estratégia de diversos governantes ao longo da história a repressão por meio de aparelhos diretamente subordinados ao Estado, sempre em grande escala (SPINDEL, 1981, p. 8-9).

A fim de reafirmar seu poder frente aos seus súditos, o representante do Estado, em matéria criminal, sempre exacerbou os modos com os quais punia os infratores à época, fazendo verdadeiros espetáculos para tão somente propagar o medo. Apenas em meados do século XIX, desaparece aos poucos o “espetáculo” da punição, buscando atingir incorporeamente o acusado, visando à função social, àquilo que chamavam de “pena” (FOUCAULT, 2014, p. 19). O processo para aferir a responsabilidade criminal era de forma secreta e escrita, sendo de acesso e entendimento somente do soberano e dos seus juizes. Dessa forma, a força que detinha o soberano em razão da centralização do poder jamais pertencia à população (FOUCAULT, 2014, p. 38-39).

Posteriormente, quanto às reformas estruturais dos processos, estas não se distanciavam ainda do poder centralizado e focado no autoritarismo do governante. Foucault traz como exemplo os tribunais franceses do século XVIII, nos quais a negligência das apelações e ignorância consciente das sentenças arbitrárias revelavam um poder excessivo da acusação, de forma praticamente sem limites (FOUCAULT, 2014, p. 79).

Nessa mesma época, o absolutismo vinha na comunidade europeia sob aparência de um fenômeno unitário, que trazia nas experiências políticas ora uma condenação aos métodos dos governos autoritários em defesa dos princípios liberais, ora, em contraponto, demonstrando uma aceitação da conveniência dos sistemas monocráticos e centralizados como condição para o bom funcionamento da unidade política (BOBBIO; MATTEUCCI; PASQUINO, 1998, p. 1).

O absolutismo, para Bobbio, era uma forma de sistema político em que a autoridade soberana não tinha limites constitucionais, exercendo seu poder sem dependência ou controle de superiores ou inferiores. Ainda, tal poder concedia a seu detentor a autoridade da atividade legislativa e executiva, em uma única pessoa. Apesar de convencionalmente o término do absolutismo ser coincidente com a Revolução Francesa, alguns de seus elementos persistiram em diversos países da Europa Continental (1998, p. 2).

A partir do Estado Moderno, com a descentralização do poder das mãos dos senhores feudais, a igreja apesar de não tão atuante em seu domínio no Estado de forma di-

reta, passaram a ser fortalecidas as teorias da origem divina do poder, que legitimava àqueles que possuíam subordinação à igreja no alto escalão (SPINDEL, 1981, p. 16-17). Diversos autores surgiram nesta época buscando explanar teorias sobre o poder e sobre os governantes que o detinham. Um dos precursores, e muito citado no tema, Hobbes, defendia em suas obras que a submissão ao Estado tinha a finalidade de própria conservação dos homens para que conseguissem uma vida mais plena. E, ainda, que para sair do estado de natureza em que o homem se encontra, necessita que haja um “poder invisível” que mantém o respeito às normas por meio medo e pelo castigo (HOBBS, 1997, p. 59).

Na luta pelo poder, Hobbes mostra que o homem possui uma capacidade inata de desejá-lo, e pela natural igualdade do homem, todos têm a mesma potencialidade para matar o outro, sendo possível que a força seja compensada pela inteligência. Dessa forma, a igualdade coloca todos na mesma insegurança, justificando a necessidade do Estado para dar alguma segurança ao indivíduo, que se sente ameaçado por todos os seus semelhantes (ARENDR, 2004, p. 169). Assim, Hobbes concluiu que a essência da soberania está no absolutismo e na unicidade do poder, fazendo com que as vontades humanas, que antes eram individuais, sejam subordinadas a uma só vontade, sendo esta autorizada a usar a força e os meios necessários para concretizar “a paz e defesa comuns” (BOBBIO; MATTEUCCI; PASQUINO, 1998, p. 6).

Já para Locke, posterior a Hobbes, o contrário era válido, ou seja, ao se submeterem ao soberano, as pessoas abriam mão da maioria de seus direitos, enquanto para Hobbes, a submissão ao Estado era a garantia dos direitos, entre eles a própria sobrevivência, a liberdade e a propriedade. Dessa forma, Locke entendia que era necessário colocar um “freio” ao poder absoluto do governante, devendo os representantes populares possuírem algum poder maior ou igual a este (SPINDEL, 1981, p. 23).

Cronologicamente, trata também sobre o tema Rousseau, que trabalha com ideias de estado natural e do contrato social, construindo uma teoria na qual afirma que o homem abre mão dos seus direitos naturais, mas passa, em contraponto, a usufruir dos direitos civis. O contrato social, então, apenas formaliza a soberania do representante pela vontade geral do povo, que, apesar de estar submetido às ordens do Estado, nunca perde sua soberania (SPINDEL, 1981, p. 24-25).

A partir da premissa em que há estabelecido um poder democrático que visa à representação do povo por meio de eleitos que atuam para a criação e aprovação de leis, surge, conseqüentemente, o aparecimento de uma maioria e de uma minoria. Correlato ao tema posto, o estado totalitário ou ditatorial, nada mais é que a imposição da vontade de uma maioria em detrimento de uma minoria. Assim, Rousseau propunha a existência de uma democracia direta, em que a minoria devia se submeter à maioria, pressupondo

que todos conheciam e aceitavam o contrato social, pela concordância anterior ao obediência às leis que todos indiretamente criaram e legitimaram (SPINDEL, 1981, p. 26).

Em termos mais atuais da história mundial, o grande marco da luta frente ao autoritarismo estatal deu-se com o fortalecimento da burguesia, cujo crescimento de sua importância foi marco essencial na Revolução Francesa, que apresentava em contraponto às ideias estabelecidas os ideais democráticos (SPINDEL, 1981, p. 11). Na passagem do século XIX para o século XX, no período imperialista, o fato da emancipação política da burguesia e do seu ganho de proeminência econômica sem o domínio político são marcos fundamentais para a história.

O crescimento do Estado foi concomitante ao da burguesia, que era uma das classes que se posicionava ao topo da estrutura social, acima das demais. Sendo a classe dominante, delegou ao Estado as decisões políticas que lhe cabiam (ARENDRT, 2004, p. 154). Mas, com o viés predominantemente econômico, a burguesia encontrou barreiras para sua expansão dentro das fronteiras nacionais. Tendo a necessidade econômica como vetor, a burguesia ingressa na política a fim de impor aos governos leis que propiciassem a expansão imperialista que buscava, objetivando essa como sua visão de política externa (p. 156).

Uma vez atingido seu objetivo de expansão, a exportação de seu poder gerou como consequência o aumento de instrumentos de violência do Estado, como a polícia e o exército, usados como representantes do país aos “não civilizados”. Ou seja, nos países considerados atrasados no tocante à indústria ou desorganizados politicamente, a violência era mais “livre”, e, conseqüentemente, abria caminho para que as leis vindas dos países imperialistas impusessem novas realidades (ARENDRT, 2004, p. 166).

O domínio ideológico seguia hegemonicamente sendo realizado pela burguesia, que evitava o questionamento deste pelo voto. O voto de maneira universal é um acontecimento relativamente recente, conquistado após anos de conflitos e ganhos de direitos, ultrapassada a exclusiva dominação política da burguesia (SPINDEL, 1981, p. 28-29). Assim, tanto nos regimes totalitários que existiram nos países ocidentais quanto nos autoritários, estes não passaram de formas de governo dos quais a burguesia lançou mão quando houve a impossibilidade de aplicação satisfatória do modelo de democracia formal. Uma vez que a dominação burguesa não logra êxito em se estabilizar nos quadros dessa democracia, dadas as condições econômicas e históricas do período, ela passa a utilizar outros recursos para assim o fazer (SPINDEL, 1981, p. 30).

Os regimes no modelo autoritário são de viés políticos-ditatoriais, em que as liberdades individuais estão cerceadas em nome de uma difusa noção de “segurança nacional” (SPINDEL, 1981, p. 36). Tal princípio afirma que cada cidadão é potencialmente uma ameaça à paz social, fazendo com que o inimigo possa ser qualquer um. Dessa maneira,

a população fica submissa ao Estado, pois qualquer arbitrariedade cometida por ele não pode ser defendida e é facilmente justificada (MARCONDES FILHO, 1987, p. 54).

Ao contrário dos regimes totalitários, os autoritários não são portadores de uma ideologia definida que serve como embasamento para parâmetros de uma nova sociedade ou nem sequer se interessam por mobilizações populares que lhes deem suporte. No sistema político em que estão inseridos, possuem base em diversos partidos, que buscam, por meio de uma junta ou grupo, definir o destino do país, tendo em comum a ausência do voto direto (SPINDEL, 1981, p. 37).

São entendidos como autoritários, ainda, os regimes que privilegiam a autoridade governamental, concentrando o poder político nas mãos de uma só pessoa ou de um só órgão e colocando em posição secundária as instituições representativas. Os conceitos de "autoritarismo", "ditadura" e "totalitarismo" sempre são usados de maneira a contrapor o conceito de "democracia", mas, na verdade, os três trazem semelhanças e difíceis delimitações conforme o contexto (BOBBIO; MATTEUCCI; PASQUINO, 1998, p. 94-95).

A real oposição dos termos "autoritarismo" e "democracia" está na direção em que é transmitida a autoridade e no grau de autonomia dos subsistemas políticos. O aspecto predominante do autoritarismo é se caracterizar pela ausência de parlamento e de eleições ou, quando presentes essas instituições, apenas possuírem caráter cerimonial e terem domínio do poder executivo (BOBBIO; MATTEUCCI; PASQUINO, 1998, p. 100).

As oposições nesses regimes são reprimidas em um processo de desmobilização da sociedade, que se faz necessário para que o novo regime ascenda ao poder na esteira de uma crise política. Usam para esse fim, pelo poder autoritário do Estado, os meios de coação tradicionais: a polícia, o exército, o Judiciário e a burocracia (SPINDEL, 1981, p. 38). Assim, a oposição e a autonomia dos subsistemas políticos são reduzidas ao mínimo e as instituições verticais com início na população são aniquiladas ou substancialmente esvaziadas (BOBBIO; MATTEUCCI; PASQUINO, 1998, p. 94).

Uma vez que a mobilização das massas foi componente básico para tal crise, e principalmente pela falta de intenção em atender às reivindicações das camadas mais populares, após a tomada do poder, a população tende a cair em uma profunda "apatia política", ou seja, ela não irá mais se preocupar com temas políticos, econômicos ou sociais do país, pois entenderá que os "salvadores da pátria" já estão no poder (SPINDEL, 1981, p. 38-39). Observa-se esse fenômeno normalmente nos regimes autoritários burocráticos-militares, que são chefiados por oficiais e burocratas com baixa participação política. Nestes, falta uma ideologia e um partido de massa, sendo frequente o partido único na disputa ou com um pluralismo mascarado frente à disputa eleitoral (BOBBIO; MATTEUCCI; PASQUINO, 1998, p. 102). Tal forma de autoritarismo foi bastante difundida no século XX, em diversos países latino-americanos, inclusive no Brasil e na Argentina.

Uma das vertentes constitucionais utilizadas para que o sistema legislativo possa impor limites aos abusos dos poderes do Estado é a do constitucionalismo liberal. Por meio deste, é possível que haja a imposição de limites pela divisão de competências dos órgãos e estabelecimento de direitos fundamentais aos cidadãos. Obviamente, a supervisão direta do poder não impede que ocorra abuso de direitos do Estado, mas estipula certos limites do uso desses direitos, e indica os possíveis resultados quando de seu extrapolamento (SAJÓ, 2006, p. 43).

Diversos Estados, na atualidade, ainda conflitam com abusos do poder estatal ou até com sistemas inteiros voltados ao autoritarismo, desenvolvendo métodos próprios para lidar com os crimes e os autores destes, realizados no período não democrático, o que oscila desde a busca do esquecimento desse passado, como ocorre no Brasil, até a investigação e o processamento dos seus autores, como ocorreu na Argentina e no Chile.

3 Ditadura e repressão política no Brasil

O Brasil, em nenhum momento de sua história pós-monárquica, obteve estabilidade ou tranquilidade política plena. Muito pelo contrário, os momentos de conturbação na ordem democrática foram os mais frequentes (MARCONDES FILHO, 1987, p. 7). O Estado brasileiro vivenciou, como outras nações durante a história, a experiência do destacamento especial de homens armados, aos quais foi conferida a responsabilidade de “assegurar a hegemonia de determinados setores sobre o restante da sociedade” (ARNS, 1987, p. 1).

Em análise das Forças Armadas no período pós-monarquia, vê-se que, desde aquele momento, possuíam já uma grande força repressiva, apesar de rebeldes em relação à coroa portuguesa, eram agressivos frente às camadas baixas da sociedade que ousavam demonstrar seu descontentamento contra o poder central (ARNS, 1987, p. 7). Após a Revolução de 1930, o Estado estava ausente de um setor hegemônico no bloco de poder, dessa forma, não era conduzido pelo empresariado econômica e politicamente forte, voltando-se então, aos interesses industriais. Assim, houve durante esse período, uma expansão das áreas com intervenção do Estado, e conseqüentemente, o crescimento de seu aparelhamento (ARNS, 1987, p. 9).

No íterim entre 1946 e 1964, houve diversos conflitos, tanto econômicos quanto político-ideológicos, que culminaram em necessárias modificações na estrutura social brasileira. No governo de Getúlio, durante a quarta República, foi lançado um fenômeno novo na política nacional, que obteve grande resultado e seria reproduzido no período militar: o populismo. Com ele, as massas eram estimuladas à mobilização, fazendo com que elas acreditassem na sua força enquanto modificadoras da realidade, mas apenas

“empunhavam bandeiras que traziam conquistas parciais, enquanto se consolidava uma situação que as distanciava de seus verdadeiros interesses históricos” (ARNS, 1987, p. 12).

A renúncia do então presidente Jânio Quadros, foi o marco que influenciou diretamente à posterior tomada do poder pelos militares. Com a saída de Jânio, a temida ascensão do socialista João Goulart à Presidência fez com que, em 31 de março de 1964, os militares tomassem o poder para “conter o avanço do socialismo e do comunismo” (MONTOLLI; CRUZ, 2015, p. 93), utilizando os mais diversos mecanismos para controlar a sociedade civil e reprimir aqueles subversivos à nova ordem imposta (ARNS, 1987, p. 10).

Uma vez no poder, o movimento militar e civil se autointitulava “revolucionário” (ARNS, 1987, p. 10), estando expressa essa afirmação no primeiro e mais famoso Ato Institucional, de nº 1, de 9 de abril de 1964, que trazia a força motriz da repressão política: “O que houve e continuará a haver neste momento, não só no espírito e no comportamento das classes armadas, como na opinião pública nacional, é uma autêntica revolução” (BARBOSA, 2012, p. 54). A nova ordem institucional manteve inicialmente a Constituição de 1946, modificando-a apenas no tocante aos poderes do presidente.

O grande inimigo dos militares no poder era “o avanço do comunismo”, dentro do governo e fora dele, não havendo claramente definições do que era, desencadeando uma perseguição política evidente nos primeiros processos após 1964 (ARNS, 1987, p. 10-11). Com a nova política de perseguição, o número de prisões políticas sofreu um grande aumento, combinado com práticas abusivas de privação da liberdade de locomoção. Entre 1964 e 1968, dos dados disponíveis do período, 69,18% dos denunciados foram presos, além de uma grande parcela de processos que nem sequer citava a prisão ou não do denunciado; ainda, em apenas 4,71% dos casos não houve prisão (ARNS, 1987, p. 15).

Nos casos de prisões, quase 90% destas ocorriam sem mandado judicial, repletas de evidentes ilegalidades em suas formas, o que repercutia normalmente nos presos políticos e na sua estadia enquanto apreendidos. Isso porque o preso ficava inteiramente subordinado aos órgãos policiais, uma vez que os atos destes não eram submetidos à apreciação judicial (ARNS, 1987, p. 16). Os processos não traziam a informação dos responsáveis pela prisão ou as circunstâncias em que estas ocorriam, prejudicando a eventual defesa e ainda ocultando e dificultando a identificação das autoridades responsáveis, evidenciando e favorecendo a impunidade às violações da integridade dos custodiados (ARNS, 1987, p. 17).

A partir do governo Médici, iniciado em 1969, a tortura tornou-se uma política regular e oficial do Estado (MONTOLLI; CRUZ, 2015, p. 100). O mandato que duraria até 1974 deu início a um plano de governo que buscava a “segurança e desenvolvimento”, criando órgãos de segurança com poderes autônomos, sendo a fase mais repressiva de toda a história da República, e em especial do regime militar. Denúncias acerca de desapare-

cidos também apontam mais de duzentos presos políticos mortos ou detidos, torturados ou ainda fuzilados (ARNS, 1987, p. 32-34).

No mesmo ano de 1969, foi criado um dos mais repressivos órgãos que iniciou os métodos truculentos do regime, a Oban (Operação Bandeirantes), que funcionava policial e militarmente contra grupos de oposição. Após, foram criados, no início dos anos 1970, os Centros de Operação de Defesa Interna (Codi), que planejavam internamente a defesa dos interesses do regime, e os Destacamentos de Operações e Informações (DOI), que atuavam conjuntamente por meio de torturas físicas e/ou psicológicas para intimidar e combater os “inimigos internos” (MONTOLLI; CRUZ, 2015, p. 99). As repressões até o Ato Institucional nº 5 puderam ser combatidas e reparadas por meio de *habeas corpus*, mas, com a edição desse ato, ficou suprimido o direito a essa ação aos chamados crimes políticos, fazendo com que houvesse a proliferação dos abusos do Estado (ARNS, 1987, p. 26).

A tortura dos presos políticos tornou-se rotina dentro da atuação repressiva ditatorial. Ela remetia, inicialmente, à concepção absolutista de “segurança da sociedade”, que era explicitada na placa pendente no saguão da polícia paulista, com os dizeres: “Contra a pátria não há direitos”. Assim, fazendo óbvia remissão ao extremo nacionalismo, justificava as ações policiais pelo bem máximo da nação (GASPARI, 2002, p. 15). Como método de obtenção de informações, a tortura valia-se dos suplícios a fim de reforçar o poder estatal para atingir seus objetivos. A característica da tortura como apenas mais um método já era entendida nas palavras do filósofo francês Jean-Paul Sartre, quando afirmava que “A tortura não é desumana; é simplesmente um crime ignóbil, crapuloso, cometido por homens [...]. O desumano não existe, salvo nos pesadelos que o medo engendra” (GASPARI, 2002, p. 17).

Dessa maneira, para aqueles que se utilizaram da tortura, esta não lhes parecia imoral, uma vez que funcionava aos seus fins, reafirmando os objetivos do Estado e garantido o desempenho das investigações. Apesar de prática rotineira, era realizada de maneira clandestina, para, assim, negar as ilegalidades e manter o aspecto legal da atuação dos agentes públicos. Mas, para incentivar os bons resultados, os torturadores eram recompensados burocraticamente pelos sucessos nas “investigações”, fazendo possível um proveito pessoal das ilegalidades cometidas por meio das práticas de tortura (GASPARI, 2002, p. 17-19).

Comparando a experiência brasileira com a da Alemanha nazista, é possível, nos escritos de Hannah Arendt ter como exemplo Adolf Eichmann, conhecido subordinado de Hitler e responsável pela organização da logística dos judeus para os campos de concentração. Afirmava que o “problema” deste não era ser perverso ou sádico, mas o contrário, a sua normalidade como indivíduo, inserido na comunidade, apenas conside-

rando a tortura como um meio investigativo como outro qualquer. Arendt trouxe a contextualização das ações de Eichmann para confirmar seu argumento, no qual

Era assim que as coisas eram, essa era a nova lei da terra, baseada nas ordens do Führer; tanto quanto podia ver, seus atos eram os de um cidadão respeitador das leis. Ele cumpria o seu dever, como repetiu insistentemente à polícia e à corte; ele não só obedecia ordens, ele também obedecia à lei. Eichmann tinha uma vaga noção de que isso podia ser uma importante distinção, mas nem a defesa nem os juízes jamais insistiram com ele sobre isso. (ARENDR, 2000, p. 93)

Assim, Eichmann alegava ser apenas um cumpridor de ordens, fazendo com que a figura do “torturador maluco” difundida no imaginário popular funcionasse como um subterfúgio ao engodo político, uma vez que a tese da insanidade poderia vir a ser utilizada quando fosse denunciada a tortura, que carecia de identificação dos seus agentes perpetradores (GASPARI, 2002, p. 21). A legitimação da tortura como defesa da sociedade foi falsa, uma vez que ela não se baseava na lei, mas sim era instrumental do Estado para afirmação do poder. O uso como “defesa do Estado” era para acobertar sua real utilização como inibitivo de determinadas ameaças e para atingir fins específicos (GASPARI, 2002, p. 22). Dessa forma, mais que um método, era de fato uma rotina nos quartéis, baseado na hierarquia e na disciplina, sendo, inclusive, feitas “escalas de serviço” para os “doutores” que lá operavam (GASPARI, 2002, p. 389).

Os processos dos presos políticos entre 1968 e 1974 eram diferentes radicalmente do que previa o texto legal, pois objetivavam assegurar as condições necessárias para a impunidade dos agentes públicos e, ainda, poder continuar de maneira violenta as investigações e abordagens policiais. A política de extinção dos opositores já estava consolidada, assim como a prática da tortura, que segundo dados apresentados no projeto “Brasil: nunca mais”, aproximadamente 1.581 denunciados, ao prestarem judicialmente seu depoimento, afirmaram que durante o inquérito policial, depuseram sob algum tipo de tortura. Os depoimentos durante a fase inquisitiva, principalmente quando traziam a confissão do acusado, serviam como base do reconhecimento judicial da acusação, culminando na condenação do indivíduo (ARNS, 1987, p. 33).

Nessa época, competia à Justiça Militar o julgamento dos civis, e, frequentemente, omitia-se quanto às denúncias de tortura, mesmo feitas em juízo. Por mais que houvesse condenações com base nas confissões obtidas mediante tortura, essas sentenças violavam frontalmente o disposto no Código de Processo Penal Militar, que trazia a vedação da condenação usando esse modo de confissão como prova (BOITEUX; CASARA, 2016, p. 2). Ou seja, quando houvesse somente argumentação subjetiva, eminentemente pes-

soal e sem sustentáculo probatório objetivo, não era possível a condenação do acusado. Até a legislação penal militar, produzida durante o regime, tinha dispositivos de cunho garantista, que buscavam proteger o Estado Democrático de Direito, em plena contradição entre a legislação e a conjectura fática do período (MAIA NETO, 2010, p. 13).

O reflexo dessa atuação do Judiciário no período militar fundou as bases para as práticas da justiça brasileira, como se vê até na atualidade. Refletem profundamente sobre o assunto Boiteux e Casara, quando afirmam que

[...] pode-se apontar que em razão de uma tradição autoritária, marcada pelo colonialismo e a escravidão, na qual o saber jurídico e os cargos no Poder Judiciário eram destinados aos filhos da classe dominante, sem estarem sujeitos a qualquer controle democrático ou popular, gerou-se um Poder Judiciário elitista marcado por uma ideologia patriarcal e patrimonialista, constituída de um conjunto de valores que se caracteriza por definir lugares sociais e de poder, nos quais a exclusão do outro (não só no que toca às relações homem-mulher ou étnicas) e a confusão entre o público e o privado somam-se ao gosto pela ordem, ao apego às formas e ao conservadorismo. (BOITEUX; CASARA, 2016, p. 2)

Com a posterior retomada da democracia no Brasil, e com a promulgação de uma nova Constituição em 1988, a realidade ditatorial pareceu distante e inócua aos que não a vivenciaram. O tópico acaba por ser de difícil recordação, mas importante aos que estudam o período é o fato de que não foi um acidente ou erro, e sim o produto de uma construção histórico-social.

A nova proposta de Estado Democrático no Brasil surge para impor limites ao Estado e evitar as violações e abusos, tendo como principal característica a existência de limites rígidos ao exercício do poder, fixando restrições legais às decisões que podem ser operadas pela autoridade. Uma das principais formas de limitar o poder foi a criação de um extenso rol de direitos e garantias fundamentais, que, se violados, descaracterizam o Estado como democrático (BOITEUX; CASARA, 2016, p. 2-3). A flexibilização dessas normas é questionada e não pacífica entre os doutrinadores, mas pode-se afirmar que, uma vez basilar à democracia, sua violação é, no mínimo, opressora ao marco fundamental do Estado que se busca manter.

4 Fundamentos normativos-jurisprudenciais do direito ao esquecimento no Brasil

A experiência autoritária, que não ocorreu somente no Brasil no século XX, foi desejada, defendida e até celebrada por muitos, sendo a escolha consciente de seu esquecimento uma saída atraente àqueles que são confrontados com o resultado histórico do regime (BARBOSA, 2012, p. 49-50).

O direito ao esquecimento, no período democrático, advém da necessidade da proteção à vida privada e à intimidade, ao passo que se choca com o direito à informação. No âmbito penal, tal construção vem incorporada a diversos institutos que buscam estabilizar o passado e conferir estabilidade ao futuro (STF, 2013, RE no Resp 1334097). Para Khouri, “o objeto da proteção é a própria pessoa na sua intimidade e as novas tecnologias da informação colocam em risco sobremaneira esse direito de personalidade” (2010, p. 463).

No ano de 2013, o STJ aprovou, na VI Jornada de Direito Civil, o Enunciado 531, que advém de uma interpretação do art. 11 do Código de Processo Civil (Lei nº 5.869/1973), no qual estabeleceu que “a tutela da dignidade da pessoa humana na sociedade da informação inclui o direito ao esquecimento”. Assim, aplicado à seara criminal, entende Khouri que

se os condenados que já cumpriram pena têm direito ao sigilo de folha de antecedentes, assim também à exclusão dos registros da condenação no instituto de identificação, por maiores e melhores razões aqueles que foram absolvidos não podem permanecer com esse estigma, conferindo-lhes a lei o mesmo direito de serem esquecidos. (KHOURI, 2010, p. 463)

No Direito Penal, para podermos entender a aplicação do direito ao esquecimento, é necessária a análise do que, em regra o precede, a condenação penal. A pena atribuída na condenação, conforme analisa Pacheco citando Kant,

que difere da pena natural, pela qual o vício leva em si seu próprio castigo e à qual o legislador não olha sob nenhum aspecto, não pode nunca ser aplicada como um simples meio de se obter outro bem, nem ainda em benefício do culpado ou da sociedade; deve, sim, ser sempre contra o culpado pela única razão de que delinuiu; porque jamais um homem pode ser tomado por instrumento dos desígnios de outro nem ser contado no número das coisas como objeto de direito real; sua personalidade natural inata o garante contra tal ultraje mesmo quando possa ser condenado a perder a

personalidade civil. É por isso que assevera que “a justiça deixa de ser justiça a partir do momento em que se dá a um preço qualquer”. (KANT apud PACHECO, 2010, p. 227)

A pena, seguindo no contexto da teoria retributiva, teria que satisfazer à coletividade em geral e impor uma sanção capaz de retribuir o mal feito. No Estado de Direito moderno, abandonando o pensamento eminentemente punitivo, adota-se em nosso ordenamento a teoria mista ou unificadora, em contraponto à teoria retributiva, a qual, apresentada de forma unidimensional, mostra-se apenas formalista e incapaz de abranger a complexidade dos fenômenos sociais que interessam ao Direito Penal, resultando em consequências graves para a segurança jurídica e os direitos fundamentais, necessitando, assim, da adoção de uma teoria que abranja a pluralidade funcional da pena (NERY, 2005).

Mais adequada ao contexto social da atualidade, a teoria dialética unificadora, consagrada pelo doutrinador alemão Claus Roxin, observa sentido na pena não somente na compensação da culpa, mas também “no sentido geral de fazer prevalecer a ordem jurídica e também determinados fins político-criminais, com o fim de prevenir futuros crimes” (MORAES, 2013).

O direito ao esquecimento pode também ser encontrado nos institutos não tipicamente penais, mas que são aplicados nesta seara com o intuito de resguardar a dignidade da pessoa humana. Como exemplos, existem a prescrição, a decadência, o respeito ao direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada. É evidente que também resta presente nos institutos penais, como o perdão, a anistia, a irretroatividade da lei, a reabilitação penal, o direito ao sigilo na folha de antecedentes dos acusados que já cumpriram a pena e o direito do menor infrator.

O direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada são garantidos pela Carta Magna em seu art. 5º, inciso XXXVI, em que se define direito adquirido por serem os direitos inalteráveis ao arbítrio de outrem. O ato jurídico perfeito, por sua vez, é a garantia de proteção dos efeitos da lei nova sobre o ato processual já praticado; assim a lei processual nova atinge os processos em curso, mas não os atos já praticados (NERY JUNIOR, 2012, p. 225-226). A coisa julgada, para Nery Jr., é “entendida como a qualidade que torna imutável e indiscutível o cominado que emerge da parte dispositiva da sentença de mérito não mais sujeita a recurso ordinário e extraordinário” (2012, p. 226). No processo penal, se a sentença condenatória contiver vícios, estes expressos no art. 621 do Código de Processo Penal, poderá ocorrer a relativização da coisa julgada, sendo cabível a revisão criminal, mas esta interposta somente para benefício do réu. Já o instituto penal do perdão, como leciona Nucci, “É a clemência do Estado, que deixa de aplicar a pena prevista para determinados delitos, em hipóteses expressamente previstas em

lei” (NUCCI, 2018, p. 71). Tal benefício vigora com o intuito de que “a pena tem o caráter aflitivo, preventivo e reeducativo, não sendo cabível a sua aplicação para quem já foi punido pela própria natureza, recebendo, com isso, uma reeducação pela vivência própria do mal que causou” (NUCCI, 2015, p. 71).

Outra exteriorização do direito ao esquecimento no ordenamento jurídico brasileiro está no Estatuto da Criança e do Adolescente, quando dispõe em seu art. 127 sobre a remissão, que, neste contexto, não se refere ao perdão, mas sim a uma tradução em que afirmaria ser “encaminhamento diferente do original”. Assim, a remissão “importará na adoção de procedimento diferenciado daquele ordinariamente previsto para a apuração dos atos infracionais” (ROSSATO; LAPORE; CUNHA, 2012, p. 379). Desse modo, cabe ao órgão ministerial optar pelo término ou paralisação do processo, podendo ofertar a remissão ao adolescente infrator, que acarretará na suspensão do processo quando da necessidade de continuar o acompanhamento do adolescente. Cumprida a medida, nos termos do projeto pedagógico, será o processo extinto (ROSSATO; LAPORE; CUNHA, 2012, p. 383). Assim, cumprida a medida imposta, ou aceita a remissão, o ato não constará na folha de antecedentes do adolescente infrator, nem quando atingir a maioridade, pois feito este enquanto vigorava uma causa excludente de culpabilidade (art. 27 do Código Penal).

Resta destacar, com maior ênfase, o instituto da anistia penal, que pode ser definido como uma forma de clemência do Estado, concedida pelo Legislativo, voltada ao “esquecimento” de fatos considerados criminosos. Tal instituto, volta-se a fatos, não a pessoas, possuindo efeito *ex tunc*, podendo ocorrer antes ou depois da sentença, extinguindo a ação e a condenação (JOPPERT, 2011, p. 572).

Assim, ter em mente que o instituto da anistia é um desdobramento do direito ao esquecimento tornará claras as opções feitas pelo Estado brasileiro, precisamente em 1979, e após a democratização, para tratar com os crimes ocorridos no regime militar.

5 Direito ao esquecimento *versus* direito à memória

Possivelmente o viés mais controverso e de maior discussão sobre o tema do direito ao esquecimento resida em sua teórica oposição ao direito à memória. Em recente acórdão de relatoria do ministro Salomão, este faz a leitura do direito à memória como “patrimônio imaterial do povo e nela se inserem os mais variados acontecimentos e personagens capazes de revelar, para o futuro, os traços políticos, sociais ou culturais de determinada época” (STJ, 2013, Recurso Especial nº 1.334.097 – RJ, p. 8).

Em análise da passagem temporal, Ost parafraseando Vidal-Naquet afirma que “só há memória sobre um fundo de esquecimento, este esquecimento ameaçador e, contu-

do, necessário”. Defende, na mesma obra, a teoria de que todo ser humano necessita do conforto do esquecimento, este é “necessário como repouso do corpo e a respiração do espírito” (2005, p. 153). A memória, nesse contexto, pode ser definida como diversos acontecimentos que importaram e/ou ainda importam e que conferem um sentido, uma significação, à existência coletiva e aos destinos individuais. Além de “Instituir o passado, certificar os fatos acontecidos, garantir a origem dos títulos, das regras, das pessoas e das coisas: eis a mais antiga e mais permanente das funções do jurídico” (OST, 2005, p. 49). Frente a tal argumento, a memória e o esquecimento não estariam em locais completamente opostos, mas sim, contidos um no outro em perspectivas diferentes (OST, 2005, p. 51). Ferreira corrobora tal entendimento, quando afirma que

ao se entender que memória e esquecimento longe de serem pares opostos são na verdade complementares, é no processo de formulação de novas memórias que se observa o constante e necessário esquecimento de outras. Nesse sentido, o ponto-de-vista dos neurocientistas é particularmente interessante, pois afirmam que o esquecimento constitui, na verdade, uma etapa para aceder à lembrança. (FERREIRA, 2011, p. 110)

Aludida de maneira apenas doutrinária, é de maior facilidade a aplicação de um ou outro instituto, mas postos na prática jurídica, há dificuldade em se observar a aplicação dos institutos no caso concreto. Entre diversos exemplos mundiais de tenebrosos casos em que crimes, principalmente de Estado, repercutiram por atingir uma coletividade de pessoas, temos na História recente do Brasil a possibilidade de análise desses institutos no período de ditadura militar. O ministro Salomão, ainda em análise do recurso especial anteriormente aduzido, afirma que

um crime, como qualquer fato social, pode entrar para os arquivos da história de uma sociedade e deve ser lembrado por gerações futuras por inúmeras razões. [...] Nessa linha de raciocínio, as recordações de crimes passados pode significar uma análise de como a sociedade – e o próprio ser humano – evolui ou regride, especialmente no que concerne ao respeito por valores éticos e humanos, assim também qual foi a resposta dos aparelhos judiciais ao fato, revelando, de certo modo, para onde está caminhando a humanidade e a criminologia (STJ, 2013, Recurso Especial nº 1.334.097 – RJ, p. 28).

Após vinte e um anos de ditadura, a promulgação da Lei nº 6.683/1979, mais conhecida como Lei da Anistia, foi considerada um dos marcos do fim do regime militar. O pro-

blema relativo a essa Lei foi, além da concessão do benefício de livramento a presos políticos e o retorno de pessoas que estavam banidas e exiladas, conferir “autoanistia” para militares acusados de crimes que violam os direitos humanos.

Essa lei foi posta em pauta novamente por intermédio da Ordem dos Advogados do Brasil em 2008, quando apresentou ação ao Supremo Tribunal Federal questionando a ocorrência da prescrição e a responsabilidade pelos crimes de tortura praticados durante o regime militar. Por voto de maioria, o Supremo Tribunal Federal negou a procedência da ação, não possibilitando, assim, a punição dos agentes beneficiados pela anistia concedida pela lei. Frente a esse caso, comenta Ferreira que o

Esquecimento por decreto ou pacto de silêncio, não implicando necessariamente em perdão, os atos de anistia podem resultar, ao longo do tempo, em verdadeiros esquecimentos quando, na ausência de atos de imputação de culpas, desaparecendo os atores sociais diretamente envolvidos, tem-se, então, uma memória que já não se ordena pelo testemunho (FERREIRA, 2011, p. 113).

Tais possibilidades, tanto de aplicação do direito à memória preservando os fatos ocorridos quanto do direito ao esquecimento, dando a possibilidade pelo decurso do tempo, de serem esquecidos ou reavivados os fatos, advêm do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana. A aplicação de um ou outro desses institutos não poderá ser feita de maneira pragmática, ou seja, quando confrontado o Judiciário sobre tais situações, deverá ser analisado cada caso individualmente.

O direito ao esquecimento deriva da “possibilidade de permitir ao indivíduo sentir-se bem consigo mesmo e diante dos olhos dos outros – o direito que se tem de não ter passado” (PIRES; FREITAS, 2013, p. 162), mas o que não se aplica ao caso da ditadura, uma vez que a maioria dos presidentes da época e executores já se encontravam mortos quando da abertura da Comissão da Verdade em 2014.

Por fim, o Judiciário, no caso de reparação de um dos envolvidos na Chacina da Candelária, caso paradigmático ocorrido no Rio de Janeiro, salientou que esse direito não só assiste aos réus e condenados mas também às vítimas e demais envolvidos, quando afirma que

Se o direito ao esquecimento vale para os que já pagaram por crimes que de fato cometeram, com tão maior razão se deve observá-lo em favor dos inocentes, involuntariamente tragados por um processo kafkaniano de eventos por si só nefastos para sua vida pessoal, e que não convém resolver depois que, com esforço, a vítima logra reconstruir sua vida (STJ, 2013, Recurso Especial nº 1.334.097 – RJ, p. 43).

Assim, ficou legitimado no caso do Regime Militar no Brasil, o uso do direito ao esquecimento por meio da Lei da Anistia e, posteriormente, referendada a validade de tal lei pelo STF, contrariando o direito à memória frontalmente, uma vez que buscou não reavivar o passado e suas chagas.

6 Considerações finais

O direito ao esquecimento, de fato, foi aplicado aos crimes ocorridos na ditadura militar, tanto aos integrantes do regime quanto aos considerados criminosos políticos da época. O problema aqui reside não só na necessária preservação da memória como fonte de compreensão e prevenção de novos regimes totalitários mas também de uma compensação histórica às restrições elementares de direitos humanos e a sua devida reparação e reconhecimento.

O problema brasileiro foi justamente decidir “esquecer” os crimes cometidos no período, em vez de enfrentá-los, como seus vizinhos continentais Argentina e Chile. Assim como os paradigmáticos julgamentos de Nuremberg, os governos argentino e chileno decidiram por processar e julgar seus militares, juízes e executores. A ditadura argentina, que estabeleceu campos de concentração, torturou mulheres e infantes e manteve presos seus opositores, teve mais de 600 militares entre processados, condenados e já em cumprimento de pena (CUNHA, 2016). Já no Chile, foram realizadas duas comissões da verdade, nas quais foram abertos 1.104 processos relacionados às 1.544 vítimas da ditadura, sendo proferidas, até 2013, 276 sentenças contra os agentes do Estado (FARINELLI, 2013). Para Pereira citado por Silva Filho, as diferenças na maneira de lidar com as ditaduras nos respectivos países, mostrou-se especialmente paradoxal no caso brasileiro, em que

De todos os três países, o Brasil foi aquele que melhor judicializou a repressão ditatorial e construiu uma legalidade autoritária mais ampla, arraigada e vinculada à ordem jurídica anterior. Tal se deve, entre outros fatores, ao alto grau de coesão entre as elites judiciais e as forças armadas, o que levou os condutores do golpe e da sua manutenção à opinião de que o judiciário era “confiável”, e que, portanto, os tribunais poderiam se prestar ao papel de intermediário entre a ação repressiva direta dos agentes de segurança pública e aqueles que eram perseguidos políticos, tidos no contexto da ditadura como criminosos e terroristas (SILVA FILHO, 2011, p. 23).

Afirma Bauer que, quando se usa o termo “esquecimento”, faz-se dele uma metáfora, uma vez que a memória social sempre existirá, mas reivindica-se o reconhecimento de

um terrorismo de Estado, e também um posicionamento “em relação a esse passado e a atuação institucional com o objetivo de elaborar políticas públicas de memória e reparação e, assim, combater as sequelas do terrorismo e da cultura do medo” (2011, p. 2-3). Por fim, cabe concluir com uma citação elementar sobre o tema, de Almeida, quando trata sobre a transição democrática, afirmando que “fazer justiça, então, é atualizar o esquecimento, fazê-lo presente e desativá-lo, impedir que a ferida fique aberta e esteja presa ao tempo” (ALMEIDA, 2013, p. 14).

Referências

- ALMEIDA, Bruno Rotta. Culpa, ressentimento e memória: traços problemáticos de um pensar transicional da justiça. **Revista da Faculdade de Direito, Universidade Federal do Ceará**, v. 34, p. 97-114, 2013.
- ARENDET, Hannah. **Eichmann em Jerusalém**. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.
- _____. **Origens do Totalitarismo**: Anti-semitismo, Imperialismo e Totalitarismo. São Paulo: Companhia das Letras, 2004.
- ARNS, Dom Paulo Evaristo. **Brasil**: nunca mais. Petrópolis: Vozes, 1987. Tomo I.
- _____. **Brasil**: nunca mais. Petrópolis: Vozes, 1987. Tomo IV.
- BARBOSA, Leonardo Augusto de Andrade. **História constitucional brasileira**: mudança constitucional, autoritarismo e democracia no Brasil pós-1964. Brasília: Câmara dos Deputados, Edições Câmara, 2012. (Série Colóquios de Excelência, n. 2).
- BAUER, Caroline Silveira. As políticas de memória e de esquecimento sobre as ditaduras argentina e brasileira através das comemorações dos golpes civil-militares. In: SIMPÓSIO NACIONAL DE HISTÓRIA – ANPUH, 26., 2011, São Paulo, **Anais...** São Paulo: ANPUH, jul. 2011.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.334.097 – RJ. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, 10 set. 2013.
- BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de Política**. Trad. Carmen C. Varriale, et al.; coord. trad. João Ferreira; rev. geral João Ferreira e Luis Guerreiro Pinto Cacaís. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1998.
- BOITEUX, Luciana; CASARA, Rubens. **Autoritarismo, Democracia e Poder Judiciário no Brasil**. Megafón. Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales. n. 6/1, mayo 2016. p. 2. Disponível em: <https://www.clacso.org/megafon/pdf/Megafon6_articulo1_Democracia_Poder.pdf>. Acesso em: 22 maio 2017.
- CUNHA, Luiz Cláudio. **Brasil e Argentina, duas atitudes totalmente diferentes**. Disponível em: <<http://observatorioidaimprensa.com.br/interesse-publico/brasil-e-argentina-duas-atitudes-totalmente-diferentes/>>. Acesso em: 20 mar. 2018.
- FARINELLO, Victor. **Em 23 anos de democracia, Chile condenou repressores, mas deixou Pinochet impune**. Rede Brasil Atual. 6 set. 2013. Seção: Mundo. Disponível em: <<http://www.redebrasilatual.com.br/mundo/2013/09/em-23-anos-de-democracia-chile-condenou-repressores-mas-deixou-pinochet-impune-2364.html>>. Acesso em: 22 mar. 2018.
- FERREIRA, Maria Leticia Mazzucchi. Políticas da memória e políticas do esquecimento. **Revista eletrônica Aurora**, São Paulo, n. 10, p. 102-118, 2011.
- FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir**: nascimento da prisão. Petrópolis: Vozes, 2014.

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

HOBBS, Thomas de Malmesbury. **Leviatã**. Tradução de João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. São Paulo: Editora Nova Cultural, 1997. (Coleção Os Pensadores).

JOPPERT, Alexandre Couto. **Fundamentos de Direito Penal – Parte Geral**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

KHOURI, Paulo R. O direito ao esquecimento na sociedade de informação e o enunciado 531 da VI Jornada de Direito Civil. **Revista de Direito do Consumidor**, v. 89, p. 463, set. 2010.

MAIA NETO, Cândido Furtado. Ética e Moralidade Pública versus Abuso de Poder e de Autoridade: negação de justiça ou desrespeito aos direitos humanos. **Revista Jurídica Unigran**, v. 12, n. 23, 2010.

MARCONDES FILHO, Ciro. **Violência Política**. 5. ed. São Paulo: Moderna, 1987.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012. Disponível em: <<https://ucsvirtual.ucs.br/>>. Acesso em: 13 abr. 2015.

MONTOLLI, Carolina Ângelo; CRUZ, Carla Fernanda da. Crimes da Ditadura Militar na Perspectiva Internacional – Criminologia Cautelar e a Ditadura Militar por Zaffaroni: Vulnerabilidade de um Passado Remoto. In: CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI, 24., 2015, Belo Horizonte. **Anais...** Florianópolis: CONPEDI, 2015. p. 91-116.

MORAES, Henrique Viana Bandeira. Das funções da pena. **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XVI, n. 108, jan. 2013. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=12620>. Acesso em: 15 abr. 2015.

NERY, Déa Carla Pereira. Teorias da Pena e sua Finalidade no Direito Penal Brasileiro. **Universo Jurídico**, Juiz de Fora, ano XI, 20 jun. 2005. Disponível em: <<http://uj.novaprolink.com.br/doutrina/2146>>.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade. **Constituição Federal comentada e legislação constitucional**. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de Direito Penal. Rio de Janeiro**: Editora Forense, 2018.

OST, François. **O Tempo do Direito. Tradução de Élcio Fernandes**. Bauru, SP: Edusc, 2005.

PACHECO, A. M. P. Há um retorno do pensamento retribucionista? Sobre a (des)conformidade entre teoria da pena, política punitiva e legitimação. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, v. 84, p. 227, maio 2010.

PIRES, Mixilini Chemin; FREITAS, Riva Sobrado de. **O direito à memória e o direito ao esquecimento**: o tempo como paradigma de proteção à dignidade da pessoa humana. Unoesc International Legal Seminar, Chapecó, v. 2, n. 1, p. 157-171, 2013.

ROSSATO, Luciano Alves; LEPORE, Paulo Eduardo; CUNHA, Rogério Sanches. **Estatuto da criança e do adolescente comentado**: Lei 8.069/1990 – artigo por artigo. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

SAJÓ, András. Abuse of Fundamental Rights or the Difficulties of Purposiveness (29-98). In: SAJO, András (Ed.). **Abuse: The Dark Side of Fundamental Rights**. Eleven International Publishing, 2006.

SILVA FILHO, José Carlos Moreira da. A anistia não é esquecimento ou amnésia. **Revista do Instituto Humanitas Unisinos (IHU)**, edição 358, p. 22-26, 2011. Disponível em: <<http://www.ihuonline.unisinos.br/media/pdf/IHUOnlineEdicao358.pdf>>. Acesso em: 25 mar. 2018.

SPINDEL, Arnaldo. **O que são ditaduras**. 2. ed. São Paulo: Editora Brasiliense, 1981. (Coleção Primeiros Passos).

10 JUSTIÇA DE TRANSIÇÃO, COMISSÃO DA VERDADE E AS ESPECIFICIDADES DO CASO BRASILEIRO

Fernanda Nalon Sanglard¹

Resumo: Este artigo se propõe a realizar revisão bibliográfica dos conceitos de justiça de transição e comissão da verdade. Além disso, a partir da análise crítica dos processos históricos e sociais envolvendo fases da democratização brasileira que culminaram com a criação de uma Comissão Nacional da Verdade, aponta eventos significativos para o processo de justiça de transição brasileiro e sugere uma atualização do conceito de comissão da verdade.

Palavras-chave: Justiça de transição. Comissão da verdade. Democratização. Brasil.

Abstract: *This paper proposes to carry out a bibliographical review of the concepts of transitional justice and truth commission. In addition, based on the critical analysis of historical and social processes involving phases of Brazilian democratization that culminated in the creation of a National Truth Commission, it indicates significant events*

Keywords: *Transitional justice. Truth commission. Democratization. Brazil.*

1 Introdução

Este artigo pretende apresentar o conceito de comissão da verdade e demonstrar como a criação de um órgão do tipo no Brasil se inseriu no processo nacional de justiça transicional. Para tal, realiza revisão bibliográfica e apresenta uma análise dos fatos históricos e políticos que marcaram o processo no Brasil. A partir de revisão de momentos e episódios emblemáticos da experiência nacional, propõe-se a sistematização desses eventos como forma de tornar mais didático o entendimento do processo de justiça de transição no Brasil, que apresenta peculiaridades em relação a outras experiências internacionais.

Além disso, a discussão aqui apresentada leva a uma atualização do conceito de comissão da verdade, propondo a inclusão de elementos considerados importantes, mas que não são elencados na conceituação de dois dos mais importantes teóricos sobre comissões da verdade – Priscilla Hayner e Mark Freeman.

¹ Fernanda Nalon Sanglard é doutora em Comunicação pela Uerj, jornalista e mestre em Comunicação pela UFJF. Desde 2013 tem se dedicado a estudar o processo de justiça de transição brasileiro, bem como a cobertura midiática sobre a ditadura e as comissões da verdade. Foi integrante da Comissão Municipal da Verdade de Juiz de Fora (CMV-JF) e pesquisadora da Comissão da Verdade em Minas Gerais (Covemg). Atualmente é pós-doutoranda do Grupo de Pesquisa em Mídia e Esfera Pública (EME) da UFMG.

Entrevistas com os conselheiros que integraram a Comissão Nacional da Verdade (CNV) também são utilizadas para exemplificar a ambiência em que tal processo se desenvolve no Brasil.

Visando facilitar a compreensão do eixo teórico que será apresentado, o artigo é dividido em quatro subseções, de modo que a primeira é utilizada para expor resumidamente o conceito de justiça de transição. Em seguida, são apresentados os fatos políticos e históricos que marcaram o processo transicional brasileiro — sendo a instalação de uma comissão da verdade de âmbito nacional o evento mais recente a ser considerado. No terceiro tópico são apresentados os conceitos mais difundidos de comissão da verdade e uma atualização é proposta. Por fim, no quarto item, é apresentada a ambiência em que a CNV foi criada, bem como a composição política por trás de sua implementação.

Surge também dessas reflexões a questão da Lei da Anistia, que representa um dificultador para novos avanços em termos de justiça de transição no Brasil.

2 Por que compreender justiça de transição?

Para entender o conceito de comissão da verdade, é essencial vislumbrar o que vem sendo chamado de justiça de transição. Tal ideia envolve a compreensão de que as transições não ocorrem em geral de maneira espontânea e livre, mas sim que são processos dependentes de políticas públicas que estimulem a convivência pacífica e respeitosa. O termo justiça de transição se fortalece no campo dos direitos humanos com o propósito de compreender, prevenir e mitigar as violações provenientes principalmente de regimes autoritários e conflitos armados.

Assim, justiça de transição pode ser vista como um conceito teórico e também como uma prática voltada para a prevenção e remediação de conflitos e das violações deles originárias. Trata-se, portanto, de medida que permite pensar os problemas e elaborar planos para mitigá-los. As principais políticas constituídas no processo de justiça de transição estão sustentadas no tripé “verdade, memória e justiça/reparação”, visando alcançar reformas institucionais, e envolvem: a) o tratamento e a disseminação de informações desconhecidas — ou pouco conhecidas — bem como a recuperação de narrativas de quem vivenciou as violações de direitos humanos (memória); b) a investigação do que ocorreu, a identificação dos responsáveis pelas violações e a adesão a uma narrativa condizente com os fatos comprovados (verdade); c) o reconhecimento oficial dos danos causados, a compensação de tais danos, a instauração de inquéritos que atribuam responsabilidades e a eventual punição dos perpetradores (justiça).

De acordo com Félix Reátegui (2011), não apenas comissões da verdade mas também tribunais de justiça nacionais e internacionais, programas de reparações de viti-

mas, iniciativas de lembrança, instâncias de reconciliação e mecanismos de busca de desaparecidos são algumas manifestações concretas nas quais se articula a justiça transicional. Simultaneamente a elas, mobilizações sociais costumam ser realizadas para confrontar o passado violento.

Entendida como processo, a justiça de transição compreende esforços de construir e contar uma “verdade”, reconhecer oficialmente as violações e compensar os danos. Desde a década de 1980, os países latino-americanos experimentam processos de transformação política que envolvem a transição de regimes autoritários para democráticos.

A justiça de transição pode ser entendida então, de modo simplificado, como os mecanismos adotados pelos governos para alcançar tal transformação. Cada país ao seu modo enfrenta não apenas o desafio de conquistar “uma transição efetiva em termos de institucionalidade política” mas também de promover justiça frente às vítimas de violações (REÁTEGUI, 2011, p. 36).

Mark Freeman (2006) ressalta que, assim como o tópico mais amplo dos direitos humanos, do qual faz parte, a justiça transicional é um campo multidisciplinar de estudo e prática que engloba aspectos do direito, das ciências políticas, da ética e das ciências sociais. Assim, o campo surgiu como resultado de iniciativas globais, incluindo os eventos do pós-Segunda Guerra Mundial – que inaugurou grandes julgamentos de crimes de guerra, programas de reparação em massa e expurgos generalizados.

Mas foi após o fim da Guerra Fria que o conceito de justiça transicional começou a ser mais bem delineado e praticado na tentativa de rever os atos passados a partir da teoria democrática. O maior desafio das sociedades que adotam esse tipo de medida é definir a maneira como vão efetivá-la, já que, de um lado, estão os responsáveis pelos crimes, que desejam anistias que encubram seus atos, e, de outro, estão as vítimas, que desejam julgamento (GOLDSTONE, 2006; FREEMAN, 2006).

Assim, em uma guerra simbólica e discursiva, parcelas das sociedades transicionais que desejam o “apagamento” público dos abusos passados costumam usar o termo “revanche” ou “vingança” para se referir ao desejo daqueles que lutam pelo trabalho de memória e justiça. Isso porque, como pondera Teles (2015), quando alguém é punido muito tempo depois da ocorrência dos fatos, pode restar a impressão de que a punição é um excesso ou algo que poderia ser perdoado. E é justamente essa concepção e o adiamento da justiça que fazem “germinar a ideia de uma vingança ruminada, vinda de quem se considera injustiçado” (TELES, 2015, p. 106). Quando o Estado democrático reconhece as injustiças praticadas e se compromete com a reparação, mas se limita à política do silêncio, o que faz é estimular o ressentimento. Ressentimento que surge não da ação repressiva do Estado ditatorial, mas das promessas por vezes inalcançáveis das democracias.

Não se trata de revanche ou vingança: trata-se de justiça, de Justiça de Transição; trata-se do fato de não ser possível simplesmente esquecer o que ficou para trás e olhar para frente, pois o esquecido do passado, o passado recalado, sempre ameaça com a sombra do seu retorno. A alternativa única que resta diante disso, por paradoxal que seja, é exatamente o contrário: olhar para trás é seguir em frente. (OLIVEIRA; GOMES, 2015, p. 194)

E é a partir do desafio travado entre conviver com o passado traumático em um presente democrático que a justiça de transição se coloca como possibilidade para se construir novas alternativas ao enfrentamento de questões que tocam diretamente nos grupos de poder que sustentaram os regimes autoritários.

É tentador, nesse contexto, esquecer o passado em favor da construção de um futuro novo e melhor. É a linha de menor resistência. É também uma receita para o desastre futuro. Onde há um passado de violações de direitos humanos ignorado e as vítimas são esquecidas, existe um câncer de tal sociedade que permanece dormente e disponível para uso ou abuso por um ou outro déspota, o líder nacionalista futuro. (GOLDSTONE, 2006, p. xi, tradução nossa)

Entre a tentação do silenciamento e apagamento públicos das violações e a punição extrema dos violadores nos bancos dos tribunais, as comissões da verdade surgem, no entendimento de Goldstone (2006), como via alternativa. Seria a solução viável entre a amnésia nacional e os processos criminais.

3 Justiça de transição no Brasil

A instituição da Comissão Nacional da Verdade (CNV), ainda que tardia, não pode ser considerada ato isolado, mas processo, que teve origem com as primeiras ações de transição. Conforme Alexandra Barahona de Brito (2013, p. 235), “o processo de transição democrática no Brasil foi um dos mais longos na América Latina”, começando em 1974 com a distensão ainda no governo militar de Ernesto Geisel. A eleição do MDB por colégio eleitoral em 1985 e a promulgação da nova Constituição em 1988 também fazem parte do processo, classificado como transição negociada e pactuada, cujo ritmo e consequências foram conduzidos mais pelos militares do que pela sociedade civil.

“A continuação do poder militar, a natureza peculiar do processo de transição brasileiro e a Lei da Anistia de 1979 explicam em grande parte por que a justiça de transição

brasileira demorou tanto a chegar” (BRITO, 2013, p. 237). A avaliação é compartilhada pela advogada e integrante da CNV Rosa Cardoso, que me concedeu entrevista em 26 de fevereiro de 2014.

Relembrando os casos da Argentina, onde a população se revoltou contra os militares e houve uma ruptura abrupta, e do Chile, que viu a prisão do ditador Pinochet, Rosa Cardoso (2014) afirma que “o tipo de transição, passagem, ruptura que levou à democratização foi diferente nos mais diversos países” e que, no Brasil, ela foi pactuada entre as elites.

A transição aqui foi muito pactuada entre as elites militares e civis, com autoanistia dos militares. Era inviável falar de comissão da verdade naquele momento. Em primeiro lugar, por conta desse acordo e da entrega do governo ao [José] Sarney. Em segundo lugar, porque, com a crise econômica muito forte, e necessidade de muitos planos econômicos, a preocupação era com a sobrevivência. Esses dois fatos: caráter de conciliação de nossas elites, não permitindo que se questionasse o poder militar, e o quadro econômico que se sucedeu, de muita incerteza, não apresentavam momento propício para discutir uma comissão da verdade. (CARDOSO, 2014)

O jurista e também integrante da comissão, José Paulo Cavalcanti Filho, diz ser difícil precisar os motivos que levaram à peculiaridade da experiência brasileira, mas concorda com Rosa Cardoso ao afirmar que dois aspectos principais podem ser elencados.

Seriam duas teses possíveis. Uma, de que teria sido por conta de naturais resistências das pessoas mais comprometidas com a violência. Outra, de que as prioridades do país eram outras. Uma crise econômica devastadora. Um país por refazer. A luta pela mitigação de uma apartação socialmente injusta. Provavelmente [ocorreu] um pouco de cada. (CAVALCANTI FILHO, 2016)

Também em entrevista, outro integrante da CNV, o ex-procurador-geral da República Cláudio Fonteles (2016) atribui a dificuldade de realizar mudanças drásticas, porém efetivas, e a tendência de aderir a pactos nos períodos de transição – mesmo que possam ser injustos – às características culturais dos políticos e também da sociedade. “É o jeitinho, as meias soluções.” Segundo ele, há uma construção social de que o brasileiro é capaz de resolver impasses sem se indispor com os grupos de poder. “É do caráter do brasileiro, de conseguir artifícios, ir empurrando com a barriga, ir fazendo esses compromissos, essas delongas. Nós não somos um povo que se caracteriza com uma assertiva concreta e imediata.”. Além disso, ele avalia que o temor e a “insegurança em relação ao

poder militar” representam outra dificuldade, já que as Forças Armadas, mesmo tendo perdido espaço nos governos democráticos, ainda conservam autoridade e poder de negociação política.

Pedro Dallari, que foi o último coordenador da CNV, também pontuou em entrevista o caráter das transições brasileiras:

O Brasil tem uma tradição de transições controladas e demoradas. Desde a Independência. O primeiro chefe de Estado do Governo no Brasil era o príncipe herdeiro, o Dom Pedro. O Marechal Deodoro era marechal do Império e virou presidente da República. Getúlio Vargas era ministro do Washington Luiz e virou, fez a Revolução de [19]30. Até no golpe de 1964, as pessoas esquecem, mas quem indicou o vice do Castello Branco foi o Juscelino. O PSD, que foi o José Maria Alkmin. Ou seja: O primeiro governo [militar] teve apoio do PSD. É uma tradição brasileira. E, quando o Sarney assume a Presidência, ele que tinha sido o último presidente da antiga Arena, PSD, quer dizer, PDS, né!?² Emblemático do que é a transição brasileira. Aquilo que se substituiu permanece. E isso aconteceu no Brasil agora. Por que a Comissão da Verdade demora? Porque a transição foi lenta. (DALLARI, 2015)

Conforme Brito (2013, p. 237), por ter sido da Arena e próximo dos militares, o presidente José Sarney (PMDB), que governou entre 1985 e 1990, não tomou medida no sentido de “resolver a questão das violações dos direitos humanos”. Posteriormente, os governos de Collor (PRN) e Itamar Franco (PRN/sem partido) realizaram ações tímidas que consistiram basicamente na autorização da transferência dos registros policiais para os governos municipais e estaduais, o que facilitou a abertura de alguns arquivos. A gestão Collor chegou a prometer ajuda aos familiares de mortos e desaparecidos para localização dos corpos, mas tudo não passou de promessa³. Após o *impeachment* de Collor, familiares propuseram ao ministro da Justiça, Maurício Corrêa, que o Poder Executivo criasse uma comissão para investigar os desaparecimentos, mas a ideia não prosperou no governo Itamar Franco (MEZAROBBA, 2003). Foi a partir do governo Fernando Henrique Cardoso (PSDB) que iniciativas em prol da justiça de transição começaram a ter mais impacto. Coincidência ou não, Fernando Henrique e seus dois sucessores – Luiz Inácio Lula da Silva e Dilma Rousseff (ambos do PT) – foram vítimas da ditadura.

Os governos de FHC, que era intelectual de esquerda exilado na época da ditadura, e de Lula, que foi sindicalista e preso político, tiveram impacto nesse processo. Contudo,

2 Sarney presidiu a Arena, que se tornaria PDS, a partir de 1979, mas deixou o partido e se filiou ao PMDB em 1984.

3 Ainda que, em âmbito local, a então prefeita de São Paulo, Luiza Erundina, tenha determinado a exumação de corpos localizados na vala de Perus (Cemitério Dom Bosco), parte desses restos mortais continua, até hoje, sem identificação.

foi apenas no governo Dilma – cuja militância carrega histórico marcado pela tortura durante as prisões políticas – que finalmente o país pôde contar com as medidas que culminaram na aprovação da CNV paralelamente à Lei de Acesso à Informação.

A partir de tal contextualização, na tentativa de compreender as particularidades do caso brasileiro, elenco a seguir, no Quadro 1, os eventos políticos nacionais que podem ser destacados como essenciais para o processo de justiça de transição.

Quadro 1 – Marcos da justiça de transição brasileira

1979 – 1985	<ul style="list-style-type: none"> * Lei da Anistia (Lei nº 6.683, de 28 de agosto de 1979) * Campanha “Diretas Já” * Projeto “Brasil: Nunca mais”
1986 – 2008	<ul style="list-style-type: none"> * Constituição de 1988 * Lei nº 9.140/1995 e Comissão Especial sobre Mortos e Desaparecidos Políticos * Lei nº 10.559/2002 e Comissão de Anistia
2009 – 2014	<ul style="list-style-type: none"> * 3º Programa Nacional de Direitos Humanos * Lei de Acesso à Informação * Comissão Nacional da Verdade

Fonte: Elaboração própria.

Distribuído em três fases, o processo que se inicia ainda durante a ditadura, com a distensão lenta, estimulada e controlada do governo Geisel, teve como primeiro marco identificado a tão questionada Lei da Anistia de 1979, sancionada no governo Figueiredo. Implementada como fruto de acordo para se atingir a almejada reconciliação, seu texto acabou por permitir a autoanistia – já que os setores responsáveis pelas violações em nome do Estado “perdoaram” a si e aos seus antes mesmo de serem julgados ou colaborar com o estabelecimento da “verdade”. Assim, o processo de anistia contribuiu para nossa justiça de transição às avessas, que começou com medidas de perdão e, em seguida, de reparação antes que o exercício de memória e esclarecimento dos fatos fosse desenvolvido.

A falta de vontade política dos Três Poderes em discutir tal lei e a dificuldade da sociedade brasileira em compreender o quanto sua aprovação e manutenção a partir de leitura controversa do termo “crimes conexos” contribuem para dificultar a justiça de transição. Instrumentalizado nas relações de poder, o “esquecimento” defendido pelo Estado a partir da Lei da Anistia pode ter sido necessário no momento de aprovação da norma, mas, com o passar do tempo, revela traços de, como nomeia a brasilianista Rebecca Atencio (2014), uma reconciliação imposta por meio de esquecimento institucionalizado.

“Mesmo que as pessoas não saibam de fato o que é a Lei da Anistia, criou-se, desde aquela época, e ficou na cultura, a ideia de que os dois lados se perdoaram. Só que os

militares não tinham nada a que perdoar os militantes dos direitos humanos”, assevera a psicanalista e integrante da CNV Maria Rita Kehl (2016) em entrevista para esta pesquisa. Segundo ela, os militantes só concordaram com esse tipo de anistia porque não havia alternativa.

Edson Teles (2005) considera que um dos aspectos mais injustos da anistia brasileira foi ter sido interpretada como impunidade total e prévia dos crimes contra a humanidade, pois criou no imaginário social a versão do consenso: todos foram anistiados. A força do movimento pela anistia, que criou um contradiscurso ao defender a liberdade dos perseguidos, ao exigir que se apurassem as práticas do Estado, não foi suficiente para convencer os militares de que perdoar a partir da tentativa de “apagamento” da memória não traria apaziguamento. A proposta do governo evidenciou o “discurso monológico” que privilegiava o silêncio diante de versões dissonantes.

Mas como é na adversidade que muitas vezes se encontram caminhos, foi a Lei da Anistia que propiciou a possibilidade de se “avançar um pouco em um terreno minado pela dúvida, por informações desconstruídas e, por que não dizer, pela má-fé deliberada” (MEZAROBBA, 2003, p. 56). Isso porque foi a partir da lei que advogados puderam ter acesso aos arquivos do Superior Tribunal Militar (STM) para elaborar petições de anistia e que surgiu a ideia de vasculhar os arquivos e realizar fotocópias dos processos, ação que contou com apoio do reverendo Jaime Wright e do então arcebispo de São Paulo, Dom Evaristo Arns, culminando, em 1985, na publicação da obra *Brasil: Nunca mais*⁴ (ARNS, 1985). “A obra, que rapidamente chegaria a 20 edições e entraria para a lista das mais vendidas em toda a história do país, trata do sistema repressivo, da subversão do direito e das diferentes formas de tortura a que os presos políticos eram submetidos” (MEZAROBBA, 2003, p.57). Ainda que as revelações do livro possam ter chocado o país ao mostrar as práticas de tortura e promover cobranças por novas políticas, a anistia – da forma em que foi implementada – compromete, até hoje, a necessidade e o “dever de memória”, ao impedir que a justiça se concretize.

Na segunda fase da transição, o primeiro ato de destaque foi a instituição da Assembleia Nacional Constituinte, pois a elaboração da nova Carta Magna foi fundamental para o ordenamento político e jurídico e, conseqüentemente, para a continuidade da justiça de transição, que, como já dito, desenvolveu-se de maneira singular no Brasil, ao promover primeiramente ações de anistia e compensação e apenas *a posteriori* iniciativas de “memória e verdade”.

4 A obra *Brasil: Nunca mais* foi elaborada em sigilo pela Arquidiocese de São Paulo, a partir das cópias dos processos arquivados no STM, e se transformou no primeiro documento de acesso público que sistematizou as denúncias de violações dos direitos humanos referentes à ditadura (ARNS, 1985).

O trabalho da Comissão da Verdade faz parte de um processo de justiça de transição que se instalou no Brasil de forma atípica. Provavelmente, essa questão da verdade deveria ter estado muito mais próxima do fim da ditadura. E depois de se levantar essa questão da verdade se trabalhar na questão de reparações, reparações materiais, mas também simbólicas. (CARDOSO, 2014)

Dez anos após o fim da ditadura, a Lei nº 9.140/1995⁵, que subsidiou a criação da Comissão Especial sobre Mortos e Desaparecidos Políticos (CEMDP), é outro marco que identifiquei no que nomeio de segunda fase da justiça de transição. Ela surge em decorrência de pressão política feita pelos familiares de vítimas e pela repercussão do trabalho que vinha sendo realizado pelo então deputado federal Nilmário Miranda (PT), responsável pela criação da Comissão de Representação Externa de Busca dos Desaparecidos, que auxiliava as famílias a obter informações sobre o desaparecimento de familiares durante a ditadura. Apesar do significativo avanço representado por essas medidas, as dificuldades institucionais encontradas indicam que constrangimentos políticos impediram maior efetividade.

Antes mesmo do período eleitoral de 1994, a Comissão de Familiares de Mortos e Desaparecidos e o Grupo Tortura Nunca Mais divulgaram documento com proposta de reconhecimento da responsabilidade do Estado e criação de uma comissão de investigação. A chapa de FHC assinou o termo se comprometendo com a demanda e, ao vencer as eleições e assumir o governo, logo recebeu do presidente da recém-criada Comissão de Direitos Humanos da Câmara, Nilmário Miranda, a reivindicação. O ministro da Justiça, Nelson Jobim, e o chefe de gabinete, José Gregori, foram os responsáveis por articular internamente a proposta do governo. A lei era elaborada no contexto do Programa Nacional de Direitos Humanos (PNDH), desenvolvido pelo Núcleo de Estudos da Violência da Universidade de São Paulo (MEZAROBBA, 2003).

Mas as propostas do governo não passariam sem a resistência das Forças Armadas. Um capitão da reserva do Exército e à época deputado federal pelo PPR prometia colocar entraves às medidas. Ele era Jair Bolsonaro, que futuramente se tornaria um dos maiores críticos da Comissão Nacional da Verdade. Ao perceber as articulações para a proposta de reparação financeira às vítimas de oposição à ditadura, Bolsonaro queria estender o benefício aos familiares de militares mortos.

Em meio às pressões externas e internas, o projeto de lei enviado por FHC ao Congresso não contemplava a apuração das circunstâncias de desaparecimento e morte

5 A lei reconheceu como mortas pessoas que, em razão de atos políticos entre 1971 e 1979, encontravam-se desaparecidas, normatizou os pedidos de indenização e autorizou a criação da CEMDP. BRASIL. Lei nº 9.140, de 4 de dezembro de 1995. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, 5 dez. 1995. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9140compilada.htm>. Acesso em: 15 maio 2016.

dos perseguidos políticos, desagradando os ativistas dos direitos humanos. Costurado com cautela entre Executivo e Legislativo, o projeto tramitou em regime de urgência e sem possibilidade de emendas, evitando que qualquer ação por parte dos familiares ou até mesmo de opositores pudesse modificá-lo. Ao tomar essa atitude, por um lado, o Estado reconhecia sua responsabilidade e, por outro, adiava as ações de “memória e verdade” que poderiam complementar a justiça de transição.

Já no “apagar das luzes” daquele ano de 1995, houve a aprovação da Lei nº 9.140/1995 (também conhecida como Lei dos Desaparecidos), que reconheceu como mortos 136 desaparecidos políticos, tratou das indenizações e da criação da CEMDP. Como bem postula Atencio (2014, p.16, tradução nossa⁶), a administração de FHC optou por uma iniciativa clichê de fechamento, em vez de abertura: “o estado pagaria seus ‘débitos’ e fecharia seus livros sem realizar investigação oficial”.

O programa de reparações de vítimas é considerado um passo importante, mas Brahm-Wiebelhaus (2010) ressalta que o fato de a CEMDP não ter recebido apoio das Forças Armadas nem a incumbência de investigar ativamente as denúncias de abusos promoveu equívocos no processo, primeiro por transferir às vítimas e aos seus familiares o ônus da prova e segundo porque, ao final dos trabalhos, a maioria dos casos de desaparecimento permaneceu sem resolução.

Questionamentos, polêmicas quanto aos valores das indenizações e tentativas de se alterar as normas vigentes por conta das limitações da Lei da Anistia se estenderam por sete anos até que houvesse a revisão dos procedimentos necessários à anistia e consequente reparação financeira e a criação da Comissão de Anistia⁷ por meio da Lei nº 10.559, de 13 de novembro de 2002. A medida atendia ao propósito de “reparar moral e economicamente as vítimas de atos de exceção, arbítrio e violações aos direitos humanos cometidos entre 1946 e 1988”. Composta inicialmente por dez integrantes, atualmente a Comissão de Anistia conta com 23 conselheiros encarregados de analisar os pedidos de reparação (COMISSÃO DE ANISTIA, 2018).

O fato de a Lei da Anistia não abordar de maneira ampla as reparações consideradas justas e necessárias causou polêmica antes mesmo da aprovação em 1979. Desde então entidades de classe, grupos civis e também militares questionavam, entre outros fatores, o fato de a anistia não levar em conta os prejuízos àqueles que foram perseguidos e afastados de seus postos de trabalho por questões políticas.

6 “The state would pay its ‘debts’ and close its books without undertaking an official investigation”.

7 A Comissão de Anistia foi criada pela Medida Provisória nº 2.151 de 31 de maio de 2001, revogada e substituída pela Lei nº 10.559, de 13 de novembro de 2002. Ver: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/mpv/Antigas_2001/2151-3.htm>. Desde 2016, a Comissão de Anistia vem passando por drásticas mudanças tanto em sua composição quanto em sua atuação. Ver: <<http://oglobo.globo.com/brasil/ex-ministro-de-jango-almirino-afonso-vai-presidir-comissao-de-anistia-20038767>>; <<http://oglobo.globo.com/brasil/nomeado-para-comissao-da-anistia-aparece-como-colaborador-da-ditadura-20043410>>; <<http://www.justica.gov.br/news/comissao-de-anistia-inicia-o-ano-com-nova-composicao>>. Acesso em: 30 mar. 2018.

Na análise da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), feita um mês após o envio da matéria por Figueiredo ao Congresso, a proposta limitava-se a garantir aposentadoria aos servidores cassados e afastados e prever que, se houvesse vaga, a entidade competente poderia discricionariamente admitir que o funcionário desligado voltasse à ativa. “Para a OAB, não se tratava de anistia, mas de simples autorização legal para o perdão individual, e sem efeito retroativo, do servidor sancionado” (MEZAROBBA, 2003, p.110).

Uma longa discussão foi iniciada no Congresso, mas, como a lei foi aprovada nos moldes desejados pelo governo militar, somente em 1988 a Constituição contemplou o tema no art. 8º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias⁸, que levou 14 anos para ser regulamentado pela Lei nº 10.559/2002. Mais uma vez, com a desculpa de ser necessário esquecer o passado para construir um futuro melhor, o Brasil tornava lento e doloroso o processo de trabalhar a memória e o esquecimento, pois se esquivava de enfrentar as injustiças impostas.

Por mais importante que tenha sido o gesto de criar a Comissão de Anistia vinculada ao Ministério da Justiça – que realizou as Caravanas da Anistia, com sessões públicas de apreciação de pedidos, além de desempenhar papel significativo na concessão de anistia e esclarecimento da população –, as políticas públicas ainda não contemplavam a necessidade de investigar os crimes passados, de construir um novo discurso oficial sobre a ditadura e de ao menos discutir amplamente a anistia aos crimes praticados contra a humanidade.

Da criação da Comissão de Anistia eu [José Carlos Dias] lembro bem, porque foi na época que eu era ministro. Foi importantíssimo. Eu me lembro que o último ato que encaminhei antes de sair do ministério foi encaminhar uma proposta de Medida Provisória para que fosse criada imediatamente a Comissão de Anistia. Isso foi encaminhado para a Casa Civil. Era o Aloysio (Nunes), o chefe da Casa Civil, que encaminhou para o Ministério da Defesa. Aí mexeram muito no projeto. E quando veio a lei, ela veio maculada de erros sérios. Um deles, o absurdo de indenizações altíssimas. Algumas absurdas, que depois foram revistas. De qualquer maneira, a Comissão de Anistia foi uma coisa importante. (DIAS, 2015)

8 “Art. 8º. É concedida anistia aos que, no período de 18 de setembro de 1946 até a data da promulgação da Constituição, foram atingidos, em decorrência de motivação exclusivamente política, por atos de exceção, institucionais ou complementares, aos que foram abrangidos pelo Decreto Legislativo nº 18, de 15 de dezembro de 1961, e aos atingidos pelo Decreto-Lei nº 864, de 12 de setembro de 1969, asseguradas as promoções, na inatividade, ao cargo, emprego, posto ou graduação a que teriam direito se estivessem em serviço ativo, obedecidos os prazos de permanência em atividade previstos nas leis e regulamentos vigentes, respeitadas as características e peculiaridades das carreiras dos servidores públicos civis e militares e observados os respectivos regimes jurídicos.” BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, 5 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm#adct>. Acesso em: 21 maio 2016.

A observação do ex-ministro José Carlos Dias (2015) aponta não apenas as brechas deixadas, mas também o aprimoramento da Comissão de Anistia com o passar do tempo e o fato de que as limitações e as dificuldades a que esteve atrelada inicialmente (como apontado por MEZAROBBA, 2003) não tiram o mérito da iniciativa e demonstram mais um passo rumo às ações de justiça de transição.

Um fato importante em relação à abrangência da Lei da Anistia tem relação com um evento realizado pela Comissão de Anistia em 2008: a audiência pública “Limites e possibilidades para a responsabilização jurídica dos violadores de direitos humanos em regimes de exceção no Brasil”. O posicionamento de Tarso Genro, então ministro da Justiça, de Paulo Vannuchi, dos Direitos Humanos, e de Paulo Abrão, da Comissão de Anistia, seguindo o estabelecido no Direito Internacional, foi de que tortura é crime imprescritível e não crime político, destacando a necessidade de avançar na aplicabilidade da justiça de transição. A discussão não contou com representação das Forças Armadas, mas ganhou as páginas dos jornais e acirrou o ânimo dos militares, que pressionaram o governo. A resposta veio por meio de Nelson Jobim, que ocupava o posto de ministro da Defesa e alegou que o tema não cabia ao Poder Executivo, mas sim ao Judiciário. Como presidente da República, Lula cedeu às Forças Armadas e encerrou a polêmica, deixando claro que a revisão da Lei da Anistia não continuaria na pauta do governo.⁹

As discussões sobre a possibilidade de se criar uma comissão da verdade provocaram novo embate entre militares e Ministério da Defesa de um lado, e ministérios da Justiça e Direitos Humanos, familiares de vítimas e ativistas que atuaram no PNDH-3, de outro. O governo precisou de três meses de negociações internas (entre setembro e dezembro de 2009) para aparar as arestas entre Vannuchi e Jobim, que ameaçou pedir demissão por conta da discordância sobre o texto final do plano nacional de direitos humanos.¹⁰ Devido aos atritos, o presidente nacional da OAB, Cezar Britto, posicionou-se a favor de Vannuchi e divulgou nota em apoio à criação da comissão da verdade:

Um País que se acovarda diante de sua história não pode ser levado a sério. O direito à verdade e à memória garantido pela Constituição não pode ser revogado por pressões ocultas ou daqueles que estão comprometidos com o passado que não se quer ver revelado.¹¹

9 Para mais, ver: <<http://www1.folha.uol.com.br/fsp/brasil/fc3107200808.htm>>; <<http://www1.folha.uol.com.br/fsp/brasil/fc1605200812.htm>>; e <<http://www.gazetadopovo.com.br/vida-publica/lula-tira-executivo-de-debate-sobre-tortura-b4hatb0gk2hcmh1dj554piry>>. Acesso em: 24 maio 2016.

10 “Não há nenhuma controvérsia insanável”, diz Tarso”. Disponível em: <<http://politica.estadao.com.br/noticias/geral,nao-ha-nenhuma-controversia-insanavel-diz-tarso,488845>>. Acesso em: 25 maio 2016.

11 Disponível em: <<http://www.estadao.com.br/noticias/geral,oab-contesta-a-pressao-feita-por-militares,488981>>. Acesso em: 25 maio 2016.

É justamente o PNDH-3 e o processo de criação de uma comissão da verdade nacional que marcam os últimos eventos mais emblemáticos da transição brasileira.

4 O conceito de comissão da verdade

A primeira ação de uma comissão da verdade de que se tem conhecimento remonta a 1974, quando o governo de Uganda, na África, estabeleceu a Comissão de Investigação sobre o Desaparecimento de Pessoas. O objetivo era investigar os desaparecimentos praticados pelas forças militares durante os primeiros anos do governo de Idi Amin Dada, o mesmo que criou a comissão. Anos mais tarde, iniciativas do tipo começam a se espalhar por outros continentes.

No livro *Unspeakable Truths*, Priscilla Hayner (2011) faz um amplo apanhado das comissões da verdade estabelecidas em todo o mundo entre 1974 e 2009. Ela identifica 40 iniciativas, sendo que 21 delas foram criadas na primeira década do século XXI, demonstrando como esse é um processo recente.

Segundo Hayner, apesar de o pioneirismo ser de Uganda, a primeira comissão da verdade amplamente conhecida foi criada na Argentina em 1983. O órgão não era referenciado como uma comissão da verdade naquela época, sendo chamado de Comissão Nacional de Desaparecidos (Conadep). Conforme a autora, o título “comissão da verdade” surgiu quase dez anos mais tarde, com a Comissão Nacional de Verdade e Reconciliação do Chile e a Comissão da Verdade de El Salvador, concluídas em 1990 e 1992, respectivamente (HAYNER, 2011, p. 10).

As cinco comissões consideradas “mais fortes” por Hayner são a Comissão da Verdade e Reconciliação que funcionou na África do Sul (entre 1995 e 2002), a Comissão para Esclarecimento Histórico da Guatemala (1997-1999), a Comissão da Verdade e Reconciliação do Peru (2001-2003), a Comissão de Acolhimento, Verdade e Reconciliação do Timor-Leste (2002-2005) e a Comissão de Equidade e Reconciliação de Marrocos (2004-2006). Mas a autora também confere destaque ao trabalho de outros grupos, como as duas experiências do Chile e também as comissões da Argentina, de El Salvador e da Alemanha, entre outras. A comissão da verdade brasileira – por ter sido criada em 2011 pela Lei nº 12.528 e instituída apenas em 2012 – não entrou na contabilidade dos 40 grupos levantados pela autora.

O foco da Comissão Nacional da Verdade (CNV) – nome recebido pelo órgão no Brasil – é apurar os casos de violações dos direitos humanos ocorridos entre 1946 e 1988 (período entre as duas Assembleias Constituintes), o que inclui a fase da ditadura militar.

De acordo com o documento *Direito à Memória e à Verdade*, elaborado pelo governo federal, há [pelo menos] 150 casos de opositores do regime militar que desapareceram após serem presos ou sequestrados por agentes do Estado. Não há registro da prisão deles em nenhum tribunal ou presídio, os advogados não foram notificados e os familiares até hoje procuram esclarecimentos sobre onde estão os corpos das vítimas. Em 2010, o Brasil foi condenado na Corte Interamericana de Direitos Humanos da OEA em ação movida por familiares de mortos e desaparecidos na Guerrilha do Araguaia [...]. (BRASIL, 2012)

Conforme Hayner, é justamente a ação de órgãos internacionais em prol dos direitos humanos que tem cobrado e motivado o desenvolvimento de muitas comissões da verdade pelo mundo. Investigar e tornar públicas as violações cometidas no passado por agentes do Estado começou a ser algo interpretado pelas cortes internacionais como obrigação dos países. Tal procedimento tem sido reafirmado por documentos e resoluções voltadas para políticas públicas.

A primeira decisão jurídica clara sobre isso foi dada pela Corte Interamericana de Direitos Humanos no caso *Velásquez Rodríguez*¹², em 1988, em que foi confirmado que o Estado tem o dever de investigar o destino dos desaparecidos e divulgar as informações aos parentes. (HAYNER, 2011, p. 24, tradução nossa)

Relatório aprovado pela Comissão das Nações Unidas sobre Direitos Humanos afirma o direito inalienável de conhecer a verdade sobre os acontecimentos passados e de que as vítimas e suas famílias sejam informadas sobre as circunstâncias em que ocorreram as violações.

Enquanto o relatório observa que as sociedades podem se beneficiar de uma comissão da verdade, ele deixa claro que qualquer decisão de criar tal comissão, ou para definir seus termos e composição, "deve ser baseada em amplas consultas públicas em que os pontos de vista das vítimas e

12 Angel Manfredo Velásquez Rodríguez era estudante da Universidade Nacional Autônoma de Honduras quando foi detido, de forma violenta e sem a apresentação de ordem judicial de captura, pela Direção Nacional de Investigação e do G-2 (Inteligência) das Forças Armadas de Honduras. A detenção ocorreu em Tegucigalpa, em 12 de setembro de 1981. Os denunciantes declararam que o jovem fora levado junto com outros detidos para as celas da II Estação da Força de Segurança Pública, onde foi submetido a interrogatórios, torturas e acusado de delitos políticos. As corporações policiais e de segurança negaram a detenção do estudante e ele desapareceu, sem que a família tivesse acesso ao paradeiro do rapaz ou à localização de seu corpo (JURISPRUDÊNCIA, 1988).

sobreviventes especialmente são procurados". (HAYNER, 2011, p. 24, tradução nossa)

Esse caráter do envolvimento social e público é algo que merece ser observado ao se analisar a conceituação mais utilizada e referenciada sobre comissões da verdade.

Diante de muitas dúvidas sobre o que pode ou não ser considerado como comissão da verdade e sobre quais são suas atribuições, recorre-se ao levantamento feito por Priscilla Hayner (2011), que, entre tantas qualidades, oferece algumas das mais esclarecedoras definições. A acepção sugerida pela primeira vez pela autora, em 1994, ainda é frequentemente citada, embora ela mesma admita que contenha limitações. A ideia essencial era definir uma comissão da verdade como um grupo de trabalho focado no passado, criado para investigar um padrão de abusos durante um período de tempo, em vez de um evento específico, instituído como um órgão temporário, com a intenção de concluir as atividades com um relatório público, e oficialmente autorizado ou habilitado pelo Estado.

O analista jurídico Mark Freeman (2006) conseguiu sugerir um conjunto mais detalhado de qualificadores, ao propor outros dois elementos. Segundo ele, uma comissão da verdade se concentra em atos graves de violência ou repressão (sendo que esses atos ocorreram em períodos recentes de regime abusivo ou conflito armado), descreve as causas e consequências das violações e investiga violações cometidas pelo Estado ou por seus agentes. Ele frisa que, apesar de a própria comissão se basear nesse Estado, deve manter independência para que possa se concentrar nas vítimas.

Freeman (2006) também sugere outro ponto de análise para determinar o que é realmente uma comissão da verdade, que seria a percepção pela população local (e até mesmo global). Contudo, Hayner considera que, apesar de útil, o critério é subjetivo e pode ser limitante. A autora destaca ainda que outros analistas acrescentaram apenas um elemento à descrição feita por ela em 1994, que seria o fato de uma comissão da verdade sempre se envolver com vítimas e sobreviventes. "Finalmente, alguns têm sugerido que todas as comissões da verdade têm a intenção explícita de avançar na reconciliação ou até mesmo na construção da democracia." (HAYNER, 2011, p. 11, tradução nossa¹³). Mas Hayner defende que o essencial sobre as comissões da verdade é o propósito de afetar a compreensão social e a aceitação do passado do país. Portanto, ela afirma que:

[...] a intenção das comissões da verdade é parte do que as define: de abordar o passado, a fim de mudar as políticas, práticas e até mesmo relacionamentos no futuro, e para fazê-lo de uma forma que respeite e honre aque-

13 "Finally, some have suggested that all truth commissions have the explicit intention to advance reconciliation or even democracy-building".

les que foram afetados pelos abusos. Isso pode ser capturado na seguinte definição ligeiramente revisada: A comissão de verdade (1) está focada no passado dos eventos, em vez dos em curso, (2) investiga um padrão de acontecimentos que tiveram lugar durante um período de tempo, (3) envolve-se diretamente e amplamente com a população afetada, coletando informações sobre as suas experiências; (4) é um órgão temporário, com o objetivo de elaborar um relatório final, e (5) é oficialmente autorizada ou habilitada pelo Estado sob revisão. (HAYNER, 2011, p. 11-12, tradução nossa¹⁴)

Acrescento a essa revisão proposta por Hayner a categoria descrita por Freeman relativa à função de apurar atos de violência ou repressão. É ainda importante frisar que uma comissão da verdade se distancia de um órgão governamental de direitos humanos, mesmo que sua intenção também seja defender esses direitos. Difere-se ainda dos órgãos de investigação do Judiciário, que, normalmente, têm intuito de esclarecer fatos relativos a eventos específicos e separadamente.

Cabe destacar que uma comissão da verdade vai além de ser um grupo de trabalho que busca encontrar e dizer a “verdade” sobre abusos do passado. Em muitos contextos, essa se tornou a iniciativa mais importante dos governos para lidar com memórias que não ganhavam espaço no debate público, responsabilizar os violadores, reparar as vítimas e propor reformas.

Por isso, Hayner (2011, p. 20, tradução nossa¹⁵) define que o primeiro e mais concreto objetivo de uma comissão da verdade é destinado à averiguação: “estabelecer um registro preciso do passado de um país, esclarecer eventos incertos, e levantar a tampa do silêncio e da negação de um período controverso e doloroso da história”.

Para a autora, o reconhecimento oficial e público de abusos do passado é importante para efetivamente quebrar o silêncio de um tema que antes era só sussurrado e, por muito tempo, foi considerado perigoso ou sigiloso, “raramente relatado honestamente na imprensa, e, certamente, fora dos limites da história oficial ensinada nas escolas. Com efeito, o relatório de uma comissão da verdade recupera a história de um país e a abre para revisão pública” (HAYNER, 2011, p. 20, tradução nossa¹⁶).

14 “[...] the intention of truth commissions is part of what defines them: to address the past in order to change policies, practices, and even relationships in the future, and to do so in a manner that respects and honors those who were affected by the abuses. This can be captured in the following slightly revised definition: A truth commission (1) is focused on past, rather than ongoing, events; (2) investigates a pattern of events that took place over a period of time; (3) engages directly and broadly with the affected population, gathering information on their experiences; (4) is a temporary body, with the aim of concluding with a final report; and (5) is officially authorized or empowered by the state under review”.

15 “To establish an accurate record of a country’s past, clarify uncertain events, and lift the lid of silence and denial from a contentious and painful period of history”.

16 “[...] rarely reported honestly in the press, and certainly out of bounds for the official history taught in schools. In effect, the report of a truth commission reclaims a country’s history and open it for public review.”

O enfoque nas vítimas é outro ponto que merece ser destacado, contrariando a expectativa de setores da sociedade – principalmente agentes do Estado envolvidos nas violações ou infrações e parcelas da população que apoiaram as ditaduras e os regimes totalitários, por exemplo – de que a comissão da verdade também apure atos de violência cometidos pela sociedade civil em resposta à repressão. Essas cobranças, no entanto, partem de quem não compreende um dos objetivos da comissão, que está atrelado aos atos cometidos pelas forças do Estado. Nesse aspecto, Quinalha (2013) ressalta que, no caso específico do Brasil, a ideia de “apurar os dois lados” sob a alegação de que as práticas violentas do autoritarismo do Estado se justificariam em resposta à radicalização dos grupos de esquerda não faz sentido se forem elencadas algumas constatações. A primeira é de que, no período anterior ao golpe de 1964, as ações armadas não eram consistentes ao ponto de ameaçar o Estado de Direito e suas instituições. Tanto é que o golpe de estado foi praticado por militares apoiados por elites políticas e civis sem qualquer resistência armada que revele significância por parte das esquerdas. A violência do governo ditatorial foi justamente o gatilho para a atuação armada e clandestina de alguns grupos de esquerda (QUINALHA, 2013; AARÃO REIS, 2014).

Quinalha (2013) destaca ainda a inexistência de práticas sistemáticas por parte dos opositores da ditadura e o fato de eles já terem sido punidos (para além da tortura, das mortes, dos desaparecimentos e da forçada clandestinidade a que muitos foram submetidos, a maioria foi julgada pelos tribunais da Justiça Militar e cumpriu as penas estipuladas). O autor aponta como outra constatação a impossibilidade de se comparar ações de Estado e de resistência: “não é razoável colocar lado a lado, como se equiparáveis fossem, as condutas de resistência a um governo tirânico, praticadas por grupos privados, e a repressão armada do Estado com toda sua potência material” (QUINALHA, 2013, p. 192).

Assim, as comissões da verdade se dedicam a ouvir as memórias das vítimas¹⁷, ou melhor, dos resistentes, realizar audiências públicas e divulgar relatório que descreva as experiências de sofrimento, os locais onde as violações ocorreram, as causas de morte e correções de atestados de óbitos (muitas vítimas foram assassinadas e as famílias precisam conviver com atestados de suicídio). Essa é uma forma de cobrar responsabilidade institucional (normalmente das Forças Armadas e do sistema judicial), recomendar ações para responsabilização criminal e incentivar a reconciliação.

17 O fato de privilegiar o relato das vítimas não significa que comissões da verdade não abram espaço para ouvir e relatar as experiências dos perpetradores, agentes do Estado e testemunhas das violações. Pelo contrário, essas versões também são utilizadas e contrapostas às demais. Contudo, o relatório de uma comissão da verdade deve justamente questionar as visões em algum momento dominantes construídas pelos regimes autoritários e por aqueles que abusaram do poder. Nas transições democráticas, os relatórios são instrumentos para dar voz aqueles que foram silenciados à custa de uma memória remanescente dos perpetradores, hoje reconhecidos como violadores, mas, à época, considerados “vencedores” de uma batalha e, portanto, detentores do direito de impor apenas a sua versão dos fatos, por meio de documentos secretos, censura e abuso da violência.

Defende-se neste artigo que as comissões da verdade são provocadoras do debate público e as grandes responsáveis por retornar com a temática dos grandes traumas na mídia e, conseqüentemente, na arena pública. Caso contrário, o envolvimento da sociedade com o assunto pela mediação do jornalismo ficaria restrito às raras reportagens especiais que vez ou outra ganham destaque nos noticiários.

Sem o aval da mídia, muitas vezes, há um arrefecimento do clamor público e ativo sobre esse período da história, com exceção das famílias que perderam seus entes queridos ou de alguns setores e instituições específicas da sociedade, que mantêm a militância inabalada.

Conforme levantamento e monitoramento da cobertura midiática sobre a ditadura realizados durante todo o período de funcionamento da CNV (SANGLARD, 2017), considerando todos os veículos de informação com circulação no Brasil, a instalação de uma comissão da verdade de âmbito nacional foi responsável por trazer novamente à pauta o tema da ditadura e garantiu cobertura jornalística diária dos trabalhos das comissões (não só da nacional mas também das de abrangência local e estadual). Todavia, as dificuldades para que as comissões da verdade percebessem o seu caráter comunicacional e o seu dever de atuar com transparência e garantir divulgação de suas atividades cotidianas fez com que não conseguissem se aproximar tanto da sociedade (SANGLARD, 2017).

Portanto, além das atribuições e características descritas no conceito revisto por Hayner para definir o que seria uma comissão da verdade, pode-se destacar que para afetar a compreensão social, é preciso considerar o componente comunicacional que envolve a responsabilidade das comissões em promover o debate público e pautar a imprensa. Por isso, sugiro ainda o acréscimo desses elementos na definição, que poderia ser descrita da seguinte forma:

Comissões da verdade (1) estão focadas no passado dos eventos, em vez dos em curso; (2) *auxiliam na (re)construção de memórias de grandes traumas de determinada região*; (3) investigam um padrão de acontecimentos relativos a atos de violência ou repressão que tiveram lugar durante um período de tempo; (4) envolvem-se diretamente e amplamente com a população afetada, coletando informações sobre as suas experiências; (5) são órgãos temporários, com o objetivo de elaborar um relatório final; (6) são oficialmente autorizadas ou habilitadas pelo Estado; (7) diferem-se dos órgãos governamentais de direitos humanos e dos órgãos de investigação do Judiciário; e (8) *visam afetar a compreensão social a partir de ações que incentivem o debate público e estimulem a repercussão midiática e cultural*.

5 A comissão da verdade no Brasil

Por ato presidencial de 13 de janeiro de 2010, foi instituído um grupo de trabalho com a finalidade de elaborar o anteprojeto de lei para a criação da comissão da verdade no Brasil (CNV, 2014, p. 20). Com o apoio de todos os ex-ministros da Secretaria Especial dos Direitos Humanos desde José Gregori, que foi o primeiro titular da pasta, criada em 1997, a medida passava a ganhar força e estimular as negociações em torno da proposta. Quatro meses depois, estava finalizado o projeto de lei resultante das atividades do grupo, que foi encaminhado pelo então presidente Lula ao Congresso Nacional em regime de urgência.

Juntamente com a então ministra de Direitos Humanos, Maria do Rosário, os ex-ministros assinaram um documento que foi entregue ao então presidente da Câmara, Marco Maia (PT), como forma de pressionar pela aprovação do projeto¹⁸. A lei foi aprovada na Câmara em setembro de 2011, já no governo Dilma Rousseff, e depois seguiu para votação no Senado, cujo relator foi o senador Aloysio Nunes (PSDB). O projeto, de iniciativa do Executivo, foi aprovado por unanimidade pelo plenário do Senado¹⁹ no fim de outubro, demonstrando que as negociações em torno da proposta surtiram efeito.

Quase 30 anos foram necessários desde o fim da ditadura militar para que o Governo brasileiro instalasse uma comissão da verdade e iniciasse uma importante etapa da justiça de transição: a investigação dos crimes cometidos pelo Estado como ação em prol da “memória e verdade”. Com o título Comissão Nacional da Verdade (CNV), o colegiado brasileiro foi instalado em maio de 2012 e teve até dezembro de 2014 para concluir os trabalhos. A partir de recolhimento de depoimentos orais e de pesquisas realizadas em arquivos – muitos deles até então fechados à consulta –, o grupo tinha a missão de investigar e tornar públicas as violações dos direitos humanos ocorridas entre 1946 e 1988, o que envolve o período da ditadura militar brasileira (1964-1985), e de promover a responsabilização não penal pelos crimes.

No Brasil, a iniciativa pode ser considerada tardia se comparada com as comissões instaladas em outros países da América Latina – como Argentina, Chile, Guatemala, Peru, Uruguai –, que desenvolveram ações desse tipo com espaço temporal menor entre o fim do período de exceção e o início das investigações. O mesmo ocorreu em outros países, e o exemplo mais notório talvez seja o da Comissão da Verdade e Reconciliação da África do Sul, criada em 1994, logo após o fim do *Apartheid*.

Se for feita analogia com os países vizinhos, o Brasil passou por situação de “amnésia histórica” na avaliação de Eric Brahm-Wiebelhaus (2010), por conta da dificulda-

18 O relator na Câmara dos Deputados foi Edinho Araújo (PMDB).

19 Disponível em: <<http://www12.senado.leg.br/retrospectiva2011/brasil/senado-aprova-criacao-da-comissao-da-verdade>>. Acesso em: 22 dez. 2016.

de em enfrentar as questões do passado traumático. Conforme o pesquisador, que se aprofundou em compreender a Comissão Nacional da Verdade e Reconciliação do Chile (CNVR), foi a atuação conjunta dos regimes ditatoriais na Operação Condor²⁰ e o desenvolvimento de comissões na região que fizeram com que, de alguma forma, as violações brasileiras tivessem se mantido expostas com o passar do tempo aos olhos do público, mesmo que o país caminhasse lentamente para a transição.

Aprovada paralelamente à Lei de Acesso à Informação²¹, a CNV remete ao 3º Programa Nacional de Direitos Humanos (PNDH-3), publicado no final de 2009 e revisto em 2010, durante o governo de Luiz Inácio Lula da Silva (PT), quando foi recomendada a criação de uma comissão da verdade com o propósito de esclarecer as violações de direitos humanos por agentes do Estado em atos de repressão aos opositores. O nome proposto inicialmente para o colegiado era Comissão Nacional da Verdade e Justiça, mas o documento do PNDH-3 foi finalizado com a supressão do termo “justiça”.

Conforme Hayner (2011) – em relação à ambiência para a criação da CNV –, o Brasil não era um país que havia enterrado inteiramente seu passado. Isso porque, com recorrência, o assunto vinha à tona seja em ações da sociedade civil organizada, nos processos que tramitavam em comissões como a de Mortos e Desaparecidos e a de Anistia, seja no questionamento à Lei da Anistia de 1979, que ganhou maior repercussão a partir de 2009, quando a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 153 passou a tramitar no Supremo Tribunal Federal (STF),²² resultando na manutenção da interpretação prevalecente da anistia estendida aos perpetradores.

Em 2011, durante os trâmites para a aprovação da proposta de criação da comissão, ela passou a configurar um dos objetivos principais do Projeto Direito à Memória e à Verdade (PDMV), coordenado por Gilney Amorim Viana no âmbito da Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República. A iniciativa também comportava o estímulo ao desenvolvimento de comitês e comissões setoriais, bem como à difusão de informações acerca da temática, por meio de apoio a atividades da sociedade civil ou de iniciativas de outros órgãos públicos.

20 Aliança entre regimes ditatoriais na América do Sul.

21 A Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011, mais conhecida como Lei de Acesso à Informação, regula o acesso à informação previsto na Constituição Brasileira, que deve ser observado pelos Três Poderes, incluindo as autarquias, as fundações públicas, as empresas públicas, as sociedades de economia mista e demais entidades controladas direta ou indiretamente por União, Estados, Distrito Federal e Municípios. Conforme a legislação, “é dever do Estado garantir o direito de acesso à informação, que será franqueada, mediante procedimentos objetivos e ágeis, de forma transparente, clara e em linguagem de fácil compreensão”. (Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12527.htm>. Acesso em: 12 abr. 2016).

22 Em 29 de abril de 2010, por sete votos contra dois, os ministros do Supremo Tribunal Federal (STF) decidiram arquivar a ação proposta pela Ordem dos Advogados do Brasil – OAB (Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF 153), que questionava a abrangência da Lei da Anistia (Lei nº 6683/1979). Apenas os ministros Ricardo Lewandowski e Carlos Ayres Britto votaram a favor do pleito da OAB de que a anistia não deve ser concedida a autores de crimes hediondos. Com o julgamento, o STF decidiu não alterar a lei e manter a anistia a autores dos chamados “crimes conexos”. Para mais informações: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=125515>>.

O Brasil talvez tenha sido o país que comportou o maior número de comissões da verdade estaduais, municipais e setoriais de forma independente e ao mesmo tempo concomitante com os trabalhos de uma comissão de âmbito nacional. Mais de cem comissões funcionaram no país, sendo que algumas foram instaladas antes mesmo da CNV e outras concluíram os trabalhos posteriormente, mas a maioria delas se desenvolveu a partir do estímulo do PDMV.

Enquanto o colegiado nacional foi criado por lei, aprovado pelo Congresso, e esteve vinculado ao Governo Federal, que deveria ofertar a estrutura de funcionamento, as comissões estaduais, municipais e setoriais foram instaladas em âmbitos distintos. Algumas, como a Comissão da Verdade Rubens Paiva, de São Paulo, foram criadas por Assembleias Legislativas (no caso das locais, pelas Câmaras dos Vereadores) e funcionaram com recursos e representação do Poder Legislativo estadual (ou municipal). Houve também comissões criadas pelos governos estaduais e municipais, por universidades e entidades de classe (como a OAB e a Federação Nacional dos Jornalistas – Fenaj).

Além das comissões, que em geral são criadas por instituição pública ou de interesse público, por algum dos Três Poderes, seja por lei ou decreto, também se desenvolveram no Brasil os “comitês pela memória, verdade e justiça”. Conforme Rosa Cardoso (2014):

os comitês são formados mais espontaneamente pela aglutinação de pessoas que estão dispostas a lutar e cobrar das autoridades e das comissões existentes. São mais ligados à mobilização política, enquanto as comissões devem criar relatórios para deixar. (CARDOSO, 2014)

Segundo o relatório final da CNV, a cooperação e o diálogo com as comissões de menor porte espalhadas pelo país possibilitaram ampla mobilização e capilaridade em um país tão grande (CNV, 2014). Contudo, as experiências das comissões regionais ou locais foram diferentes entre si e, por falta de um plano comum e abrangente que envolvesse planejamento compartilhado e dotação orçamentária da União, dos estados e municípios, muitas comissões ficaram reféns da vontade política das autoridades locais (seja do Poder Executivo, seja do Legislativo) a que estavam atreladas.

No relatório²³ elaborado por Gilney Viana em janeiro de 2015 como prestação de contas das atividades do PDMV, consta que a aprovação do projeto de lei, a instituição da Comissão Nacional da Verdade, e, principalmente, o seu sucesso, “só seriam possíveis se criado um ambiente político favorável à apuração dos crimes cometidos pela ditadura militar”. Havia a compreensão de que isso dependia da ampliação do número de pessoas e de organizações da sociedade que estivessem informadas sobre o assun-

23 O relatório foi repassado à pesquisadora por Gilney Viana.

to e da promoção de conceito favorável à apuração dos fatos. “Isto implicava em disputa pela memória e pela verdade, para que se fizesse justiça”, afirmou Gilney no documento.

A mobilização promovida pelo Governo Federal e, em especial, pela pasta de Direitos Humanos, culminou na disseminação de comitês e comissões em várias regiões do país e na aprovação do projeto de lei da CNV no Congresso, mas não sem antes ter havido protesto das mais diversas frentes (contrárias e a favor da medida). Gonçalves (2016) lembra que o Coletivo de Mulheres pela Verdade e pela Justiça e a Comissão de Familiares de Mortos e Desaparecidos se mobilizaram para cobrar responsabilização institucional pelos crimes da ditadura e mudança do período de abrangência das investigações da comissão, além de sugestões de alteração de alguns trechos do projeto de lei. Em relação ao período, o desentendimento ocorreu porque, inicialmente, o texto aprovado na 11ª Conferência Nacional de Direitos Humanos dizia que deveriam ser investigadas as violações ocorridas entre 1964-1985 (período da ditadura), mas a lei estendeu as investigações para o período compreendido entre as duas assembleias constituintes (1946-1988), como forma de desagradar menos as Forças Armadas.

“Durante a preparação do anteprojeto de lei, o teor da proposta foi sendo negociado e discutido para que as resistências fossem vencidas e ocorresse a aprovação no Congresso Nacional”, pontua Gonçalves (2016). As críticas vieram imediatamente, já que os movimentos sociais acreditavam que o período mais amplo poderia ser uma manobra para dificultar o trabalho da comissão e dispersar a atenção voltada à ditadura para outros momentos históricos. Ainda que, naquela ocasião, os protestos fizessem sentido, analisando a questão após o encerramento das atividades da comissão, pode-se afirmar que a mudança serviu de mera formalidade de amparo para as negociações, já que a ampliação da data foi praticamente ignorada no decorrer das investigações, tendo a CNV – por entendimento de seus comissários ou pressão social – concentrado-se nos casos da ditadura, que, por si só, representavam imensidão de material para análise.

6 Conclusões

A partir das reflexões sobre o contexto político e histórico do processo de justiça de transição brasileiro, bem como da criação da Comissão Nacional da Verdade (CNV) é possível concluir que tais experiências brasileiras são complexas e singulares, visto que o Brasil iniciou as ações de justiça de transição a partir da anistia e da reparação antes de se estabelecer as políticas públicas de verdade e memória, baseadas na abertura de arquivos e em investigações fatídicas do período.

Para melhor compreender o processo transicional, ele foi subdividido em três momentos, ou fases, em que foram elencadas as ações emblemáticas. Desse modo, fica

mais nítido o quanto o país avançou em ações de memória e verdade — ainda que de forma morosa — e o quanto ainda precisa avançar no que tange à justiça. Tal elaboração demonstra também uma diferença da experiência brasileira em relação à de outros países, no sentido que aqui as ações de reparação ocorreram antes, por exemplo, das políticas de memória e verdade.

O processo de reparação e as ações das Comissões de Mortos e Desaparecidos e de Anistia são considerados marcos importantes para a justiça de transição brasileira, assim com a atuação da CNV. Todavia, é de se lamentar que boa parte das conclusões e recomendações propostas pela comissão da verdade ainda não tenham encontrado ambiente para serem efetivadas.

Também é possível concluir que a instituição e aceitação social de uma comissão da verdade de âmbito nacional foi fruto de um grande acordo político. Por um lado, isso trouxe vantagens, como a aprovação da proposta de lei por um Congresso ainda conservador, a instituição de uma política de Estado em prol da memória e a disseminação do conceito de justiça de transição por várias partes do Brasil, culminando na criação de aproximadamente uma centena de comissões da verdade de âmbito local e regional. Mas, por outro, o acordo tácito com personalidades e grupos interessados em preservar a imagem de algumas instituições e poupar os agentes de graves violações de direitos humanos, e o entendimento do Supremo Tribunal Federal de que a Lei da Anistia protege até mesmo os autores de crimes hediondos e imprescritíveis considerados crimes contra a humanidade também deixaram alguns pontos de discussão estagnados.

Por fim, a revisão do conceito de comissão da verdade permitiu considerar que tais órgãos são provocadores do debate público e responsáveis por retornar com a temática dos grandes traumas na mídia e, conseqüentemente, na arena pública. Desse modo, entre as funções e características das comissões da verdade deveria também ser considerado o fato de que auxiliam na (re)construção de memórias de grandes traumas e de que visam afetar a compreensão social a partir de ações que incentivem o debate público e estimulem a repercussão midiática e cultural. Sem tal compreensão, dificilmente os Estados em transição conquistam a aceitação social e a ambiência política necessárias para que as recomendações contidas no relatório final das comissões sejam seguidas, ou, ao menos, cobradas pela população das instituições às quais se dirigem.

Referências

- AARÃO REIS, Daniel. **Ditadura e democracia o Brasil**: do golpe de 1964 à Constituição de 1988. Rio de Janeiro: Zahar, 2014.
- ATENCIO, Rebecca. **Memory's turn**: reckoning with dictatorship in Brazil. Madison, Wisconsin: The University of Wisconsin Press, 2014.
- BRAHM-WIEBELHAUS, Eric. **Truth commissions and transitional societies**: the impact on human rights and democracy. Abingdon, New York: Routledge, 2010.
- BRASIL. **Instalada a Comissão Nacional da Verdade**. Disponível em: <<http://www.brasil.gov.br/cidadania-e-justica/2012/05/instalada-a-comissao-nacional-da-verdade>>. Acesso em: 20 jul. 2018.
- BRITO, Alexandra Barahona de. "Justiça transicional" em câmera lenta: o caso do Brasil. In: PINTO, Antônio Costa; MARTINHO, Francisco Carlos Palomanes. **O passado que não passa**: a sombra das ditaduras na Europa do Sul e na América Latina. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2013.
- CARDOSO, Rosa. **Entrevista I**. [fev.2014]. Entrevistadora: Fernanda Nalon Sanglard. Rio de Janeiro, 2015. 1 arquivo. mp3 (50min).
- CAVALCANTI FILHO, José Paulo. **Entrevista VII**. [nov.2016]. Entrevistadora: Fernanda Nalon Sanglard. Recife/Juiz de Fora, 2016. 1 arquivo. mp3. (18min07s). 1 arquivo. e-mail.
- COMISSÃO DE ANISTIA. **Sobre a comissão**. 2018. Disponível em: <<http://www.justica.gov.br/seus-direitos/anistia/sobre-a-comissao>>. Acesso em: 30 mar. 2018.
- COMISSÃO NACIONAL DA VERDADE – CNV. **Relatório da Comissão Nacional da Verdade**. Brasília: CNV, 2014. 3v.
- DALLARI, Pedro. **Entrevista III**. [ago.2015]. Entrevistadora: Fernanda Nalon Sanglard. São Paulo, 2015. 1 arquivo. mp3 (42min51s).
- DIAS, José Carlos. **Entrevista II**. [ago.2015]. Entrevistadora: Fernanda Nalon Sanglard. São Paulo, 2015. 1 arquivo. mp3 (48min47s).
- FONTELES, Cláudio. **Entrevista VI**. [ago.2016]. Entrevistadora: Fernanda Nalon Sanglard. Rio de Janeiro, 2016. 1 arquivo. mp3 (1h19min50s).
- FREEMAN, Mark. **Truth commissions and procedural fairness**. New York: Cambridge University Press, 2006.
- GOLDSTONE, Richard J. Foreword. In: FREEMAN, Mark. **Truth commissions and procedural fairness**. New York: Cambridge University Press, 2006.
- GONÇALVES, Carmen. **Comissão Nacional da Verdade**: um acontecimento entre o passado e o futuro do Brasil. 2016. 345f. Tese (Doutorado em Ciências da Comunicação) – Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo, 2016.
- HAYNER, Priscilla B. **Unspeakable truths**: Transitional Justice and the challenge of truth commissions. 2. ed. New York: Routledge, 2011.
- MEZAROBBA, Glenda. **Um acerto de contas com o futuro**: a anistia e suas consequências – um estudo do caso brasileiro. 2003. Dissertação (Mestrado em Ciência Política) – Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, São Paulo. 2003.
- OLIVEIRA, Marcelo de Andrade Cattoni de; GOMES, David. Transições e constitucionalismo: aportes ao debate público contemporâneo no Brasil. In: SOUSA JUNIOR, José Geraldo de; SILVA FILHO et al. **Introdução Crítica à Justiça de Transição na América Latina**. Brasília: UnB; MJ, 2015.
- QUINALHA, Renan. Com quantos lados se faz uma verdade? Notas sobre a Comissão Nacional da Verdade e a "teoria dos dois demônios". **Revista Jurídica da Presidência**, Brasília, v. 15, n. 105, p. 181-204, fev./maio 2013.

REÁTEGUI, Félix. Introdução. In: REÁTEGUI, Félix (Org.). **Justiça de transição**: manual para a América Latina. Brasília: Comissão de Anistia, Ministério da Justiça; Nova Iorque: Centro Internacional para a Justiça de Transição, 2011.

SANGLARD, Fernanda Nalon. **Verdades possíveis**: o jornalismo brasileiro e as narrativas sobre a ditadura durante o funcionamento da Comissão Nacional da Verdade. 2017. 299 f. Tese (Doutorado em Comunicação) – Programa de Pós-Graduação em Comunicação, Faculdade de Comunicação Social, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2017.

TELES, Edson. **Democracia e estado de exceção**: transição e memória política no Brasil e na África do Sul. São Paulo: Editora Fap-Unifesp, 2015.

VIANA, Gilney Amorim. **Relatório de atividades do Projeto Direito à Memória e à Verdade (2011-2015) da Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República**. 2015.

11 MEMÓRIA E JUSTIÇA:
UM ENSAIO SOBRE O CASO DA
BOATE KISS

*Fernanda de Vargas*¹

*Fernanda Martins*²

Resumo: O presente trabalho visa ao debate interdisciplinar acerca de temáticas caras à justiça de transição, como direito à memória, reparação, reformas institucionais, e justiça no que se refere ao caso da Boate Kiss, ocorrido na cidade de Santa Maria, Rio Grande do Sul, no ano de 2013. A partir de uma discussão teórica, de referenciais do direito, da psicologia, da filosofia e da história, enfatiza-se a importância de buscar sentido como ação do presente ao reconhecer violências e lembrá-las com a importância da singularidade de cada trauma, além de destacar a justiça de transição enquanto reparadora, transformadora, convidando às criminologias a se pensarem radicalmente como plurais, no esforço permanente pela desconstrução das violências naturalizadas.

Palavras-chave: Justiça de transição. Memória. Traumas coletivos. Testemunho. Boate Kiss.

Abstract: *The present work aims through an interdisciplinary debate to discuss about issues that are important to the Transitional Justice, such as the right to memory, reparation, institutional reforms, and justice in relation to the case of Boate Kiss in the city of Santa Maria, Rio Grande do Sul, Brazil (2013). From a theoretical discussion, from reference points of law, psychology, philosophy and history, this paper seeks to highlight the importance of sensing the act of the present by recognizing violence and emphasizing the importance of the singularity of each trauma, besides presenting the Transitional Justice as reparative, transforming, inviting the criminologies to think radically as plurals, in the permanent effort to deconstruct the naturalized violence.*

Keywords: *Transitional justice. Memory. Collective trauma. Testimony. Boate Kiss.*

1 Psicóloga, mestre em Psicologia pela Universidade Federal de Santa Maria (UFSM), especialista em Psicologia – ênfase em Saúde Comunitária pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS), doutoranda em Ciências Criminais pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS), bolsista Capes.

2 Professora de Criminologia, Direito Penal e Processo Penal (Univali), mestre em Teoria, Filosofia e História do Direito (PPGD/UFSC), doutoranda em Ciências Criminais pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS), bolsista Capes.

1 Introdução

A justiça de transição diz respeito a um conjunto de ações políticas e judiciais, instigadas por sociedades que vivenciam uma situação de conflito ou que já o vivenciaram, com intuito de enfrentar e superar a herança de eventos que ocorreram em discordância aos direitos humanos. Busca-se, com isso, garantir que os responsáveis sejam punidos por seus atos, que as vítimas sejam reparadas e que outras violações não ocorram novamente (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 2004). A justiça de transição está vinculada a momentos históricos de grande violação dos direitos humanos, como Ditaduras Militares e a Segunda Guerra Mundial, dessa maneira, Elster (2006) salienta os Tribunais de Nuremberg e de Tóquio como mecanismos excepcionais da justiça de transição.

Para Silva Filho (2015), o início da justiça de transição se dá a partir da busca por superação de regimes autoritários e violentos em direção a regimes democráticos que confrontem a violência do passado com o objetivo de evitar as mesmas ações no presente e no futuro. Nesse sentido, o autor destaca que essa é uma política de luto, ou seja, para seguir em frente, deve-se olhar para trás e amparar-se em estratégias para a defesa dos direitos humanos.

Embora, esteja relacionada a períodos de transições políticas, pode-se pensar que a justiça de transição também está associada a outras situações de conflitos em que ocorreram violações dos direitos humanos com o conhecimento ou responsabilidade do Estado. Essas violações atingem toda a sociedade, uma vez que o agente responsável pela regulação dos vínculos é o agente violador dos direitos mais fundamentais, como a vida e a liberdade (ABRÃO, 2014).

Existem cinco pilares da justiça de transição: buscar a verdade dos fatos, garantir a memória das vítimas, punir os agentes criminosos do Estado, reformar as instituições perpetradoras de violações, e reparação. Assim, ela sinaliza a reconciliação entre cidadãos e as instituições públicas e organizações sociais rompendo com ações violentas e perversas, sendo que, para isso, não se pode esquecer do acontecido, e o papel da memória é fundamental. Portanto, o testemunho da violência é necessário para que se reconheçam as violações ocorridas e as perversões institucionais e, assim, sejam possíveis atos de resistência e um caminho para a cura terapêutica das vítimas (SILVA FILHO, 2015). Em relação à cura terapêutica, ressalta-se a necessidade de um acolhimento e de uma “política do cuidado” após as situações de conflito, ou seja, a criação de um espaço público para o testemunho, não somente para as vítimas mas também para a sociedade, pois a elaboração do trauma estará bloqueada se não houver esse acolhimento para o reconhecimento da violência (SILVA FILHO, 2015).

De acordo com Bell (2009), a justiça de transição não diz respeito somente ao campo das políticas públicas mas também à área de investigação científica. Nesse sentido, é

importante destacar o caráter interdisciplinar necessário em ambos os contextos, conforme Bickford (2004). Dessa forma, justifica-se o presente trabalho, que visa ao debate acerca de temáticas caras à justiça de transição, como direito à memória, reparação, reformas institucionais e justiça no que se refere ao caso da Boate Kiss ocorrido na cidade de Santa Maria, Rio Grande do Sul, no ano de 2013.

O presente trabalho busca, ainda, deslocar as compreensões de criminologia do saber comum instituído pelos marcos tradicionais de sua construção de conhecimento, o qual se dá majoritariamente aos chamados crimes comuns, para constituir um esforço em pensá-la de maneira política em que o Estado deve ser encarado como instituição de permanente violência e/ou transigência com práticas genocidas violadoras de direitos humanos. Nesse sentido, parece importante questionar se o poder punitivo, como braço armado da ordem estatal aqui encarada como máquina simbólica de produzir esquecimento e infligir mortes, pode ser mecanismo hábil de reparação.

Esse debate ocorre de forma interdisciplinar, utilizando-se de referenciais do direito, da psicologia, da filosofia, da história, e da própria petição da denúncia a Corte Internacional dos Direitos Humanos do caso da Boate Kiss, buscando a contribuição para a área acadêmica, bem como para a elaboração de políticas sociais no campo da justiça de transição, com intuito de defender o direito à memória das vítimas e a reparação tanto em um campo individual quanto numa dimensão social, a partir da quebra do silêncio e da recuperação dessa história que não pode ser esquecida.

2 O caso da Boate Kiss

A tragédia da Boate Kiss ocorreu no dia 27 de janeiro de 2013 e vitimou cerca de 878 jovens (242 mortos e pelo menos 636 sobreviventes) que estavam em uma festa e tiveram diversos direitos violados, entre eles, o direito à vida, à integridade, à liberdade e à segurança, entre outros. A Boate Kiss funcionou por 41 meses e 27 dias e, durante esse período, por 17 meses esteve em atividade sem o Alvará de Prevenção, Proteção e Combate a Incêndios, incluindo o dia da tragédia. Além de não possuir o referido alvará, o estabelecimento não dispunha de outros documentos em diferentes períodos, como o Alvará de Localização, o Alvará Sanitário e a Licença de Operação Ambiental.

Mesmo com todas essas irregularidades, a prefeitura do município, o Corpo de Bombeiros e o Ministério Público, diante das suas atribuições, não impediram o funcionamento da casa noturna e, com isso, concorreram em responsabilidade com o funcionamento da boate de forma ilegal, mesmo que isso oferecesse um risco iminente e permanente aos frequentadores do local. Passados quase cinco anos do incêndio na boate, o sentimento de impunidade permanece entre os sobreviventes da tragédia, os familiares das

vítimas e também entre os moradores da cidade. Centenas de jovens e famílias tiveram suas vidas afetadas pela tragédia, no entanto, até o momento nenhuma pessoa ou instituição pública foi responsabilizada pelo ocorrido. Da mesma forma, nenhum pedido de desculpas oficial aconteceu, o estado não auxiliou economicamente essas famílias, e as instituições envolvidas tomaram algumas atitudes que serão descritas a seguir.

Em abril de 2013, a Associação dos Familiares de Vítimas e Sobreviventes da Tragédia de Santa Maria organizou um local de vigília no centro da cidade a fim de promover atividades relacionadas à tragédia, como campanhas de arrecadação de alimentos e roupas para algumas famílias das vítimas que necessitavam de auxílio material. Em março de 2014, a Prefeitura Municipal de Santa Maria determinou a desocupação do local, justificando ser irregular, visto que a legislação determina que não é permitido impedir o trânsito de pessoas e de veículos em locais públicos. Contudo, salienta-se que a própria prefeitura havia autorizado a montagem da estrutura por período indeterminado. Atualmente a estrutura permanece no mesmo local.

Além disso, alguns pais que perderam seus filhos na tragédia foram acusados pelo Ministério Público do Rio Grande do Sul de calúnia e difamação após fazerem críticas à conduta do MP no que diz respeito ao inquérito das mortes. Os acusados se expressaram por meio de desabafos em redes sociais, de cartazes em frente à boate e em um jornal do município.

Torna-se, assim, evidente a necessidade de mais debates na área, reforçando a importância do conhecimento dos fatos e a construção de um local de memória das vítimas, um local de escuta coletiva sobre uma tragédia que atingiu toda a sociedade, além da necessidade da responsabilização de todos os agentes envolvidos no evento, pois o sentimento de impunidade e de injustiça se fez presente no tecido social de Santa Maria. Pensando nisso, foi realizada petição com denúncia do caso à Corte Internacional de Direitos Humanos.

3 Sujeito, memória e justiça

“O catador é figura mais provocadora da miséria humana”, dizia Walter Benjamin ao provocar a urgência de dedicar a vida a coletar os restos que a sociedade descarta. A memória, portanto, e aqueles e aquelas que passam a enfrentar com seriedade os traços permanentes das pegadas da história, tornam-se aqui sujeitos da re-existência frente aos desaparecimentos físicos e simbólicos (SAFATLE, 2017) como força motriz da luta política.

Nesse sentido, qual é o efeito da memória? Como pode ser compreendida e por que as próprias concepções de justiça e sujeito são permanentemente atributos de violência

em que seus conceitos se pautam em esquecimentos? Talvez aqui encarar a ideia de sujeito da história em Walter Benjamin seja um primeiro caminho de catador. Noutro tempo, sem a linearidade do progresso, certo sentido esteja em repensar a justiça por meio de Jean-Luc Nancy e, por fim, sem jamais almejá-lo, trazer a memória – ou trazer à memória – como resistência.

Por meio da Tese XII de Walter Benjamin, Reyes Mate desenvolve uma leitura sobre o sujeito da história em que afirma que o “objetivo da tese [XII] é perfilar o protagonista da história, isto é, esse sujeito que faz a história”. Nesse sentido, o protagonismo não está direcionado a determinados grupos, com certa essencialidade, mas, sim, aos grupos vulneráveis “na medida em que lutam” (MATE, 2011, p. 259), ou seja, “quando a tese diz que o sujeito do conhecimento histórico é a classe oprimida que luta, é preciso entender que o é quando luta” (MATE, 2011, p. 259), portanto enquanto luta.

É por meio da “experiência do sofrimento” (MATE, 2011, p. 259) que sujeitos se constituem enquanto solidários para além dos recortes de grupos geracionais, de gênero, de raça, de re[li]gião etc., assumindo como “sua a injustiça cometida contra” outro (MATE, 2011, p. 259).

Dessa forma, a luta política de um sujeito da história que merece a consideração de um conceito plural e destituído de marcas de totalidade só se dará pela indignação frente às injustiças passadas de forma permanente. Assim, as afrontas aos direitos humanos aqui apresentadas podem ser entendidas como os rastros a serem cotidianamente enfrentados pela tarefa da “consciência vingadora que leva até o final a tarefa de libertação em nome das gerações vencidas”. Não só o sujeito da história como a própria concepção de história deve ser reinventada a partir da “experiência da luta e da opressão” em que

A história de fato consist[a] em contar histórias passadas, mas com uma intenção ou um sentido que lhes confira coerência, E porque nada propõe tantos problemas à ideia de que a vida de um homem ou a vida de um povo ou a vida da humanidade tem sentido quanto os sem-sentidos dos homens [...] (MATE, 2011, p. 261).

O “gesto de rebeldia” vem como gesto de memória às dores dos espectros, dos sem-sentidos, sentido que jamais pode ser dito como *um todo* ou esquecido no passado. Contudo, é nesse esforço de trazer à vida o que jaz esquecido, que o trabalho daquele(as) que coletam; que recolhem; que reverberam vozes dá o tom de enfrentamento contra os desaparecimentos. E esse gesto rebelde assume um papel decisivo na ação dos sujeitos, pois se faz implícito ao construir a história do presente responsável na consciência de que o “conhecimento do passado é inseparável da vontade de mudar o presente”

(MATE, 2011, p. 322). O presente torna-se um não local, haja vista deslocar-se de acordo com as memórias a emergir, que deve ser a soma do conhecimento do passado com as exigências da ação política do agora (MATE, 2011, p. 321).

A “experiência com o passado é única”, diria Benjamin, – sempre singular – como os acontecimentos de experiências jamais reproduzíveis, por isso, indizíveis ou impronunciáveis, em que o testemunho não se coloca a serviço de reproduzir certo evento, mas como exteriorização ao presente de sua marca de permanência. Portanto, “trata-se de um encontro que provoca uma iluminação profana em virtude da qual um grito do passado aclara zonas obscuras do presente” (MATE, 2011, p. 329).

O singular de cada tragédia, de cada rastro, de cada passado, é no que consiste a particularidade dos sujeitos da história no sentido apresentado por Benjamin, cuja ação só é possível enquanto atenta ao agir hoje. Pode-se dizer, de outra forma, que, para que possamos introduzir com seriedade a memória como ato político, é necessário compreender que o agente político não é um sujeito necessariamente definido pelo Estado ou por designações instituídas pelo Direito, mas é aquele(a) determinado(a) em transformar o presente a cada instante por meio da consciência solidária das dores múltiplas emudecidas por políticas de esquecimento.

“Para a memória, o passado não está aí, passivo, mas vem” (MATE, 2011, p. 338) de encontro ao presente, a todo tempo, defronta-se com este a todo instante. Essa afirmação permite compreender que a “oportunidade revolucionária na luta pelo passado oprimido” deve ser permanente ao centralizar a memória como construção de sentido àquilo que é marginalizado, àquilo que nem sequer chegou a ser (MATE, 2011, p. 338).

A memória, portanto, é ressignificar origem, “é carregar-se de origem e trazê-la para o presente” para construir novas possibilidades com as ruínas do passado (MATE, 2011, p. 291). A memória e esses processos de enfrentamento às políticas de desaparecimento são “pedras angulares” ao desafio de construir um agora (MATE, 2011, p. 291) realizado pelo(s) sujeito(s) revolucionário(s) consciente(s) dos *restos* como ação política do “instante de valor absoluto”. Conforme Reyes Mate expõe, “a centralidade do conceito de memória é inexplicável sem a carga de futuro que tem, em Benjamin, o conceito de passado” (MATE, 2011, p. 292). A política do instante revolucionário que atravessa a memória como ação política permite que o passado, o presente e o futuro se toquem pela potencialidade do “futuro como recordação” em que o “mistério do porvir está sempre no passado”, mas tocado pelo agir de agora (MATE, 2011, p. 384).

Nesse sentido, a memória se apresenta como oportunidade de construir ou reconstruir novas soluções a desafios totalmente inéditos, isto é, atuar por uma política de memória é enfrentar as marcas da violência do passado que massacra corpos vulneráveis, deslocando os sentidos da história do fantasmagórico oculto pela história oficial permitindo o emergir de novas vozes. “Escovar a história a contrapelo” é movimentar estrutu-

ras rígidas, fixas, absolutas e totalizantes como aquelas tomadas pelo discurso oficial do Estado que legitima mortes, desaparecimentos e extermínios, sempre sob a lógica da segurança jurídica, da ordem pública, do controle social e da sociedade de bem. E esse movimento de ruptura provoca novos sentidos àquilo que pode ser chamado de justiça.

A justiça é sempre singular, única e intransponível, assim como a memória. É também aquilo que num recorte do tempo suspende a diferença entre tempos, é encontro de presente – futuro – passado das novas possibilidades. É o que nos convoca, então, o que se dá “antes – provém do porvir, do futuro que já eticamente nos sequestrou e desproporcionalmente nos impõe em seu excesso a responsabilidade urgente por um *dever de justiça*”. Assim, “supõe-se que essa justiça conduza, não meramente para com a vida de um ser vivo [...] não em direção a uma morte, mas em direção a uma *sobre-vida*’, reiteradamente para além da vida presente, que antecipa que é preciso contar com *mais de um*” (AMARAL, 2017, p. 256).

A justiça como uma ideia para além das leis institucionalizadas pelo direito é aquilo que se põe como a liberdade de um agir rebelde, gesto revolucionário também de uma política democrática em que a memória se estabeleça como centro de ação. A memória desajusta a ordem cronológica, o que se esforça por ocultar; trata-se do desencaixe que formula uma concepção de justiça que tome a sério a tarefa de ir além da mera Justiça Estatal.

O *justo* está na singularidade daquilo que nos é próprio sempre em relação solidária com o outro em que se faça impossível um ajuste ao normativo, haja vista ser possível dizer que o justo é sempre capaz de compreender que cada um tem o direito ao reconhecimento infinito que ultrapasse as expectativas de se definir um local ao outro enquanto clausura (NANCY, 2017).

Nesse sentido, o espectro criminológico apresentado por Wayne Morrison pode viabilizar certa leitura sobre o papel do pensamento das ciências criminais sobre as políticas da memória. Não se trata a própria criminologia de uma convocação sobre os “restos transparentes da história³ esquecidos pela máquina penalizante? Espectros de palavras que reverberam propriamente sobre aquilo que por elas não é alcançado: o testemunho sobre a dor do outro⁴” (AMARAL, 2017, p. 254). Portanto, constituir uma leitura criminológica que recuse negociar com o poder punitivo, mas que encare a memória como agir permanente, talvez seja a centralidade das questões propostas no presente trabalho, repensando, inclusive, a justiça de transição como meio possível de romper

3 Em certa medida, o argumento tem sido perseguido por muito. Como exemplo digno do enorme esforço, cf. MORRISON, Wayne. **Criminología, civilización y nuevo orden mundial**. Presentación de Eugenio R. Zaffaroni; edición y estudio preliminar de Camilo Bernal et. al. Barcelona: Anthropos Editorial, 2012.

4 Cf. ADORNO, Theodor W. **Dialética Negativa**. Tradução Marco Antonio Casanova. Rio de Janeiro: Zahar, 2009, p. 173.

com as redes punitivas do Estado, e sim como via de ouvir os fantasmas do passado como convocação do agir democrático.

4 O trauma no tribunal

Quando um trauma coletivo ocorre, sua relação com o direito é logo nomeada, pois as emoções presentes nesses momentos são transformadas em busca de uma resolução, há então a esperança de que o direito fará justiça legal para a violência sofrida. Mesmo que os julgamentos e tribunais sejam locais privilegiados de acesso a traumas sociais⁵. O direito, enquanto instância *supostamente* imparcial e objetiva é cego para as questões subjetivas, considerando-se haver um abismo entre o direito e a representação desses traumas, pois aquilo que deve ser ouvido em um julgamento é justamente o que não é possível de ser articulado enquanto linguagem jurídica. Nesse sentido, a lei é invocada a responder não somente a reivindicações sobre culpa e inocência, mas a dar conta da experiência traumática, assim, o tribunal pode ser visto como um local de catarse social curativa, de resolução de conflitos (FELMAN, 2014).

Mesmo compreendendo que o tribunal possa ser esse local de catarse social curativa, Felman expõe que julgamentos encenam afetos, portanto, são cenas que jamais podem dar conta da amplitude real do trauma, e sim que definem juridicamente algo aos redutíveis conceitos jurídicos (2014, p. 92-95) e por isso insiste em dizer que somente “o encontro entre lei e arte pode testemunhar adequadamente o significado abissal do trauma” (FELMAN, 2014, p. 219).

Trata-se de uma afirmação de suma importância para aqueles e aquelas que buscam romper com a captura presente nos julgamentos criminais, em que a vítima é colocada somente a responder o que lhe é demandado, jamais constituir rupturas para o indizível. Isto é, o poder punitivo surge por meio da estampa vitimária sendo construída pelo poder soberano mediante o confisco da situação problemática daqueles diretamente envolvidos. Seja qual for a figura hierárquica histórica que couber nessa trama ou nesse trauma, há um dispositivo de governo centralizado que toma para si a prerrogativa da persecução penal e da punição. Confiscar a vítima é elemento central para operacionalizar o que chamamos de poder de punir estabelecido em molde verticalizado exercitoforme (ZAFFARONI, 2011), capaz de controlar populações e tão bem visto na pulsão colonizadora dos Estados formados na modernidade. O direito, portanto, é expropriado pelo Estado e se consolida como poder-saber (FOUCAULT, 1988) dos intérpretes da lei.

5 Felman (2014) defende que existe uma relação oculta entre julgamentos e traumas, fenômenos que passam a ser relacionados na segunda metade do século XX, a partir do julgamento de Nuremberg na busca de resolver o trauma massivo da Segunda Guerra Mundial. De acordo com ela, os tribunais e julgamentos funcionam como uma lupa que permite ver as fissuras da sociedade, são locais onde os traumas sociais são reencenados envolvendo questões inconscientes. Portanto, há uma posição da autora que insiste na esfera judicial como meio de abertura dos traumas sociais, mesmo que identifique como insuficiente.

Tal configuração moldada no pensamento escravagista-colonizador formula o sistema-base do direito que convenientemente até hoje reconhecemos como Estado de Direito (COSTA; ZOLO, 2009).

Felman aposta na singularidade do julgamento de Eichmann como um evento jurídico sem precedentes em que ocorre uma *revolução conceitual na vítima*, a qual é implicada como protagonista em um “ato legal de *autoria da história*”, desencadeando uma transvaloração “das estruturas e dos valores do Direito Penal tradicional” (2014, p. 168-169). Contudo, essa aposta na mudança revolucionária do local da vítima nos parece deslocada, haja vista ser possível investir que a revolução está na transformação do sujeito vítima e da própria concepção de testemunho e memória produzido pelo julgamento de Eichmann e não pelas respostas penais que são sempre perpetuadoras de traumas e novos afetos de um drama social profundamente complexo chamado punição.

Se o que apontamos aqui a partir das concepções de justiça de transição ou da própria perspectiva de testemunho se dá no sentido de buscar reparação ou cura, parece-nos inviável que essa possibilidade se dê por meio daquilo que produz esquecimento, máquina de violência estatal e de desaparecimento simbólico de grupos vulneráveis como os homens e mulheres negras violentados, encarcerados e exterminados pela malha punitiva do Sistema de Justiça Criminal (CRUZ, 2017).

5 A construção do memorial - espaço para memória?

Ao se apontar no presente artigo a insuficiência e a inviabilidade dos julgamentos criminais como mecanismo de produzir memória, pois a radicalidade dos espectros jamais poderá ser instaurada por meio de algo que é produtor do fantasmagórico, ou seja, se o Direito Penal funda o Estado moderno ou vice-versa, e se essa configuração estatal é reconhecida como modo de operar uma necropolítica (MBEMBE, 2011) de corpos inenarráveis, pois imemoráveis – indígenas, africanos, aborígenes, mulheres e tantos outros grupos –, talvez pensar a memória para além dos aspectos jurídicos em que lei e arte, conforme Felman propõe, seja uma estratégia assim de fato revolucionária.

Nesse sentido, em agosto de 2017, teve início a campanha de arrecadação de recursos para a construção de um Memorial para as vítimas da Boate Kiss, no local onde a tragédia aconteceu. A ideia da construção e a iniciativa para a captação de recursos foi da Associação dos Familiares de Vítimas e Sobreviventes da Tragédia de Santa Maria (AVTSM), que deseja que o espaço seja de memória daqueles que perderam a vida na tragédia e um local onde os sobreviventes e a sociedade possam ressignificar o incidente, além de chamar a atenção para que a tragédia não se repita. Diante dos objetivos

da AVTSM, fica evidente o diálogo entre os pilares da justiça de transição e o caso da Boate Kiss, apesar de ser necessário observar a crucial disjunção entre o incêndio da Boate Kiss e as narrativas de crimes contra a humanidade enquanto “objeto” da justiça de transição. Todavia, ressalta-se e foca-se no presente trabalho nos paralelos possíveis, especialmente sob o ângulo das possibilidades de reparação e do direito à memória.

A partir do lançamento da campanha, foi possível observar como mais uma vez as opiniões públicas se dividiram – algumas pessoas se posicionaram contra a construção do Memorial enquanto para outras a criação de um espaço de memória do acontecido é percebida como uma questão significativa. Não é a primeira vez que o caso em questão causa divisão de opiniões, em diferentes momentos após a tragédia, a cidade como um todo vivencia situações ambivalentes quanto à lembrança do que aconteceu.

Celebrações e manifestações vêm acontecendo na cidade de tempos em tempos, pois, para muitas pessoas, essa seria a maneira de manter viva a memória das vítimas. Em contrapartida, algumas pessoas preferem “esquecer” o que aconteceu e não reviver a tragédia, argumentando que essa seria a melhor maneira de elaborar o luto. Lembrar e reviver uma tragédia implica em dor, em sofrimento. Para Benjamin, todo luto está inclinado à mudez, o que implica em algo mais do que a incapacidade ou falta de desejo em comunicar. O trauma é exatamente o que não pode ser visto; para Felman (2014), é o que derrota a visão de forma inerente politicamente e psicanaliticamente.

Além de as famílias terem seu direito à liberdade de expressão violado, a sociedade e os sobreviventes não encontram nenhum espaço coletivo onde possam expressar a experiência da tragédia sem serem julgados. Para Felman (2014), o discurso público vem sendo usurpado por metas comerciais e por ruídos de informações, e nesse espaço atual, o trauma deve ser silenciado e permanecer no campo do individual não podendo ser elaborado coletivamente, como aconteceu no caso dos soldados da Primeira Guerra Mundial.

Quanto à possibilidade de um espaço de memória, destaca-se a necessidade de se buscar artifícios e espaços que evitem a amnésia de tragédias coletivas e permitam ouvir a voz e os testemunhos individuais e coletivos dos sujeitos que sofreram uma injustiça social. No entendimento de Seligmann-Silva (2014), os espaços de audição referentes a traumas pessoais e sociais devem ser ampliados na sociedade, um local onde os testemunhos permitam a elaboração do trauma, ou seja, as vozes daqueles afetados pela violência estatal possam ser ouvidas para que, assim, ocorra uma ressignificação do efeito traumático.

Para Gagnebin (2004), existem dois perigos relacionados à memória: a fixação doentia ao passado e, com isso, uma incapacidade de bem viver o presente, e a identificação, às vezes patológica, com algum dos papéis da chamada díade mortífera de vítima e carrasco. De acordo com esse entendimento, o papel social para romper essa fixação ao passado e essa identificação consistiria em restabelecer um local simbólico que pos-

sibilitasse articular o chamado “terceiro”, e assim o conceito de testemunha deveria ser ampliado, ou seja, testemunha é aquele(a) que não faz parte do grupo de carrascos nem das vítimas, mas é quem permanece e não vai embora, que fica e consegue ouvir aquilo que é insuportável do outro.

A testemunha não permanece e escuta por compaixão ou culpa, mas sim porque somente essa transmissão simbólica e uma tomada reflexiva do passado poderá ajudar a não repetir o trauma infinitamente e permitirá a invenção de um novo presente (GAGNEBIN, 2004). É importante também salientar a diferença entre testemunho e depoimento. O depoimento apresenta caráter investigativo, enquanto o testemunho depende do acolhimento do ouvinte, envolve memória e um despertar afetivo e, assim, possibilita impulsionar políticas de paz e também de proteção aos direitos humanos (OLIVEIRA, 2015).

Portanto, o processo de reparação simbólica não deve ser somente individual mas também coletivo. Aqueles que foram afetados pela violência de Estado apresentam uma modalidade de sofrimento psíquico diferente, singular, o que exige dispositivos clínicos que possam agir no silêncio e no esquecimento. Isso se torna importante, visto que diante de situações de negação, de impossibilidade de reconhecimento social e de impunidade, os danos psicológicos permanecem e podem ser transmitidos para as próximas gerações (BRASIL, 2015).

6 Conclusão

O caso da Boate Kiss e outros eventos, como o colonialismo, a ditadura civil-militar no Brasil e os episódios de genocídio da Segunda Guerra Mundial, talvez possam nos trazer algumas evidências de como a história é forjada sobre “restos”. Enfrentar essas questões a sério, como propõe Benjamim, é *catar* sentido como ação do presente ao reconhecer violências e lembrá-las com a importância da singularidade de cada trauma. Nesse sentido, a proposta do presente artigo, que atravessa uma percepção da justiça de transição reparadora, pois permite o *dizer*, um sujeito da história que toma a ação como presença, e recusa o sistema penal como mecanismo de proteção ou reparação, bem como compreende a Justiça entrecruzada com a memória do desencaixe, desajuste da unicidade, jamais operável por meio totalizante de lei penal, é pensar no caso da Boate Kiss de Santa Maria como um memorial, como algo que ultrapasse a mera encaenação dos julgamentos.

Vale ressaltar que se compreende que a lei se faz como marca totalizante por meio da criação de estruturas fixas, rígidas, excludentes por excelência – seletivas, estigmatizantes e violentas – organizada institucionalmente (DOUGLAS, 1976) em nome da pureza moderna. Trata-se, portanto, de reconhecer que se há corpos, há restos inomináveis,

espectrais (DERRIDA, 1994, p. 24), que assombrom estruturas identitárias como *resistência da singularidade*. É para Derrida “a intangibilidade do tangível de um corpo próprio sem carne, mas sempre de alguém como algum outro” (1994, p. 22).

Nesse sentido, uma criminologia comprometida em desconstruir este estado de coisas deve-se supor

uma estirpe criminológica tocada por uma ética da vida, do qual todo o mais é derivado, [...] campo assombrado que haverá de aprender a viver com fantasmas – aventura estranha e desconfortável que não substitui o que se viveu e morreu pela memória do acontecido, nem está centrada na ideia do que se passará (pois não a temos), entretanto que urge pela representação não solitária e indeterminável do outro que habita clandestinamente toda a lógica (criminológica) exaurida (AMARAL, 2014, p. I-V).

Ao se convocar um dever de memória, aponta-se que “não há representação memorial (nem historiografia) sem traços”. Traço como vestígio do outro, em que “a pluralidade de expectativas e de memórias é o inevitável corolário da existência de uma pluralidade de mundos e de uma pluralidade de tempos sociais” (CATROGA, 2016, p. 31). Portanto, fundamental é dispor a memória como ato de abertura cordial ao outro/à outra, propondo-se “recordar como esforço por não se esquecer do que ficou esquecido” (CATROGA, 2016, p. 32) e representificando os espectros precisamente daqueles que foram emudecidos pelas categorias identitárias modernas. Discursos criminológicos que, em termos preponderantes, não cessam em esquecer a construção plural das vítimas, aniquilando suas potências como personagens hábeis a protagonizar suas próprias histórias e suprimindo suas resistentes à vitimização. Dessa forma, para não se alijar da politização da vida, que captura o ser humano colocando-o como estratégia de governo, a tarefa da resistência nesse grito por novos sentidos de justiça, sob alguma radicalidade que merece ser vivida, deve ser de “redescrever as possibilidades que já existem, mas que existem dentro de domínios culturais apontados como culturalmente ininteligíveis e impossíveis” (BUTLER, 2009, p. 156).

Portanto, imprescindível preocupar-se com a premência “de construir um novo sujeito ético” (RAGO, 2008, p. 165), em que se faz urgente “escapar das formas modernas de sujeição e inventar-se a si mesmo a partir de práticas de liberdade” (RAGO, 2008, p. 165; 174) em que se possa libertar não só da experiência histórica mas também das forças da moral que produzem sujeitos por meio da linguagem e de seus discursos (BUTLER, 2015, p. 21). Se a violência é rasgo permanente em nossa sociedade, não será pelos próprios moldes totalizantes em que ela se constrói e se sustenta que será possível resistir e enfrentar radicalmente essa condição. Subverter as narrativas violentas atravessa a ca-

pacidade de “fazermos um relato de nós mesmos e assumirmos a responsabilidade por nossas ações através desse meio” (BUTLER, 2015, p. 24). Noutros termos, levar a sério a própria condição de *radical vulnerabilidade* que se expõe, não apenas na fragilidade em ser cooptada pelas engrenagens linguísticas, não linguísticas e estéticas do que tradicionalmente se chama de justiça dispostas sempre a autoimunizá-la, mas pela infinita potência subversiva de sua resistência.

Se o poder punitivo verticalizado reconhece-se num Estado amparado em categorias identitárias fixas propostas pela modernidade, permanentemente válido será questionar se essas mesmas estruturas poderiam permitir ecoar as vozes dos subalternos. Pode-se insistir, ademais, diante de seus sólidos pilares culturais identificantes e anuladores da alteridade (BHABHA, 1998) chegar, nessa altura, a certas conclusões necessárias: em havendo o reinvestimento no poder punitivo exatamente por demandas ditas emancipatórias, em alguma medida, sempre se estará, além de esgarçar a malha violenta do poder punitivo, revigorando essa mesma estrutura misógina, seletiva e letalmente repressora de grupos vulneráveis. Do contrário, ainda passaríamos por reféns de alguma dimensão simbólica, outra face da crença profunda na punição (MORRIS, 1995) e intimamente afeita aos processos burocráticos jurídicos, políticos e administrativos que diariamente massacram vítimas e acusados cotidianamente. Que espécie de justiça se espera, senão seu escárnio, presente a partir da supressão, do silenciamento e da chacina dos refugos utilizados na perpetuação da ordem vigente?

Segundo Butler, a vulnerabilidade situa-se em “ser exposto a linguagem antes de qualquer possibilidade de formar ou formular um ato discursivo”. Assim, a resistência somente é possível radicalizando as limitações dos discursos e do poder institucional que nos afeta. Essa resistência também só se faz possível por meio de redes de solidariedade, como proposta pelas famílias atingidas pela tragédia de Santa Maria que desestabilizem “instituições que dependem da reprodução da desigualdade e da injustiça e crítica [...], instituições que infligem violência [...] em todas as minorias sujeitas ao poder policial por mostrar-se e falar como o que são” (BUTLER, 2014).

Caminhos porvir podem ser trilhados “se a política não [for] mais compreendida como um conjunto de práticas derivadas de supostos interesses de um conjunto de sujeitos prontos”, assim, “uma nova configuração política surgiria certamente das ruínas da antiga” (BUTLER, 2009, p. 156). No campo de políticas da memória, a convocação àquilo que urge como (auto)crítica é tarefa por demais responsável. Além de derivar precisamente da sua potência transformadora, convida às criminologias a se pensarem *radicalmente* como plurais, no esforço permanente pela desconstrução das violências naturalizadas.

Referências

- ABRÃO, Paulo. Prefácio. In: SIGMUND FREUD ASSOCIAÇÃO PSICANALÍTICA (Org.). **Clínicas do Testemunho**: reparação psíquica e construção de memórias. Porto Alegre: Criação Humana, 2014. p. 15-21.
- AMARAL, Augusto Jobim do. A radicalidade entre a criminologia e a filosofia. **Sistema Penal & Violência**, Porto Alegre, v. 6, n. 2, p. i-v, jul.-dez. 2014.
- _____. Criminologia como desconstrução – Talvez. **Revista de Derecho Penal y Criminología**, Año VII, n. 9, p. 249-258, oct. 2017.
- BELL, Christine. Transitional justice, interdisciplinarity and the ‘field’ or ‘non-field’. **International Journal of Transitional Justice**, v. 3, n. 1, p. 5-27, 2009.
- BHABHA, Homi K. **O Local da Cultura**. Belo Horizonte: UFMG, 1998.
- BICKFORD, Louis. Transitional Justice. In: SHELTON, Dinah (Ed.). **The Encyclopedia of Genocide and Crimes Against Humanity**. New York: MacMillan, 2004. v. 3.
- BRASIL, Vera Vital. Reparação Psicológica: um projeto em construção. In: SOUSA JUNIOR, José Geraldo et al. (Org.). **O Direito achado na rua**: Introdução Crítica à Justiça de Transição na América Latina. Brasília, DF: UnB, 2015. v. 7, p. 329-334.
- BUTLER, Judith. **Problemas de Gênero**: feminismo e subversão da identidade. Rio de Janeiro: Civilização brasileira, 2009.
- _____. Repensar la vulnerabilidad y la resistencia. In: SIMPOSIO DE LA ASOCIACIÓN INTERNACIONAL DE FILÓSOFAS (IAPH), 15., 2014, Alcalá de Henares. **Anais Eletrônicos**... Disponível em: <http://www.cihuatl.pueg.unam.mx/pinakes/userdocs/assusr/A2/A2_2195.pdf>. Acesso em: fev. 2017.
- _____. **Relatar a si mesmo**: crítica da violência ética. Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2015.
- CATROGA, Fernando. **Os passos do homem como restolho do tempo**: memória e fim do fim da História. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2016.
- COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo. (Org.) **O Estado de Direito**: História, teoria, crítica. São Paulo: Martins Fontes, 2009.
- CRUZ, Maria Teresa. **População carcerária do Brasil dobra em onze anos e vira 3ª maior do mundo**. Disponível em: <<https://ponte.org/populacao-carceraria-do-brasil-dobra-em-onze-anos-e-vira-3a-maior-do-mundo/>>. Acesso em: 15 dez. 2017.
- DERRIDA, Jacques. **Espectros de Marx**: o estado da dívida, o trabalho do luto e a nova Internacional. Rio de Janeiro: Relume-Dumará, 1994.
- DOUGLAS, Mary. **Pureza e Perigo**: ensaio sobre a noção de população e tabu. São Paulo: Perspectiva, 1976.
- ELSTER, J. **Rendición de Cuentas** – La Justicia Transicional en Perspectiva Histórica. Tradução de Ezequiel Zaidenweg. Buenos Aires: Katz, 2006.
- FELMAN, Shoshana. **O Inconsciente Jurídico**: julgamentos e traumas no século XX. São Paulo: Edipro, 2014.
- FOUCAULT, Michel. **História da Sexualidade 1**: A vontade de saber. Tradução de Maria Theresa da Costa Albuquerque e J. A. Guilhon Albuquerque. Rio de Janeiro: Graal, 1988.
- GAGNEBIN, Jeanne Marie. Memória, História, Testemunho. In: BRESCIANI, Stella; NAXARA, Márcia (Org.). **Memória e (Res)Sentimento** – indagações sobre uma questão sensível. São Paulo: Editora Unicamp, 2004. p. 85-94.
- MBEMBE, Achille. **Necropolítica**. Espanha: Editorial Melusina, 2011.

MORRIS, Ruth. **Penal Abolition, the Pratical Choice**: a pratical manual on penal abolition. Toronto: Canadian Scholars Press, 1995.

NANCY, Jean-Luc. **Justiça**: o que é, como se faz. São Paulo: Loyola, 2017.

OLIVEIRA, Roberta Cunha. Entre as geografias violadas e a resistência pelo testemunho, a necessária ruptura para a transição brasileira. In: SOUSA JUNIOR, José Geraldo et al. (Org.). **O Direito achado na rua**. Introdução Crítica à Justiça de Transição na América Latina. Brasília, DF: UnB, 2015. v. 7. p. 169-172.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. S/2004/616. O Estado de Direito e a justiça de transição em sociedades em conflito ou pós-conflito. Tradução de Marcelo Torelly e Kelen Meregali Model Ferreira. **Revista Anistia Política e Justiça de Transição**. Brasília: Ministério da Justiça, n. 1, jan./jun. 2009, p. 320-351.

RAGO, Margareth. Foucault e as artes de viver do anarco-feminismo. In: RAGO, Margareth; VEIGA-NETO, Alfredo. (Org.). **Figuras de Foucault**. Belo Horizonte: Autêntica, 2008.

SAFATLE, Vladimir. **Só mais um esforço**. São Paulo: Três Estrelas, 2017.

SELIGMANN-SILVA, Márcio. Prefácio. In: FELMAN, Shoshana. **O Inconsciente Jurídico**: julgamentos e traumas no século XX. São Paulo: Edipro, 2014. p. 7-13.

SILVA FILHO, José Carlos Moreira. Marcos Teóricos da Justiça de Transição e os Processos Transicionais na América Latina. In: SOUSA JUNIOR, José Geraldo et al. (Org.). **O Direito achado na rua**. Introdução Crítica à Justiça de Transição na América Latina. Brasília, DF: UnB, 2015. v. 7. p. 133-145.

ZAFFARONI, Eugenio Raul. **La palabra de los muertos**: conferencias de criminologia cautelar. Buenos Aires: Ediar, 2011.

12 MEMÓRIA E VERDADE
COMO ELEMENTOS
DE EMPODERAMENTO
DEMOCRÁTICO NA EXPERIÊNCIA
LATINO-AMERICANA

Alex Daniel Barreto Ferreira¹

Resumo: Este trabalho busca relacionar o valor da memória e da verdade como instrumento de emancipação em sociedades na América Latina que enfrentaram um período de justiça de transição em relação aos regimes autoritários, na reconstrução de sociedades democráticas. Com suporte metodológico na pesquisa bibliográfica e documental, este texto analítico tomou como ponto de partida uma concepção libertadora e crítica dos direitos humanos, para em seus objetivos refletir sobre uma matriz teórica de justiça de transição construída com base na experiência latino-americana, permitindo compreender o valor da memória e da verdade e reposicioná-las na (re)construção da paz social e da consolidação democrática.

Palavras-chave: Justiça de Transição. Direito à Memória e à Verdade. Democracia.

Abstract: *This article claims to connect the value of memory and truth as emancipation instrument in Latin America societies which faced an experience of transitional justice on overcoming authoritarian regimes and their legacy. Methodologically supported on the bibliographical and documentary research, this analytical text took as its starting point a liberating and critical concept of Human Rights, aiming reflect from a theoretical matrix of Transitional Justice built on the Latin American experience, allowing us to understand the value memory and truth and reposition of them in the (re) construction of social peace and democratic consolidation.*

Keywords: *Transitional Justice. Right to Memory and Truth. Democracy.*

1 Introdução

Nas transições para regimes democráticos, seguir em frente após um período de violência e violação em massa dos direitos humanos é uma tarefa árdua para qualquer sociedade. A transição, possível e necessária, reclama a mobilização de ferramentas aptas a oferecer respostas sustentadoras de uma cultura democrática, pautada no respeito às diferenças de qualquer natureza e, sobretudo, nos anseios do povo.

No final do século XX, as experiências de redemocratização, chamadas de “terceira onda” (QUINALHA, 2013), foram se sucedendo. Muito embora as particularidades não

¹ Alex Daniel Barreto Ferreira é advogado e professor assistente, titular das disciplinas de Direito Internacional da Universidade Tiradentes/SE. Possui mestrado em Direitos Humanos.

permitam que se encontre um padrão único e acabado dos modelos de transição, é certo que o sucesso de algumas sociedades no restabelecimento dos laços de confiança das pessoas para com o Estado está ligado à capacidade dessas sociedades em enfrentarem seu passado e fazerem dessa experiência traumática um grande aprendizado.

Não se pode falar, portanto, em homogeneidade em relação às experiências de transição na América Latina mas, ao compartilhar com intensidade os modos de dominação colonial, e as condições desiguais em relação ao desenvolvimento de suas classes, ou seja, a partir de uma condição geopolítica compartilhada, em relação ao desenvolvimento econômico e às relações culturais, é possível, e aqui surge como proposta, problematizar as experiências e concepções de direitos humanos na América Latina e pensar um horizonte local comum, de modo a empoderar as lutas por direitos humanos no sul, na reconstrução da memória e da verdade no bojo de seus processos de justiça transacional.

Reconstruir as memórias pela via da narrativa, temporalizando, e conhecendo a verdade contada por quem foi oprimido, é *práxis* dos direitos humanos, e surge como alternativa ao esquecimento forçado, ou ao esquecimento obrigado. Parte-se aqui da premissa maior de que o desconhecimento do passado poderá de maneira cíclica recobrar a força da violência entre os agentes envolvidos, impedindo a sedimentação da democracia. Ou seja, é preciso revelar o passado para avançar.

A edificação da memória coletiva propõe um reescrever honesto da História, respeitadas e incluídas as versões de quem sofreu direta ou indiretamente com as dores da violência, da opressão, e não somente a exposição daqueles que se valeram do uso da máquina pública e das instituições com o desiderato de fazer prevalecer a História dos vencedores.

Ao realinhar a História, por meio da recuperação da memória e da exposição da extensão das feridas, propõe-se uma recuperação da confiança, da transparência e dos instrumentos de *accountability* social e do empoderamento dos agentes envolvidos, despertando-os para o caminho de lutas que deve embasar uma democracia firme, sustentável, capaz de resistir aos abalos violentos e autoritários que permanecem no cotidiano social e em suas instituições.

Inegável, entretanto, que a estrada trilhada para total reconfiguração dos fatos históricos não é macia, havendo a sociedade que suportar muitos solavancos até a conclusão do percurso. Nesse sentido, a teoria crítica dos direitos humanos, que os pensa a partir de seus processos de luta, na adequação das práticas que imponham a superação do seu discurso meramente formalista para torná-lo instrumental e competente a garantir uma consolidação democrática aparece, para este trabalho, como ponto de partida necessário.

Posta a problemática, o presente trabalho tem como objetivos: (I) a análise das interações entre o discurso e a *práxis* dos direitos humanos; (II) a sinergia dessas condições com a validação de um direito à memória e à verdade calcada na matriz teórica da justiça de transição, que respeite um enfoque latino-americano de superação; e (III) o espelhamento dessas experiências para o alcance de uma sociedade mais justa, com um Estado mais resistente aos exercícios da violência e do autoritarismo na política e na economia.

Assim, com suporte metodológico na pesquisa documental e bibliográfica, este trabalho analítico tem cunho eminentemente teórico e se apresenta como uma revisão de literatura que se justifica pela necessidade de pensar as condições de superação de formas violentas e autoritárias de sociedades que passaram por processos de transição nas últimas décadas, consolidando não apenas a democracia como também uma cultura de direitos humanos, que abrace as lutas por emancipação e empoderamento de seus indivíduos.

2 Uma concepção crítica dos direitos humanos: a transição nas nossas mãos

A pretensão pela legitimação jurídico-positivo e institucional ocupa um lugar central nas discussões sobre direitos humanos. Não dificilmente as sustentações dos aspectos legislados exurgem como se representassem a razão final, e como se fossem, apenas eles, capazes de garantir o respeito e a concretização dos direitos humanos. Herança de um projeto de modernidade que traz a figura do Direito para o centro do palco, e o põe a contar a fábula da igualdade legitimadora e redentora (REBOUÇAS, 2012).

Não por outra razão, a positivação dos direitos humanos não parece ter sido suficiente para sedimentar uma cultura humanista. A supervalorização de uma dimensão normativa dissociada da adoção de uma concepção relacional e holística pode ter contribuído para formação de um padrão excessivamente formalista e reduzido em detrimento de uma pretensa eficácia que dificilmente será alcançada (RÚBIO, 2014).

Muito embora não se possa desprezar o valor dos tribunais nacionais ou internacionais e dos sistemas de proteção jurídica dos direitos humanos, a preocupação centrada apenas num caráter pós-violatório nos convida a pensar no direcionamento dos códigos normativos e na dificuldade de acessar as instituições, depois, de obter uma resposta satisfatória, e por fim, de vê-las eficazmente cumpridas (GALLARDO, 2014).

A pauta ética humanista está sob evidente ataque e sinaliza que a resposta para o problema pode não necessariamente ser encontrada apenas nas disposições do Direito Positivo, mais do que isso, anseia por uma reconstrução conceitual a partir de uma

matriz teórica que represente o espaço coletivo de fala, fruto de uma vontade unida e autoconsciente (HORKHEIMER, 1972).

Problematizar a possibilidade de soerguer um novo significado de direitos humanos não significa sufragar a ideia de que a sua definição se traduz, por excelência, numa “logomaquia” como referiu Badiou (2010), mas sim de entender os direitos humanos numa concepção menos formalista e mais associada com uma rotina de *práxis*.

Advogar a existência de uma polissemia pode indicar, a todo custo, um desvirtuamento do conceito dos direitos humanos exatamente como denunciava Badiou, especialmente porque a linguagem normativa e institucional, como nos mostra a experiência, pode legitimar atos de dominação que em nada se relacionam com uma verdadeira agenda de defesa dos direitos humanos.

Autonomia e libertação são as palavras-chave da construção de uma matriz teórica crítica dos direitos humanos. A espontaneidade de quem esforça o alcance do olhar na direção da figura do outro oprimido, promovendo uma interação que possibilite o refazimento da alteridade do excluído (WOLKMER, 2004) é certamente mais do que uma ação dadivosa, representando um ato de libertação coletiva.

A figura do excluído, nesse sentido, pode ser representada simbolicamente na vítima imediata de violações de direitos humanos. Nada mais opressor do que o longo mutismo estatal quanto às arbitrariedades praticadas durante um regime autoritário que guiava as suas ações pelo terrorismo de Estado. É de se dizer: violados estão os direitos humanos em espécie; e o que se pode fazer para saneá-los à luz de uma dimensão conceitual meramente normativa?

Numa dinâmica que propõe sobrelevar unicamente os aspectos normativos e formais dos direitos humanos, a resposta para o questionamento anterior certamente virá dos tribunais, e se daquela instância não vier, certamente não restarão outras alternativas. Assim, o fundamento estruturante dos direitos humanos como sinônimo de prática, de emancipação, promete ser o único e possível instrumento de vazão para consolidação de uma cultura humanista.

Nesse ponto, pode-se imaginar que o tensionamento do modelo jurisdicional de defesa dos direitos humanos deve-se inspirar numa “[...] democracia participativa, valorizadora dos espaços públicos, dos momentos coletivos, propulsora de emancipação social.” (REBOUÇAS, 2012, p. 129).

Quando as instituições jurídicas negam provimento ao seguimento das fases de saneamento – para sustentar o caso de justiça de transição que pretende nortear o presente artigo – somente as vozes que vêm das ruas podem impedir que a página da História seja forçosamente virada. Tais vozes, no entanto, só se fazem ouvidas quando se fazem fortes e emancipadas.

O espaço dos direitos humanos deve ser pautado pela luta permanente. A dinâmica da busca pela tutela individual por meio da via jurisdicional, embora cumpra um papel de destaque, por outro lado, dimensiona a pauta como se lhe circundasse um valor meramente individual, ou como se houvesse um horizonte difuso de esperança. Mas muito mais do que isso, a cultura dos direitos humanos pretende se revestir de reconhecimento e acompanhamento, de empoderamento das capacidades humanas e das suas próprias liberdades.

Burt (2011, p. 323) relata que o povo uruguaio se insurgiu contra a chamada Lei da Caducidade, promulgada um ano após a queda do regime ditatorial, e que estabelecia que quando um caso envolvendo acusações sobre desrespeito a direitos humanos ou sobre violações feitas por militares ou policiais aparecesse perante o Judiciário, ele deveria ser levado ao Executivo. A luta uruguaia durou longos anos, mas em 2009, após uma significativa mobilização da sociedade civil, representada por sobreviventes, parentes de vítimas, organizações de direitos humanos, sindicatos e de alguns setores da chamada Frente Amplio, uma coalizão de partidos de esquerda, a Suprema Corte uruguaia revisou a sua jurisprudência, superando a questão da impunidade no país vizinho.

Exemplo ainda mais conhecido é aquele das Madres de La Plaza de Mayo, e do povo argentino de um modo geral. Naquele país a transição ganhou uma conotação menos elitizada do que aquela que ocorreu no Brasil, e os movimentos foram engrossados por manifestações populares que tinham como pauta a necessidade de elucidação das atrocidades do regime militar e punição dos culpados. Trata-se da defesa dos direitos humanos movida pela força motriz da luta.

A associação entre prática e discurso de direitos humanos é, portanto, preponderante para que os elementos da luta social, da reflexão filosófica, sensibilidade sociocultural, e naturalmente, as dimensões jurídico-normativas possam interagir, a fim de permitir uma transição saneadora, que permita o restabelecimento dos laços e a sedimentação de uma cultura de paz democrática.

Como parâmetro teórico, a partir de uma teoria crítica, tão saneadora quanto libertadora será a transição que permita ser impulsionada pela força dos oprimidos e pelo refazimento dos termos da História, agora contada sob o ponto de vista das vítimas, negando os arranjos institucionais que permitiram a construção das ferramentas garantidoras da impunidade. Nesse sentido, uma percepção crítica dos direitos humanos empodera os indivíduos e coloca, em suas mãos, o protagonismo em revelar a verdade, em manter a memória e construir o futuro. Algumas experiências latino-americanas, nesse sentido proposto, são reveladoras e servem de exemplo para pensarmos, em especial, a transição brasileira.

3 A questão da justiça de transição na América Latina: é possível criar um marco comum de superação?

Enfrentar a questão da justiça de transição na América Latina sob o amparo de uma teoria crítica dos direitos humanos requer a superação da inspiração metodológica pautada na mera análise jurisprudencial nacional e supranacional em matéria de violações de direitos humanos ocorridas no território durante as ditaduras que tomaram conta da região entre as décadas de 1960 e 1980. A experiência latina, em outro viés de análise, notabilizou-se pelos arranjos institucionais e consequentes resistências dos seus povos, refletindo em consequências nos campos cultural e político, e redimensionando a própria disputa social pela busca da realização dos direitos da transição (PRONER, 2015).

Enquanto duraram os regimes ditatoriais instalados nos Estados da região, estabelecidos por mais tempo em alguns países, ou em menor tempo noutros, assistiu-se a um período de violação sistemática de direitos e liberdades. Os desrespeitos aos direitos humanos traduziram-se em execuções sumárias, desaparecimentos forçados, torturas sistemáticas, prisões ilegais e arbitrárias, perseguições políticas.

A estratégia contra insurgente adotada pelos Estados, então aparelhados por uma estrutura autoritária, possibilitou a reprodução da chamada violência institucional em proporções sonoras. Em muitos desses países, nos anos seguintes às quedas das ditaduras, encontravam-se de tal maneira aparelhadas as engrenagens estatais, que a manipulação de ferramentas equacionadoras de demandas transicionais implicava em confrontar, às vezes de maneira violenta, um arcabouço estatal ainda muito sólido, o legado autoritário².

Dessa maneira, sabe-se que as circunstâncias em que se tenha ocorrido a superação do regime anterior são relevantes à obtenção do sucesso na implementação das ferramentas de justiça de transição. Isso porque as transições, em acontecendo, podem ocorrer por diferentes modelos. Segundo O'Donnell (1988, p. 202):

[...]“por ruptura” o regime cai e as relações políticas e sociais mudam por completo. Por “reforma” a transição é lenta e mudam os modelos do regime até a abertura. Além disso, existem também os modelos intermediários a estes, que podem ser quando as regras do regime não mudam de imediato, ou quando as regras mudam, mas os governantes do antigo regime podem negociar sua saída.

2 Entende-se por legado autoritário todos os padrões comportamentais, regras, relações, situações sociais e políticas, normas, procedimentos e instituições, quer introduzidos quer claramente reforçados pelo regime autoritário imediatamente anterior, que sobrevivem à mudança de regime.

As mudanças por ruptura não se apresentaram comumente na região. O nível de deterioração das engrenagens estatais somado ao rompimento de qualquer tradição democrática que persistia nas instituições permitiu, em via de regra, que nas melhores hipóteses houvesse espaço para “reformas”, usualmente gestadas por negociações desequilibradas e patrocinadas por um discurso de reconciliação inspirado no sentido do esquecimento forçado.

Sendo imprescindível garantir uma aprofundada compreensão acerca das causas, consequências e responsabilidades pelas violações de direitos humanos, as respostas decorrentes dos efeitos produzidos pela justiça de transição, ao entendimento de Van Zyl (2011, p. 47), passam por “[...] processar os perpetradores, revelar a verdade sobre crimes passados [...] reformar as instituições perpetradoras de abuso e promover a conciliação [...]”.

Nesse sentido, diversas medidas podem colaborar, como: (I) criação das comissões da verdade, com publicação de relatórios, que tenham sido amplamente debatidos e divulgados; (II) identificação clara de vítimas e algozes; (III) reparações financeiras às vítimas e a seus familiares; (IV) sanções civis e administrativa, dentro dos parâmetros legais; (V) projetos de preservação e resgate da memória histórica (VAN ZYL, 2011, p. 45).

A desestruturação das instituições e o abalo da democracia representam inegável óbice à construção de um modelo de transição pautado na busca do saneamento pela via jurídico-institucional. Entretanto, como viemos salientando ao longo deste trabalho, na esteira da concepção crítica, enquanto a busca pela consagração dos direitos humanos for tratada no campo da luta e da resistência, haverá a possibilidade de subverter os acordos e embustes propostos pelos algozes.

A Argentina usualmente referida como pioneira na adoção eficaz de instrumentos transicionais viu o seu governo ditatorial perder a legitimidade gradativamente. Dessarte, o modelo argentino de justiça de saneamento é representado pela ruptura entre os padrões do antigo regime e um processo redemocratizante retratado por uma desvinculação moderada³ que permitiu ao governo eleito, já nos primeiros atos constitucionais, criar a Comissão Nacional de Investigação sobre o Desaparecimento de Pessoas (Conadep), encarregada de investigar as violações de direitos humanos ocorridas nos anos de chumbo.

Naquelas condições, a Conadep passou a atuar com o objetivo de esclarecer as questões primordialmente relacionadas ao desaparecimento de pessoas no período da ditadura militar argentina. Por determinação legal, o material adquirido pela Comissão em suas investigações e procedimentos seria remetido aos órgãos do Poder Judiciário,

³ Diz-se desvinculação moderada pois, o país, como aliás, sempre acontece em períodos de transição, vivia um clima de instabilidade, porque o aparato estatal ainda era povoado por membros da repressão que, em alguma medida, estavam envolvidos nas apurações e trabalhos da Conadep.

este encarregado de apontar eventuais responsabilidades, procedendo com a persecução penal.

Tratava-se de uma Comissão ampla, plural, democrática, e que gozava do apoio popular. Para garantir e afirmar os seus objetivos, o Poder Executivo, diz Ramos (2012, p. 86) “[...] resolveu integrar a Comissão com pessoas de dentro e de fora do país, elegidas por suas firmes atitudes em defesa dos Direitos Humanos.”. A legitimação da Conadep pode ter sido decisiva para repelir a atuação mais incisiva daqueles que integravam o legado autoritário na Argentina, ou pelo menos, para que fosse dado seguimento aos trabalhos mesmo apesar dos insultos e ameaças promovidas pelos agentes da repressão que acusaram a Comissão de perpetuar o ódio e os ressentimentos (NÜRNBERGER, 2012).

A opção Argentina pela transição apoiada nos pressupostos de acesso à memória e à verdade era uma evidente estratégia de superar o comprometimento das instituições de Estado, valendo-se do governo popular de Alfonsín, para reconfigurar a narrativa da História e apoiar, em gênese, a luta pela reparação dos direitos humanos em espécie violados.

No Estado chileno, a busca pelo acesso à memória e à verdade veio na sequência do término do regime ditatorial. A riqueza do Relatório da Comissão chilena, a Comissão Rettig, que identificou a morte de mais de 3.000 (três mil) cidadãos, representou um peso perene para a democracia que se pretendia construir, e um passivo que, de tão grande, não poderia ser escondido nem pela autoridade dos Tribunais.

Segundo Collins (2013), foi o trabalho dos defensores de direitos humanos chilenos e de grupos ligados a partidos políticos de esquerda que permitiu que houvesse um grande influxo perante os Tribunais chilenos que culminou na responsabilização criminal de muitos perpetradores, inclusive do ex-ditador Augusto Pinochet.

Foi essa resistência e luta permanente da sociedade chilena que forçou a readequação dos espaços de discussão perante as Forças Armadas, inspirando a criação da chamada “Mesa de Diálogo”, e mais tarde promovendo o estabelecimento da segunda comissão da verdade, chamada Comissão Valech, para examinar casos de prisioneiros políticos e de tortura que não haviam sido incluídos no mandato da primeira comissão da verdade (BURT, 2011).

O Estado uruguaio iniciou seu processo de redemocratização em 1986. A saída negociada pelos ditadores não permitiu que se estabelecesse uma política de acesso à memória e à verdade. Em razão da inexistência de uma política pública capaz de lidar com o passivo, sobreviventes e parentes das vítimas, além de ativistas de direitos humanos passaram a buscar os Tribunais individualmente. A desarticulação permitiu que a resposta viesse do Legislativo comprometido, que aprovou a chamada Lei da Caducidade e impôs óbice legal ao processamento e julgamento dos perpetradores.

Mais do que uma simples lei autoanistiantente, a Lei de Caducidade sujeitava as denúncias a uma apreciação do Poder Executivo, que seria o último intérprete do caso, e afinal teria a prerrogativa de afirmar se o caso concreto estava anistiado ou se podia ser investigado pelos órgãos competentes. O pleito, em âmbito jurídico institucional, pela inconstitucionalidade da Lei da Caducidade redundou num reconhecimento da validade da norma, e nem mesmo a recomendação da Comissão Interamericana pela revogação da Lei da Caducidade foi suficiente para que o Estado uruguaio reconhecesse a invalidade da legislação (PALERMO, 2015).

Após um longo período de silêncio, o final da década de 1990 foi decisivo para que a sociedade civil uruguaia, apoiada nos movimentos encontrados no vizinho latino, a Argentina, e representada especialmente por sobreviventes, parentes de vítimas, organizações de direitos humanos, sindicatos e alguns setores da coalizão de partidos de esquerda, se mobilizasse em torno da questão da impunidade. O resultado da luta pela consagração dos direitos humanos foi o estabelecimento de uma Comissão da Verdade, chamada "Comissão para Paz", e posterior revisão da decisão de constitucionalidade das leis anistiantes pela Suprema Corte Uruguaia (TAVARES; TRINDADE, 2014).

Na Argentina, ao cabo de nove meses de trabalho, a Conadep apresentou um levantamento detalhado das suas atividades, reunindo depoimentos e outros dados. Aquele relatório ganhou o nome de: "Nunca Más: Informe de la Comisión Nacional sobre la Desaparición de Personas" e promoveu, ainda no início dos anos 1980, diversas recomendações para diferentes ramos do governo argentino.

Apesar dos avanços conquistados em território argentino com a Conadep, a permanente força dos opressores conseguiu precipitar a aprovação, naquele país, das leis do "Ponto Final" (Lei nº 23.492) e "Obediência Devida" (Lei nº 23.521). A Lei do Ponto Final estabelecia prazo para que novas ações penais fossem ajuizadas em desfavor dos perpetradores, no caso da Lei da Obediência Devida, passava-se a considerar isentos de responsabilização aqueles que alegavam ter cometido crimes por ordens superiores.

Posteriormente, nos idos de 2005, as leis da Obediência Devida e do Ponto Final seriam enfim declaradas inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Argentino, a partir da análise do hard case argentino conhecido como Caso Simón. Àquela altura, a atuação sistemática da sociedade civil e de ativistas em direitos humanos foi imprescindível ao atingimento do objetivo de derrogação das leis autoanistiantes.

Ressalte-se que as leis argentinas de anistia não foram formalmente revogadas, mas o seu rechaço é tão sonoro no julgamento das demandas individuais, e na aceitação popular, que esses dispositivos são considerados materialmente derogados. Certo é que nesse campo a Argentina usou um método não ortodoxo de reconciliação e perdão, julgando vários de seus repressores e ditando um padrão mínimo de saneamento democrático nas sociedades latinas vitimadas pelas ditaduras.

A Argentina, o Uruguai e o Chile, como se pôde constatar, sofreram baixas nas suas tentativas de apurar a verdade e reparar danos, e teriam talvez sucumbido definitivamente à amnésia e impunidade, cujas forças de contra-articulação buscavam perpetuar por meio da implementação de leis anistiantes genéricas. Em geral, como fora pontuado individualmente, as leis de autoanista na América Latina garantiram imunidade penal aos responsáveis pelos antigos regimes e buscaram interditar investigações sobre esses períodos históricos (LENTZ, 2012).

Os esforços da elite para encerrar os processos de responsabilização, em muitos Estados, foram desafiados nacionalmente e internacionalmente por grupos internos da sociedade civil, cuja defesa em nome da verdade e da justiça também foi essencial à impressão do caráter de luta e a sinergia entre *práxis* dos direitos humanos e aspectos jurídico-institucionais, demonstrando visivelmente que em alguns Estados a ordem jurídica possivelmente não seria capaz, *de per si*, para responder a tais violações.

Os exemplos transicionais vistos panoramicamente demonstram que é possível garantir a construção de pensamento local que trate das realidades da região, e que se constitua como força de prevenção para cuidar da incerteza do futuro num processo de construção permanente de luta por direitos e por democracia na América Latina. A própria inspiração dos vizinhos, como reporta a literatura, arrojou uma reorganização dos espaços de luta e um tensionamento em torno da questão da justiça de transição na América Latina.

Em todo caso, a chave que abre as portas da superação é o empoderamento da sociedade, que pode ser alcançada por meio dos designios do seu povo, mas que pode se tornar ainda mais forte com o alcance do direito à memória e à verdade, conforme veremos no capítulo que segue.

4 Reconstruindo a narrativa dos fatos: o empoderamento pela via da memória e da verdade

As espécies da abordagem do Direito e da abordagem histórica, embora caminhem juntas em muitas oportunidades e em outras guardem uma relação de interdependência, não podem ser confundidas entre si. Das mais destacadas peculiaridades, é impositivo reconhecer que a História, em nenhuma hipótese pode ser considerada "passada em julgado". Pelo contrário, a "sentença" histórica é aberta, e se sujeita às revisões do tempo.

Entre uma e outra abordagem constitui-se a memória, que não apenas conserva o passado, mas, antes de qualquer outra coisa, conecta o indivíduo com a temporalidade.

Por meio da memória, o indivíduo interliga-se às dimensões do futuro, do passado e do presente, seja para compreender o que ocorre nos dias atuais, seja para ressignificar o passado.

Metodologicamente, para este trabalho importam os fenômenos da memória sob o ponto de vista sociológico⁴, voltado para os seus efeitos no campo das transições. Por abordá-la no campo da sociologia, escolheu-se destacá-la como produto da experiência coletiva e cultural, no sentido daquilo que defendeu o sociólogo Maurice Halbwachs (1990).

A memória de cada indivíduo, segundo Halbwachs (1990), encontra alicerce na memória coletiva. Esta, por sua vez, permite que o indivíduo acesse fatos que, por exemplo, não foram vivenciados, mas que definem o imaginário e a História de um povo e a própria constituição da sua identidade individual e coletiva.

Choeri (2010) faz menção à relevância do processo de constituição da identidade individual a partir de uma perspectiva que se faça alicerçada no coletivo. Segundo o autor, a dinâmica propicia um processo de empoderamento:

Além dos aspectos estáveis, de mera identificação, procura-se conceber a identidade em outra dimensão, através de uma concepção psicossocial. Dinâmica que compreende a pessoa em sua totalidade existencial, com capacidade de se autoconstruir a partir de sua interação com a sociedade, como ente autônomo, apto para transformar-se e para decidir sobre seu próprio projeto de vida, em virtude do seu papel de partícipe no processo de transformação universal, evoluindo, celebrando em si o ser e o dever ser (CHOERI, 2010, p. 243-244).

Assim, os indivíduos são mais do que aquilo que lembram, eles constituem a sua identidade também a partir do conjunto de lembranças que se encontra intimamente ligado ao conteúdo das experiências coletivas compartilhadas entre gerações e membros das sociedades⁵, e que situam o indivíduo no processo histórico geral em que se encontram envolvidos (DANTAS, 2010, p. 56).

Sem que os processos históricos se afirmem no espaço da coletividade, Ellacuria (2001, p. 97) defende que esses passam a ter um caráter “a-pessoal”, de modo que dessa forma não se trata mais de falar de História, mas de um processo natural, ou de naturalização, de despersonalização.

4 Valendo mencionar que a memória pode ser categorizada também como função biológica ou como objeto e método da História.

5 Halbwachs não nega a existência de uma memória individual (nem poderia). Essa se caracteriza por ser resultado de um complexo processo de armazenamento de informações influenciado por valores genéticos e fisiológicos.

O signo da coletividade na produção da memória, nesse ínterim, traz um aspecto marcante para a proposta da presente dissertação: a memória, na medida em que inclui os indivíduos num mesmo grupo social, promove um fluxo de compartilhamento de valores e símbolos, despertando um laço de solidariedade entre os atores sociais. Ao abordar a categoria, Daniel Vieira Sarapu (2012), assim conclui:

A lembrança coletiva dos momentos extraordinários da vida social é responsável por construir um sentido temporal comum para os membros de um grupo social. Por meio dela, os indivíduos se enxergam inscritos em uma mesma linha temporal composta pela sequência desses eventos. Com isso, difunde-se a percepção coletiva de que os membros da sociedade estão unidos por um laço de identidade comum. Esse laço deriva da experiência de serem participantes de uma mesma vivência histórica, isto é, de estarem sujeitos a sofrimentos e decepções, mas também a lutas e conquistas que suportaram juntos. (SARAPU, 2012, p. 242).

Entre a constituição da memória e a sua consagração no espaço social, as narrativas dão o tom. Ricoeur (2010, p. 9) sustenta que “[...] o tempo se torna humano na medida em que está articulado de maneira narrativa”. A interpretação da narrativa, por sua vez, faz-se completa a partir da dialogicidade entre a explicação e a compreensão, e segundo o próprio Ricoeur (1988, p. 25), é conduzida pela intriga, consistente na organização dos acontecimentos e das ações narradas, conferindo completude à História, dando-lhe, portanto, início, meio e fim.

Ost (2005) concorda que falar em memória é remeter-se à necessidade de reinterpretar os fatos de maneira conjunta. Assim, a narrativa é o instrumento que garante a possibilidade de que o sujeito olhe para trás atribuindo um propósito para o futuro, acessando o arquivo, constituindo e participando da História (DERRIDA, 2001, p. 16). Ao narrar, o sujeito confere sentido e horizonte aos fatos históricos, colabora enfim para criação de uma memória coletiva, que toca a própria organização social, seu lastreio e sua conformação, conforme dizia Halbwachs.

No entanto, na conformação das sociedades modernas e da sua racionalidade, invariavelmente haverá uma versão da História que ganhará a chancela de “versão oficial”. Walter Benjamin (1994) chama esse modo de interpretar os fatos de “historicismo”, e o singulariza tecnicamente ao atribuir uma visão linear e contínua, contada sob o espectro de quem venceu, e, sobretudo, de quem não vislumbra a necessidade de resgatar a voz dos ultrajados, já que tal mobilização da História em nada lhe favorece.

Benjamin (1994, p. 225), ao explicar as bases fundantes do historicismo e razão do estabelecimento dessa técnica, pergunta: “[...] com quem o investigador historicista es-

tabelece uma relação de empatia?”, e responde com firmeza: “[...] com o vencedor. Ora, os que num momento dominam são os herdeiros de todos os que venceram antes. A empatia com o vencedor beneficia, sempre, esses dominadores.”.

São os “vencedores” da História que se encarregam de opinar e de construir as suas versões ao largo da engrenagem dialógica, e de assim permanecerem vitoriosos e ditosos de dizer o rumo da História. Diz Arendt (2006, p.17-18), “Uma das lições que podem ser apreendidas das experiências totalitárias é a assustadora confiança de seus dirigentes no poder da mentira [...]”⁶.

Quando a mentira toma conta das engrenagens do Estado, tornando-se política estatal, comprometida está a democracia e os seus mecanismos. Entretanto, questionar as relações presentes e resgatá-las à luz da prometida democracia é o que impulsiona a sociedade amadurecida em busca das chaves que abrem o baú da verdade, e a faz reclamar – para restabelecer contato com Ricoeur – uma nova intriga capaz de promover uma reviravolta na trama.

Retomando Sarapu (2012), a impulsão do exercício da narrativa propicia um resgate da solidariedade, na medida em que se abre espaço para o despojado, possibilitando-lhe dizer à sociedade a sua versão dos fatos, oportunizando a reconstrução da História sob o ponto de vista dialético ao respeitar a narrativa dos “vencidos”. Seguindo com Garapon (2002), sobre o processo de redenção do oprimido por meio da memória e da verdade:

As vítimas, que foram ignoradas, humilhadas, expulsas do mundo, são de novo dignas de falar... e de ouvir. De seres sofridos, as vítimas passam também a sujeitos actantes, deixando assim de serem apenas vítimas. A vida à qual a justiça pode restituí-las não é a vida biológica, mas a vida política, isto é, a que concede um peso legal às palavras de cada indivíduo e interroga todas as pessoas sobre as consequências de suas acções. Daí a importância do testemunho, não só para comprovar factos, mas também para fornecer a prova viva de que a palavra das vítimas voltou a ser produtiva. (GARAPON, 2002, p. 139)⁷.

Na medida em que o oprimido pode oferecer a sua narrativa, passa-se a lhe ser permitido construir uma identidade por meio da memória, que é para Ost (2005) uma das quatro categorias de tempo jurídico instituinte. “Sem memória, uma sociedade não po-

6 No pensamento arendtiano, mentira e política usualmente andam *pari passu*. A primeira é utilizada sem pudor pela segunda com o objetivo de alcançar os fins que melhor lhes aprofuerem, constituindo-se em prática reiterada.

7 Na mesma linha, Sousa Junior (1987) defende que o testemunho é um exemplo cabal da libertação do sujeito, não como vítima, mas como sujeito coletivo de ação.

deria atribuir uma identidade, nem ter pretensões a qualquer perenidade.” (OST, 2005, p. 42).

Pensar a memória sob a perspectiva narrativa do oprimido é propor uma ressignificação da História, mas é também, por outro lado, exercitar a ética da alteridade, definida por Wolkmer (2004, p. 56) como “[...] uma ética antropológica da solidariedade que parte das necessidades dos seguimentos excluídos e se propõem gerar uma prática pedagógica, capaz de emancipar os sujeitos oprimidos, injustiçados e expropriados”.

É nessa proposta de reconstrução da memória coletiva que reside aquilo que Hannah Arendt (1972, p. 295) denomina “verdade factual”. Segundo Arendt, a verdade factual está gravada coletivamente e se estabelece por meio dos testemunhos, das narrativas, da transmissão da experiência das vivências, mas pela sua própria natureza somente existe na medida em que se fala sobre ela⁸. Em contrapartida, coloca-se a chamada “verdade racional”, que são os axiomas, as descobertas, as teorias, e na proximidade do objeto de análise da presente dissertação: o saber jurídico, a força de lei.

Não é demais dizer que os vencedores, os que contam a História, como afirma Benjamin, fazem-no preponderantemente pela via da política⁹. Na dinâmica das sociedades modernas, possuir o controle da política é efetivamente dirigir as instituições que produzem verdade, a exemplo da verdade jurídica emanada pelo Poder Judiciário e pela força do Poder Executivo, e é, por outro lado, ditar as regras do jogo pela via do Poder Legislativo¹⁰.

Noutro momento deste artigo, discutia-se o valor do positivismo na perspectiva da racionalidade moderna. Essa tradição do pensamento estabelece o exato sentido de “verdade racional” no Direito: aqui a verdade factual dá espaço à racionalidade da lei, que, de acordo com esse primado deveria se caracterizar neutra, geral, igualitária. Assim se constroem na América Latina, por exemplo, as Leis de Anistia cujo teor já mencionamos instrumentalmente neste trabalho, e que se puseram como obstáculo às apurações dos eventos ocorridos no âmbito dos regimes civis-militares do Século XX.

8 Para Halbwachs (1990, p. 35-36), a capacidade de recordação somente é possível quando os indivíduos a ativam e, ato contínuo, colocam-se do ponto de vista dos grupos sociais a que pertencem ou quando são capazes de se situar na corrente do pensamento coletivo.

9 Segundo Luciano Oliveira (1994, p. 67-72), a tortura no período militar brasileiro está no albergue de tais falseios. Por muito tempo, os eventos foram negados pelas autoridades a despeito das provas testemunhais e documentais contrárias, ora apresentada sob a forma do eufemismo como “excessos isolados praticados por pessoas desautorizadas”, e nunca em obediência a ordens superiores. Segundo Oliveira, a permanência das estruturas e condições sociais viabilizam e legitimam a tortura em suas mais variadas formas na sociedade, com as inúmeras e sucessivas chacinas, maus-tratos e práticas violentas e autoritárias.

10 Embora se tenha abordado a questão sob o ponto de vista das engrenagens do Estado, não é demais recordar do poder da mídia na chamada “produção da verdade”. No ano de 2006, em artigo publicado no Jornal Folha de São Paulo, e chamado pelo autor Habermas de “O Caos da Esfera Pública”, aquele defende que um dos instrumentos mais poderosos da mídia consiste em pautar o debate público e fazer seus argumentos penetrarem no vocabulário comum. Faculdade que, arriscamos dizer, não está necessariamente ao alcance de nenhum dos três poderes constituídos.

Rebouças (2012, p. 120,121) oferece o suporte de análise da imposição da racionalidade jurídica como forma de verdade racional¹¹. A autora recorda que o paradigma da dogmática serve ao projeto de modernidade na medida em que constrói um método capaz de dotar o Direito de cientificidade, e, portanto, no cotejo da observação de Arendt, a dita verdade fatural pode ser fragilizada pelos axiomas, e, sobretudo, pelo império da lei de modo que não dificilmente poderá ser suprimida.

Dito de outro modo, no espectro do Direito estatal que se conhece, esperar que o conhecimento-regulação (que aqui se relaciona com a racionalidade jurídica) permita ser naturalmente sobreposto por um conhecimento-emancipação (memória, verdade histórica), é desconhecer toda dinâmica de apropriação e de dominação carregada por essa tradição. Segundo Santos (2011, p. 165): “O saber jurídico tornou-se científico para maximizar a operacionalidade do direito enquanto instrumento não científico de controle social e de transformação social.”

Mentiras ou “meias-verdades” transformam-se, nesse diapasão, em verdades que não podem ser contestadas, justamente em razão da conveniência do controle da sociedade e em nome da estabilidade do regime de exceção ou do seu legado, colocando-se como obstáculo à transformação social.

Assim, para Arendt (1972, p. 309), se a opinião se torna instrumento perigoso sob a ótica social, mais arriscado é que a verdade racional (dominação) seja assumida pelas estruturas institucionais¹².

Na perspectiva arendtiana, no entanto, a verdade factual pode resistir às interpretações, opiniões e até a chamada verdade racional. Isso porque a verdade fatural, colhida no “caos de puros acontecimentos”, compõe uma fonte de realidade no seu sentido mais puro, findando por perpassar a História e eternizar-se, de modo que “a persuasão e a violência podem destruir [...] não substituí-la” (ARENDR, 1972, p. 320).

Para bem exemplificar a questão da perenidade da verdade factual, em “a mentira na política”, Arendt (2006) lembra da figura de Trotsky e do desejo do regime stalinista (totalitário) em suprimir a verdade quanto a sua participação na Revolução Russa: “[...] não basta matá-lo e eliminar seu nome de todos os registros russos, pois não se pode matar todos os seus contemporâneos nem exercer controle sobre as bibliotecas e arquivos de todos os países do mundo” (ARENDR, 2006, p. 21-22).

11 Um relevante exemplo prático do que se diz pode ser encontrado no voto do então ministro do Supremo Tribunal Federal, corte suprema brasileira, Eros Grau, relator da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 153, proposta pela Ordem dos Advogados do Brasil, e que questionava o recepcionamento da Lei da Anistia pela Constituição Federal de 1988. De um modo geral, afastando toda subjetividade, toda discussão acerca da justiça, para concluir, a partir de uma análise a respeito da natureza norma, o Min. Eros Grau decidiu pela constitucionalidade da lei autoanistiantes brasileira. Seu voto foi acompanhado pela maioria dos ministros da Corte.

12 As instituições, segundo Arendt (1972), não de forma pouco usual falseiam com o desiderato específico de suprimir a existência que deve haver entre aquilo que é verdade ou matéria factual e aquilo que não corresponde à realidade dos fatos. Isso vale inclusive à utilização da opinião associada à verdade racional. Nesse sentido, vale recobrar a separação feita por Platão entre verdade (factual) e opinião, singularizada no diálogo “Górgias”, em que o filósofo refere-se à retórica como uma pernicioso forma de dissuasão.

É que a memória tem dinâmica própria, ela não se permite ser dirigida, embora possa ser manipulada ou momentaneamente silenciada, ela retorna com força quando assim é permitido, ou quando são oferecidas as condições necessárias para que ela seja reconstruída coletivamente (GAGNEBIN, 2010, p. 18).

Restabelecendo o direcionamento de Choeri (2010), é adequado afirmar, por outro lado, que a consagração do reconhecimento das identidades (individual e coletiva) serve como pujante arma contra as pretensões de falseamento da verdade, na medida em que, diante de uma comunidade empoderada, de um conjunto social sólido, nem mesmo os interesses das classes dominantes serão suficientes para subverter a força da constituição identitária memorial, porque nesse espaço fatalmente haverá resistência que inspira alternativa para além do paradigma institucional conhecido.

Confrontado o valor da reconstrução da História pautada na memória coletiva e no respeito à narrativa do oprimido, que tem a oportunidade de assim restituir a sua dignidade e reconstruir a sua identidade, propõe-se um redesenho das possibilidades de afirmação do caminho da paz social, possibilitando a pavimentação de um caminho que direcione as sociedades em transição rumo à construção de uma democracia de alta intensidade¹³.

5 Conclusão

A análise em perspectiva dos conceitos de justiça de transição permitiu-nos concluir que o alinhamento pela construção de um futuro calcado na plenitude democrática somente será possível em sociedades que se propõem a lidar com o seu passivo de violação de direitos humanos, ampliando e intensificando o acesso ao direito à verdade e à memória.

É possível inferir que a superação requer mais do que encarar o direito à verdade e à memória como direito humano em espécie, porque a consagração dos espaços de reconstrução da memória possibilita o empoderamento de uma sociedade que busca superar os episódios atrozés, e pode ser imprescindível para a rearticulação das forças populares.

Reescrever inclusivamente a História é ação relevante para que os indivíduos, que sofreram processos de opressão, retomem o protagonismo social, para que voltem a vivenciar contextos de dignidade e para que deixem de ocupar uma posição invisibilizada na determinação da História contada. É crucial problematizar quem conta a His-

13 Lidamos aqui com a categorização proposta por Santos (2007) que identifica democracias de baixa intensidade como sinônimas das democracias liberais meramente formais centradas em duas "pernas" do mercado: o que denomina de mercado econômico e aquilo que o autor chama de mercado político. Por outro lado, as democracias de alta intensidade seriam aquelas por meio das quais seria possível expandir os espaços públicos, tanto estatais como não estatais, privilegiando um modelo intercultural, plural e permeável a experiências e opções dos povos.

tória a partir da reabertura, por quais mãos ela vai ser escrita e até que ponto, a força e influência de instituições e atores do regime autoritário não permanecem dando o tom da narrativa. Nesse ponto, portanto, escancarar a verdade de outras narrativas que vão surgindo é crucial para desestabilizar a História que foi, durante tantos anos de autoritarismo, sedimentada.

O progresso nas lutas pela superação das fases de transição está decisivamente relacionado à própria concepção de direitos humanos adotada por uma sociedade. Desse modo, encarar a missão de estabelecer uma cultura humanista requer a incorporação de uma agenda permanente de lutas, e o reconhecimento de que a transição se consolida positivamente na medida em que os embates pelos direitos humanos possam ser encarados como verdadeira *práxis*, e não como reclamo individual dependente das respostas das instâncias jurídico-institucionais.

Reconhecer que o provimento dádivo do Estado, manipulado pelas figuras que mantêm íntimas e longínquas relações com os seus aparelhos, pode ser um “canto da sereia”, incapaz de oferecer as respostas em matéria de transição democrática, é um importante passo para a certificação de que a *práxis* dos direitos humanos representa a experimentação pela via do espaço de lutas e resistências contra-hegemônicas de emancipação.

Enfim, pensar a reestruturação das sociedades latino-americanas vítimas de atrocidades, de violação de direitos humanos sob uma perspectiva crítica é igualmente um convite para experimentar os modelos que nos são cultural e socialmente caros. Se o adágio popular diz que o exemplo arrebatá, é certo que mais inspirador ainda será o espelho do arquétipo que se encontra à distância das nossas fronteiras.

Referências

AGAMBEN, Giorgio. **Estado de exceção**. Tradução de Iraci Poletti. São Paulo: Boitempo, 2007.

ARENDT, Hannah. **Entre o passado e o futuro**. Tradução de Mauro Barbosa de Almeida. São Paulo: Editora Perspectiva, 1972.

_____. A mentira política: considerações sobre os documentos do Pentágono. In: _____. **Crises da República**. São Paulo: Perspectiva, 2006.

BADIOU, Alain. **Segundo manifesto por la filosofia**. Buenos Aires: Ed. Manantial, 2010.

BENJAMIN, Walter. **Magia e técnica, arte e política**: ensaios sobre literatura e história. São Paulo: Brasiliense, 1994.

BURT, Jo-marie. Desafiando a impunidade nas cortes domésticas: processos judiciais pelas violações de direitos humanos na América Latina. In: REÁTEGUI, Félix. (Org.). **Justiça de Transição**: Manual para América Latina. Brasília: Comissão de Anistia, Ministério da Justiça; Nova Iorque, Centro Internacional para a Justiça de Transição, 2011. p. 307-335.

CHOERI, Raul Cleber da Silva. **O direito à identidade na perspectiva civil-constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

COLLINS, Cath. Chile a más de dos décadas de justicia de transición. **Política – Revista de Ciência Política**, v. 51, n. 2, p. 79-113, 2013.

DANTAS, Fabiana Santos. **Direito Fundamental à Memória**. Curitiba: Juruá, 2010.

DERRIDA, Jacques. **Mal de arquivo**: uma impressão freudiana. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 2001.

ELLACURIA, Ignacio. Persona y Comunidad. In: **Escritos Filosóficos, Tomo III**. San Salvador: UCA Editores, 2001.

GAGNEBIN, Jeane Marie. O preço de uma reconciliação extorquida. In: TELES, Edson; SAFATLE, Vladimir. (Org.) **O que resta da ditadura**: a exceção brasileira. São Paulo: Boitempo, 2010.

GALLARDO, Helio. **Teoria Crítica**: matriz e possibilidades de direitos humanos. São Paulo: Editora Unesp, 2014.

GARAPON, Antoine. **Crimes que não se podem punir nem perdoar**: para uma justiça internacional. Lisboa: Instituto Piaget, 2002

HALBWACHS, Maurice. **A memória coletiva**. Rio de Janeiro: Vértice, 1990.

HORKHEIMER, Max. **Critical Theory**. New York: Ed. Continuum, 1972.

LENTZ, Rodrigo. A justiça transicional entre o institucionalismo dos direitos humanos e a cultura política: uma comparação do Brasil com o Chile e a Argentina (1995-2006). In: DA SILVA FILHO, José Carlos. **Justiça de Transição no Brasil**: violência, justiça e segurança. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2012.

NÜRNBERGER, Esteban Cuya. **Las comisiones de la verdad en América Latina**. Disponível em: <<http://www.iidh.ed.cr/bibliotecadigital>>. Acesso em: 2 set. 2016.

O'DONNELL, Guillermo; SCHMITTER, Philippe. **Transições do regime autoritário**: primeiras conclusões. São Paulo: Vértice, 1988.

OST, François. **O tempo do Direito**. Tradução Élcio Fernandes. Bauru: Edusc, 2005.

PALERMO, Pablo Galain. Justicia de Transición en Uruguay. In: SOUSA JUNIOR, José Geraldo de et al. (Org.). **O direito achado na rua**: introdução crítica à justiça de transição na América Latina. Brasília: Universidade de Brasília, 2015. p. 219-224.

PRONER, Carol. Rede Latino-Americana de Justiça Transicional: Objetivos e Perspectivas para a Promoção da Justiça de Transição na América Latina. In: SOUSA JUNIOR, José Geraldo de. et al. (Org.). **O direito achado na rua**: introdução crítica à justiça de transição na América Latina. Brasília: Universidade de Brasília, 2015. p. 264-269.

QUINALHA, Renan Honório. **Justiça de transição**: contornos do conceito. São Paulo: Outras Expressões; Dobra Editorial, 2013.

RAMOS, Thais. **A participação social deliberativa na constituição da verdade sobre as violações de Direitos Humanos do Regime Militar brasileiro**. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade de Santa Cruz, Santa Cruz do Sul, 2012. Disponível em: <<http://unisc.br/portal/images/stories/mestrado/direito/dissertacoes/2013/tais-ramos.pdf>>. Acesso em: 8 jul. 2017.

REBOUÇAS, Gabriela Maia. **Tramas entre subjetividade e direito**: a constituição do sujeito em Michel Foucault e os sistemas de resolução de conflitos. Rio de Janeiro: Renovar, 2012.

RICOEUR, Paul. **O mal**: um desafio à filosofia e à teologia: Tradução de Maria da Piedade Eça de Almeida. Campinas: Papirus, 1988.

_____. **O justo**. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

_____. **Tempo e narrativa**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.

_____. **Amor e justiça**. São Paulo: Martins Fontes, 2012.

RÚBIO, David Sánchez. **Encantos e Desencantos dos Direitos Humanos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **A crítica da razão indolente**. Contra o desperdício da experiência. A ciência, o direito e a política na transição paradigmática. v.1. 8. ed., São Paulo: Cortez, 2011.

_____. Os processos da globalização. In: _____. (Org.). **A Globalização e as Ciências Sociais**. 3. ed. São Paulo: Cortez, 2002.

_____. **Para uma revolução democrática da justiça**. São Paulo: Cortez, 2007.

SARAPU, Daniel Vieira. **Direito e Memória**: Uma compreensão temporal do Direito. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2012.

TAVARES, Fernando Horta; TRINDADE, Larissa Maria da. Justiça de Transição e reconstrução democrática: uma análise sobre o papel das "comissões de verdade" na consolidação do direito fundamental à verdade e à memória nos países do Mercosul. In: MEZZAROLA, Orides et al. (Org.). **Justiça de Transição**: verdade, memória e justiça. Curitiba: Clássica, 2014.

WOLKMER, Antônio Carlos. **Pluralismo Jurídico**: fundamentos para uma nova cultura do direito. 3. ed. São Paulo: Alga Ômega, 2001.

_____. Fundamentos da Crítica no Pensamento Político e Jurídico Latino-Americano. In: **Direitos Humanos e Filosofia Jurídica na América Latina**. Rio de Janeiro: Ed. Lumens Juris, 2004.

VAN ZYL, Paul. Promovendo a justiça transicional em sociedades pós-conflito. In: REÁTEGUI, Félix. (Org.). **Justiça de Transição**: Manual para América Latina. Brasília: Comissão de Anistia, Ministério da Justiça; Nova Iorque, Centro Internacional para a Justiça de Transição, 2011. p. 47-71.

13 O DIREITO À VERDADE E À MEMÓRIA COMO PRESSUPOSTO PARA A FORMAÇÃO DA IDENTIDADE CONSTITUCIONAL E EFETIVAÇÃO DA CIDADANIA DEMOCRÁTICA

Lucas Borges Santos¹
Bruno Burgarelli Albergaria Kneipp²

Resumo: Em períodos de transição política, aos quais comumente se atribui um sentido de reestruturação política de uma sociedade após regimes autoritários, o direito à verdade e à memória revela-se de suma importância, por possibilitar aos indivíduos uma ressignificação de suas atuações no campo jurídico-político, essencial ao desenvolvimento de instituições verdadeiramente democráticas e uma atuação efetivamente cidadã. No presente trabalho, buscar-se-á compreender, precipuamente por meio da teoria do Direito como construção discursiva concebida por Jürgen Habermas, as razões que fundamentam o exercício e a efetivação do direito à verdade e à memória como pressuposto para a promoção da cidadania em um paradigma democrático. Para tanto, o trabalho é constituído a partir de uma metodologia jurídico-teórica, utilizando-se de análises bibliográficas para a construção teórica do tema, com o escopo de se constatar em que medida a aprendizagem social pós períodos de transição jurídica pode contribuir para a formação de uma identidade cultural e, por consequência, gerar uma participação concreta dos cidadãos na formação da opinião pública. Assim, objetiva-se estabelecer parâmetros adequados para a compreensão do direito à verdade e à memória e a sua importância no aprimoramento da cidadania em contextos políticos de redemocratização.

Palavras-chave: Estado Democrático. Justiça de transição. Direito à verdade. Direito à memória. Cidadania.

Abstract: *In periods of political transition, which are commonly attributed to a sense of political restructuring of a society after authoritarian regimes, the right to truth and memory is of paramount importance, because it enables individuals to resignify their actions in the legal political, essential to the development of truly democratic institutions and an effective citizen action. In the present work, we will try to understand, mainly through the theory of Law as a discursive construction developed by Jürgen Habermas, the reasons that base the exercise and the realization of the right to truth and memory as a presupposition for the development of citizenship in a democratic paradigm. For this, the work*

1 Graduando em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Pesquisador bolsista vinculado à Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado de Minas Gerais (Fapemig). Monitor da disciplina de Filosofia do Direito. Estagiário do Ministério Público do Estado de Minas Gerais (MPMG).

2 Mestre em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Assessor-chefe da Presidência da OAB/MG para Assuntos Parlamentares. Professor da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais e coordenador do Serviço de Assistência Judiciária do Campus Contagem.

is developed from a legal-theoretical methodology, using bibliographical analyzes for the theoretical construction of the theme, with the scope of verifying to what extent the social learning after legal transition periods can contribute to the formation of a cultural identity and, consequently, to generate a concrete participation of the citizens in the formation of the public opinion. So, it aims to establish adequate parameters for the understanding of the right to truth and memory and its importance in improving citizenship in political contexts of redemocratization.

Keywords: *Democratic State. Justice of Transition. Right to truth. Right to memory. Citizenship.*

1 Introdução

Com a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, iniciou-se um projeto de redemocratização política que perdura até os dias atuais. A redemocratização, desde então, possui a árdua tarefa de ofertar aos indivíduos os instrumentos político-sociais necessários à superação do regime autoritário instaurado com o golpe militar de 1964.

Assim, por meio de um sistema normativo contrafático, alicerçado pela observância e efetivação dos direitos fundamentais, buscou-se implementar no Brasil um modelo que tornasse possível a realização da cidadania em seu sentido pleno, em substituição à sua concepção meramente simbólica.

Não é outra a razão pela qual a Constituição, em seu artigo inicial, consagra como fundamentos da República Federativa do Brasil a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e o pluralismo político.

Há, por certo, uma carga hermenêutica na aludida previsão constitucional, uma vez que esses fundamentos se irradiam por todo o seu texto e se manifestam em todas as práticas sociais, porquanto a Constituição possui a função de organização da sociedade política, solidificando ainda mais, nesse ponto, a importância conferida à justiça de transição.

A justiça de transição, existente nos mais diversos países nas últimas décadas, visa conferir legitimidade à reestruturação político-social de um país após contextos autoritários, assentando-se na inauguração de uma ordem genuinamente democrática.

De uma análise pormenorizada, depreende-se que a justiça de transição traz em seu cerne, entre outras exigências das mais distintas naturezas, a de elucidação dos fatos ocorridos no regime anterior e de reparação civil em decorrência das violações aos di-

reitos humanos, tornando possível, então, a superação do trauma vivenciado pela sociedade.

Com o presente trabalho, pretende-se mostrar que o sentido do direito à verdade e à memória não se esgota nos contextos de redemocratização, caracterizando-se, para além, como direito inerente ao exercício de uma cidadania efetivamente democrática.

Como ponto de partida, discorrer-se-á, no capítulo seguinte, a respeito do Estado Democrático de Direito, porquanto constitui este o fundamento máximo da justiça de transição. Adota-se como marco teórico, neste trabalho, as teorias democráticas formuladas pelo filósofo alemão Jürgen Habermas e pelo jurista brasileiro Marcelo Cattoni, para os quais o princípio discursivo ensejaria uma procedimentalidade inerente ao desenvolvimento das instituições democráticas.

O capítulo 3 tem como ponto central de estudo a correlação entre a cidadania e a democracia no Brasil, estabelecida normativamente pela Constituição da República de 1988, a denominada *Constituição Cidadã*. O direito à verdade e à memória é apresentado no capítulo 4, utilizando-se de parâmetros normativos brasileiros e estrangeiros, inclusive jurisprudenciais.

No capítulo 5, objetiva-se compreender em que medida a efetividade do direito à verdade e à memória contribui para o aprimoramento da aprendizagem social, pressuposto de desenvolvimento da cidadania em ambientes procedimentalmente democráticos, concluindo-se a exposição teórica no capítulo 6.

2 O estado democrático de direito e a Constituição da República de 1988

A Democracia ocupa hoje uma posição central nos debates sociais e políticos. Mas, o que realmente significa dizer que se vive em um Estado de Direito que tem como elemento precípuo a democracia? Se a Constituição é, necessariamente, um espaço de atribuição de poder, de onde advém a força legitimadora desse poder?

Característica comum às teorias democráticas na contemporaneidade e de extrema importância para o recorte teórico do presente trabalho é o aspecto deliberativo das instituições políticas sobre as quais se encontram fundadas, implicando dizer que a democracia é, hoje, mais do que representação política.

Isso porque, com o advento da modernidade, “não havia mais espaço para justificações transcendentais do poder político nem das normas do direito” (OLIVEIRA; LOPES, 2006, p. 162), tais como a religião ou um direito natural, decorrendo a legitimidade do sistema normativo da permanente reconstrução paradigmática do Direito.

Conforme dito por Friedrich Müller (1998, p. 107), “a legitimidade é por igual um processo que reage à realidade, configurando-a ao mesmo tempo; dito em outras palavras, ela aparece na sua elaboração [*Bearbeitung*].”

Dessarte, sendo o delineamento do Estado Democrático de Direito, por natureza, um projeto inacabado, houve a ressignificação do seu sentido por diversas vezes nas últimas décadas, sobretudo diante da consolidação de novos direitos e do reconhecimento de novos sujeitos para com estes.

Surge, nesse contexto, como importante proposta paradigmática do Estado Democrático, a teoria discursiva de Jürgen Habermas. Para o filósofo alemão, o caráter procedimental das instituições democráticas é uma condição de realização do próprio Direito.

O pano de fundo da sua teoria é o *princípio do discurso*, atribuindo legitimidade às decisões tomadas pela sociedade em um espaço deliberativo quando da observância de iguais condições de participação daqueles submetidos à decisão tomada (HABERMAS, 2002).

Esse ambiente substancialmente argumentativo só é realizável, no plano dos direitos políticos, por meio da procedimentalização dos discursos. Não há que se falar em deliberação efetiva, com o necessário respeito aos direitos fundamentais, fora de uma procedimentalidade democrática, uma vez que:

ao se intitular democrática de direito, a figura estatal se coloca sob a premissa da constante necessidade de justificação racional por parte de seus integrantes, estando, em decorrência do princípio do discurso, que permeia a própria noção de democracia, constantemente aberta a críticas e reavaliação das suas bases, em decorrência da justificativa para a sua instituição. Dado que todo poder emana do povo, o Estado necessita de processualizar os instrumentos de sua própria reconstrução, a fim que seja possibilitada a sua perpetuação ao longo do tempo. (BORGES, 2012, p. 251-252).

O Estado Democrático de Direito se realiza, portanto, diante da possibilidade de coautoria das normas jurídicas em um dado ordenamento, de modo a tornar legítima a sujeição ao sistema, em um respeito contínuo aos direitos e garantias fundamentais (HABERMAS, 2002).

Assim, ao se institucionalizar espaços procedimentais de deliberação, precipuamente por meio da Constituição, o desenvolvimento normativo da sociedade se justificaria a partir “dos paradigmas de direito já presentes e que podem ser reconstruídos de forma reflexiva e criticamente.” (OLIVEIRA; LOPES, 2006, p. 169).

Em uma análise ontológica da teoria de Habermas, percebe-se que o autor busca, pelo princípio do discurso, conferir fundamentos de legitimidade à produção legislativa, porquanto refletiria esta os anseios e demandas de toda a sociedade.

Tal concepção esvazia o sentido da democracia meramente representativa como suficiente. É necessária, pois, uma dialogicidade para e na comunidade política com o escopo de se estabelecer um direcionamento ao seu projeto constitucional, por meio de permanentes desconstruções e construções.

É por isso que, “dentro do espaço argumentativo institucionalizado como processo, não se pode excluir a possibilidade de novas informações e melhores argumentos virem a ser trazidos à tona para a criação de um sentido discursivo coerente.” (BORGES, 2012, p. 242)

Assim, o conceito de Estado Democrático de Direito não deve ser compreendido como um conceito descritivo. É, sobretudo, um modo de operar que condiciona a legitimidade das decisões políticas à soberania popular, de forma que a justificação da Democracia não pode se dar anteriormente ou posteriormente à sua realização.

Na modernidade, o poder constituinte legítimo só se expressa através do *médium* do Direito moderno. Enfim, o constitucionalismo democrático é um projetar-se que, por ser moderno, é sempre carente de legitimidade, de uma legitimidade que é sempre vivida como falta, como ausência, na impossibilidade de um fundamento último, absoluto, na tradição, e que se lança, pois, a um futuro aberto. (OLIVEIRA, 2009, p. 249).

Democracia é, dessa forma, atuação. No Brasil, a Constituição da República de 1988 conclama a participação da sociedade na formulação e execução das políticas públicas, tornando-a coautora de sua própria realidade social, razão pela qual se faz necessária uma análise da cidadania em seu texto normativo, o que será feito no capítulo que se segue.

3 A cidadania na Constituição de 1988

Sabe-se que, a despeito de outras correlações tidas como igualmente essenciais, a cidadania insere-se no ambiente democrático por meio de uma constante necessidade de autorrealização. Desse modo, se o Estado de Direito possibilita a sua existência, no Estado *Democrático* de Direito ela encontra o espaço de sua real efetividade.

A Constituição, ao instituir os direitos primários, tais como os direitos e garantias fundamentais e os princípios processuais, responsáveis pela institucionalização dos

espaços discursivos, inaugura um caminhar procedimental concernente ao exercício da cidadania. Isto é, falar em cidadania constitucional é falar sobre a observância dos direitos fundamentais.

Assim, a racionalidade normativa presente no texto constitucional é o principal parâmetro para a aferição do desenvolvimento da cidadania, sobretudo em contextos nos quais as cartas políticas outorgam ao indivíduo a possibilidade de sua inserção nos ambientes decisórios, uma vez que afastam a caricatura conceitual da cidadania condicionada meramente ao uso e gozo dos direitos políticos.

Essa é a razão pela qual, em campos discursivos constitucionalmente delimitados, tem-se, na verdade, uma relação de co-originariedade entre as autonomias pública e privada, na medida em que a efetivação dos pressupostos de participação na formação da opinião pública perpassa pela observância aos direitos individuais, sociais, políticos e difusos.

Ou seja, a relação interna entre Estado de Direito e democracia, direitos humanos e soberania popular, realiza-se, na dimensão do tempo histórico, como um processo de aprendizagem social com o Direito, que é sujeito a tropeços, mas é capaz de corrigir a si mesmo, se compreendermos a Constituição como projeto que transforma o ato fundador num processo constituinte que tem continuidade por meio de sucessivas gerações. (OLIVEIRA, 2017, p. 119).

O cenário brasileiro não destoa dessa exigência. Em sentido que lhe é próprio, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 estende a participação no desenvolvimento democrático a toda sociedade, não obstante por vezes esse convite reste prejudicado por razões substanciais de acesso a esses espaços.

Indiscutível, nesse ponto, é o fato de a previsão constitucional de democratização dos ambientes decisórios ter representado um avanço em relação ao regime político anterior, colocando o indivíduo como fundamento legitimador da nova ordem democrática e consagrando, por consequente, o exercício de uma cidadania plena.

No âmbito da cidadania, a Constituição de 1988 acaba por gerar uma corresponsabilidade dos indivíduos em diversos setores da sociedade. Isso se deve ao fato de que uma das razões que levaram ao surgimento e consolidação do Estado Democrático de Direito, paradigma consagrado na Constituição, foi a denominada *crise de identidade cidadão-Estado* (KNEIPP, 2013).

Cidadão é, em uma leitura constitucional democrática, o titular dos direitos e garantias fundamentais que possui espaços procedimentalmente deliberativos para exercê-

-los. Toda a definição do que se compreende por cidadania, na Constituição da República de 1988, perpassa pelo respeito aos direitos individuais, sociais, políticos e difusos.

A Constituição é da cidadania, como projeto aberto e permanente de construção de uma sociedade de cidadãos solidários, livres e iguais; se não, não é Constituição. Nesse sentido, levar a sério a Constituição brasileira de 1988 e sua legitimidade, vinte anos depois, sobre o pano de fundo do constitucionalismo democrático moderno, coloca perante os cidadãos brasileiros, aqui e agora, o desafio diário e permanente de fazer do Estado Democrático de Direito uma conquista cidadã, num processo de aprendizado social com o Direito, em nossa própria história. (OLIVEIRA, 2017, p. 118).

Supera-se, a partir dessa ideia, a velha dicotomia espaço público/espço privado, uma vez que só há um ambiente público substancialmente aberto à participação popular quando são conferidos aos indivíduos, sob a perspectiva individual, instrumentos emancipatórios e de efetivação dos direitos basilares.

Assim, na medida em que novos direitos foram sendo incorporados à luta por uma cidadania plena, ao longo das últimas décadas, o seu sentido foi redimensionado. Tal característica acabou por reverberar no projeto constituinte pós-ditadura, uma vez que a Constituição da República de 1988 traz, como um de seus traços fundamentais, uma abertura à consagração normativa de novos direitos, inclusive por meio de documentos internacionais.

Imprescindível ressaltar que, conforme apontado por Marshall (1967), sendo a cidadania um fenômeno histórico, seu conteúdo axiológico é bastante amplo, englobando, para além dos direitos supramencionados, obrigações. Por essa razão, o conceito de cidadania exprime uma ideia de corresponsabilidade, também presente no texto constitucional brasileiro.

Diversos são os instrumentos constitucionalmente previstos para o exercício dessas prerrogativas, a exemplo da fiscalização das contas municipais pelos contribuintes (art. 31, § 3º) e a promoção da educação em colaboração com a sociedade (art. 205), evidenciando a importância atribuída à participação popular no cenário democrático.

Dada a importância dos movimentos políticos e sociais que antecederam a constituinte pós-ditadura, a adoção dessa nova sistemática normativa no Brasil, ao conceber o indivíduo no centro do espaço político-social, coaduna-se ao paradigma do Estado Democrático de Direito, tal como concebido na Constituição de 1988, apresentando-se como fruto de um pleito do povo e para o povo.

4 O direito à verdade e à memória

O direito à verdade e à memória é um direito fundamental e inalienável de todos os povos ao acesso às informações de interesse público sobre a sua história em um dado contexto político.

Os anseios à efetividade desse direito se concretizam precipuamente sob o prisma da justiça de transição, sendo esta composta por mecanismos que visam à (re)construção de uma sociedade democrática após um regime ditatorial ou uma grave crise constitucional, a partir da elucidação dos atos violadores dos direitos humanos.

O tema ganhou extrema relevância na América Latina após os regimes autoritários que se instauraram a partir da década de 1960, sobretudo no Uruguai, no Chile e na Argentina. No Brasil, a justiça de transição se fez presente no contexto da redemocratização, inaugurado com a promulgação da Constituição da República de 1988, conhecida como a *Constituição Cidadã*.

Visa-se, com a justiça de transição, a superação de um trauma deixado pelo regime político-social anterior. O trauma, nesse sentido, é caracterizado por um espaço cujo preenchimento dos sentidos não é possível, seja pela ausência de informações necessárias para tanto, seja pela incapacidade interpretativa da sociedade que vivenciou a experiência.

Assim, não sendo a consolidação de um “novo” regime político um evento automático, “a maneira de lidar com o trauma e superá-lo perpassa o preenchimento dessa lacuna, recompondo uma história estilizada através de uma nova narrativa.” (SILVA; REIS, 2017, p. 48).

A justiça de transição, dessarte, conclama um resgate à verdadeira história de um povo em um regime ditatorial, possibilitando a superação do trauma a partir de medidas reparatórias e condenatórias, com a devida apuração dos abusos sofridos e, por conseguinte, a transformação institucional da sociedade.

Sob um novo pano de fundo, conseqüente ao paradigma do Estado Democrático de Direito, as instituições políticas se revestem de uma função realizadora dessa transição política. Daí decorrem os procedimentos administrativos concernentes aos funcionários públicos, a revisão legislativa das normas promulgadas no regime anterior e a criação de órgãos em defesa dos interesses da sociedade, por exemplo.

Assim,

a chamada transição política é marcada por uma pluralidade interna, por idas e vindas, continuidades e descontinuidades, valorizações e transvalorizações, enfim, por vários extratos semânticos de sentido e por um paralelogramo de forças políticas e sociais, que ora convergem, ora se distanciam, e, também, por uma sincronicidade assíncronica, em que iso-

ladamente nenhuma das forças políticas, ainda mais se as tratarmos erroneamente como macro-sujeitos, tinha total controle e a conduziu sozinha. (OLIVEIRA, 2017, p. 109).

O direito à verdade e à memória consagra-se normativamente a partir dos tratados internacionais de direitos humanos. A Declaração Universal dos Direitos Humanos, em seu artigo 19, preceitua, como corolário do direito à liberdade de opinião e expressão, o direito à busca de informações. A Convenção Europeia dos Direitos do Homem e a Convenção Americana de Direitos Humanos possuem previsões semelhantes em suas redações.

Além disso, as decisões das Cortes internacionais de direitos humanos são exemplos da efetividade do direito à memória na seara dos tratados estrangeiros, como o julgamento do caso Julia Gomes Lund e outros (“Guerrilha do Araguaia”), pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, em 2010, ocasião em que houve a condenação do Brasil pela ausência de respostas aos familiares de cerca de setenta militantes desaparecidos que lutavam contrariamente ao regime militar de 1964.

Na decisão, a Corte definiu que

os Estados devem prevenir, investigar e punir toda violação dos direitos humanos reconhecidos pela Convenção e procurar, ademais, o restabelecimento, caso seja possível, do direito violado e, se for o caso, a reparação dos danos provocados pela violação dos direitos humanos. (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2010).

Percebe-se que o sentido normativo do direito à verdade reside na prevenção à desintegração societária, na vedação à impunidade dos agentes violadores dos direitos humanos e na ressignificação dos sentidos em um “novo” regime democrático.

Tamanha é a representatividade do tema que, em 2003, foi instituído na Argentina o *Dia Nacional da Memória pela Verdade e Justiça*, comemorado no dia 24 de março de cada ano, cuja manifestação popular comumente se concentra na simbólica *Plaza de Mayo* em apoio às vítimas desaparecidas do golpe de 24 de março de 1976 e aos seus familiares.

No ordenamento jurídico brasileiro, o direito à verdade e à memória não encontra previsão expressa na Constituição da República de 1988. Contudo, em seu art. 5º, inciso XXXIII, a Carta Magna prevê o direito de todos os cidadãos à obtenção de informações de interesse particular, coletivo ou geral, cuja restrição somente se impõe em casos de imprescindibilidade à segurança da sociedade e do Estado.

O aludido inciso foi regulamentado por meio da Lei de nº 12.527, de 18 de novembro de 2011, a Lei de Acesso às Informações Públicas, e, entre tantas outras medidas, efetivado pela promulgação da Lei de nº 12.528, de 18 de novembro de 2011, que criou a Comissão Nacional da Verdade (CNV) e que, em seu artigo inicial, positiva o direito à memória e à verdade histórica.

Do Chile à África do Sul, as Comissões Nacionais da Verdade, por meio de seus relatórios, tornaram-se um importante instrumento para a apuração e exposição das circunstâncias em que se violaram os direitos humanos em períodos ditatoriais. Para além do cumprimento do dever de esclarecimentos aos familiares das vítimas, por parte do Estado, os aludidos relatórios servem também à sociedade como meio assecuratório de obtenção da sua verdade histórica.

Na Constituição de 1988, há ainda a proteção ao patrimônio cultural brasileiro, constituído pelos “bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira.” (BRASIL, 1988, p. 226).

Assim, o direito à verdade e à memória relaciona-se umbilicalmente com a aprendizagem social e formação da identidade cultural da sociedade, possíveis por meio do resgate à memória coletiva, aspectos estes também presentes nos tratados internacionais sobre direitos humanos, conforme visto acima.

A narrativa que uma sociedade ou indivíduo constrói sobre si constitui sua identidade e define a maneira como ocorrerá sua inserção no mundo. Todas as decisões futuras e comportamentos se pautarão nessas informações retidas na memória. Assim, uma má formação da memória pode causar impactos extremamente negativos no desenvolvimento de uma determinada sociedade, prolongando conflitos e desagregando os indivíduos. (SILVA; REIS, 2017, p. 47).

O direito à verdade e à memória, na medida em que possibilita a elucidação de fatos e a reparação civil dos danos sofridos, comumente graves violações aos direitos humanos, possibilita uma relação conciliatória entre os membros da sociedade, evitando-se uma desestruturação social em razão da não superação do trauma vivenciado.

Evidencia-se ainda mais a sua importância em contextos de transição para uma ordem democrática, uma vez que um dos principais valores consagrados em regimes democratizantes é a solidariedade social, fazendo-se presente também na Constituição brasileira.

Por certo, se não há uma dignificação do indivíduo, conforme preceituado pelo artigo primeiro da Constituição, quando lhe é vedado conhecer a sua história, não há que se

falar em uma coesão interna da sociedade quando lhe é retirada a capacidade reflexiva a respeito dos acontecimentos políticos aos quais tenha enfrentado, motivo pelo qual o direito à verdade e à memória reclama efetividade no âmbito da justiça de transição.

5 O direito à verdade e à memória como efetivação da cidadania democrática

Sendo o conhecimento essencial ao desenvolvimento humano, também o é na perspectiva das instituições políticas pelos homens desenvolvidas. Há, nesse sentido, um aspecto sociocultural do conhecimento ao longo da história, notadamente em casos de rupturas institucionais como o movimento de redemocratização, por exemplo, uma vez que “os atos humanos se realizam numa esfera compartilhada intersubjetivamente e mediada pela linguagem.” (OLIVEIRA; LOPES, 2006, p. 166).

Nos dizeres de Hannah Arendt:

Se é verdade que todo pensamento se inicia com a lembrança, não é menos correto que nenhuma memória perdura e permanece intacta, a menos que seja condensada e inserida num conjunto de noções conceituais, dentro do qual ela possa afirmar-se cada vez mais. As experiências e as narrativas que brotam de tudo aquilo que os homens fazem e atravessam, dos acontecimentos e ocorrências, se dissipam na inaniidade inerente à palavra viva e aos feitos vivos, a menos que sejam discutidos e comentados vezes sem conta. O que salva as ações dos homens de sua inerente inutilidade não é outra coisa senão essa discussão incessante que se trava em torno delas, a qual, por sua vez, permanece inútil a não ser que dê origem a certas concepções e a determinados marcos dominantes que favoreçam a futura evocação ou que simplesmente lhe sirvam de referência (ARENDR, 1990, p. 176).

Tem-se, como exemplo, o fato de que toda consolidação de um novo paradigma de Estado, ao longo da história do constitucionalismo moderno, foi precedida por crises do modelo anterior, das mais diversas ordens, enfrentando-se os problemas por meio de soluções ofertadas pelo modelo que se apresentava.

Restringindo-se ao âmbito do Estado Democrático de Direito e utilizando-se de um sentido que lhe é inerente, o conhecimento está atrelado à capacidade de autodeterminação dos povos, pressuposto do exercício das liberdades individuais.

O manuseio desses instrumentos emancipatórios pela sociedade permite a (re)construção de uma identidade, possibilitando a ocupação dos espaços de reivindicações sociais e políticas. A sociedade, então, passa a reconhecer a si mesma como detentora de direitos cujo fundamento legitimador advém da sua própria história institucional.

O reconhecimento, nesse sentido, é o primeiro passo para uma emancipação social, de modo que a criação dessas narrativas, pela própria sociedade, possibilita a coletivização do poder, razão pela qual a busca pela verdade histórica é indissociável da ideia de aprimoramento das instituições democráticas.

Assim, sendo a relação entre cidadania e democracia uma relação de reciprocidade, a fruição dos direitos individuais, sociais e políticos perpassa pelo uso de um ambiente substancialmente deliberativo e aberto à diferença, cujo sentido se constrói diariamente pelas práticas sociais e reivindicações políticas.

Nesse sentido, a reconstrução da memória social possui um efeito prospectivo: ela direciona o caminhar institucional da sociedade a partir das experiências vivenciadas e compartilhadas de maneira intersubjetiva, de modo que o povo se desgarra da acepção de *idolum mentis* (MÜLLER, 1998) e passa a ser o autor de sua própria história.

Ou seja, a relação interna entre Estado de Direito e democracia, direitos humanos e soberania popular, realiza-se, na dimensão do tempo histórico, como um processo de aprendizagem social com o Direito, que é sujeito a tropeços, mas é capaz de corrigir a si mesmo, se compreendermos a Constituição como projeto que transforma o ato fundador num processo constituinte que tem continuidade por meio de sucessivas gerações. (OLIVEIRA, 2017, p. 119)

Reside aqui o caráter de coexistência entre as autonomias privada, marcada pela efetividade dos direitos fundamentais, e pública, cujo núcleo é a soberania popular.

Desse modo, não é necessário um árduo exercício hermenêutico para se estabelecer a correlação entre o direito à verdade e à memória e o exercício da cidadania, uma vez que, nas palavras de Müller, “sem a prática dos direitos do homem e do cidadão, ‘o povo’ permanece em metáfora ideologicamente abstrata de má qualidade.” (MÜLLER, 1998, p. 63).

Ou seja, a própria conceituação do que se compreende como povo, por meio de sua identidade, demanda um exercício da cidadania no tocante ao acesso e à proceduralização reflexiva de informações atinentes à sua história, incluindo-se, nesse caminhar procedimental, aqueles historicamente colocados à margem.

O exercício efetivo das prerrogativas inerentes à cidadania, dessa forma, assenta-se muito mais na solidificação dos espaços discursivos em uma sociedade democrática do

que na concretude de uma representação política propriamente dita, uma vez que o voto, por si só, não garante a real participação na formação da opinião pública.

É preciso, pois, em uma perspectiva de justiça de transição, reconhecer os indivíduos não somente como *sujeitos de direito*, mas, sobretudo, como sujeitos *para* e *no* direito. A formação da identidade cultural de uma sociedade exerce grande importância nessa transmutação.

Isso envolve a construção de uma cultura política pluralista com base na Constituição democrática, de uma República de cidadãos livres e iguais, como expressão de uma forma de integração social, que se dá, portanto, através da construção dessa identidade política pluralista e aberta, que pode ser sustentada por diversas formas de vida e identidades socioculturais, que convivem entre si, desde que assumam uma postura não fundamentalista de respeito recíproco, umas em relação às outras. (OLIVEIRA, 2016).

No processo de formação dessa consciência intersubjetiva, originando a identidade cultural, relacionam-se diversos outros direitos, para além do acesso à informação, como a liberdade de expressão e a igualdade, tidos como igualmente necessários no exercício da cidadania, eis que, sob a perspectiva da justiça de transição, não obstante o direito à informação seja o mais elementar, é preciso ofertar instrumentos reflexivos no tocante ao uso desses dados referenciais.

Percebe-se, aqui, que o direito à verdade e à memória possui, inicialmente, um fundamento de dever de prestar informações aos familiares das vítimas de violações de direitos humanos e repará-los civilmente, além da formulação de políticas públicas visando à não ocorrência de atos que atentem à dignidade humana.

Todavia, a sua importância não se restringe ao âmbito da justiça de transição, passando por todo o caminhar procedimental da sociedade rumo a uma cidadania plena, realizável somente no paradigma democrático. Oferecer aos indivíduos espaços discursivos sem oferecer-lhes a possibilidade de uma atuação crítica frente aos acontecimentos do regime político anterior é ceifar a sua capacidade de autodeterminação a partir do aprimoramento das instituições políticas.

Nesse ponto, pertinentes as palavras de José Adércio Leite Sampaio, para quem

o essencial não é o texto, mas a "vontade da Constituição" ou o "patriotismo constitucional". Por pior que seja uma redação, o leitor tem sempre a oportunidade de melhorá-la. Como em uma história ou em um conto sobre os direitos. A parte mais importante e, preferência pessoal, a melhor, é a da vida real dos direitos; não dos achados na rua, mas os nela construídos. É

sair da potência do texto, que nada pode fazer além de pedir que o tornem vivo, na leitura que fazem razões e vontades, para entrar na história. Dos direitos inclusive. E se o texto ainda tiver virtudes, bastará a boa vontade de quem lê. Há um projeto inconcluso de cidadania por certo, um ciclo não fechado, que vem de 1500 ou de antes, quem vai saber? (SAMPAIO, 2010, p. 330-331).

O exercício desse direito se concretiza, dentre outras medidas, por meio do acesso aos arquivos públicos e jornalísticos, capazes de realizar o registro dos acontecimentos políticos de determinado contexto histórico. Na atualidade brasileira, tem-se como exemplo os portais eletrônicos dos grupos jornalísticos que trazem o acervo das reportagens censuradas pelo regime militar de 1964, como o site *Páginas Censuradas* do jornal *Estadão* (<http://acervo.estadao.com.br/paginas-censuradas/>).

Curioso, nesses casos, é o fato de que as reportagens censuradas comumente se referem aos casos de corrupção e violência existentes nos regimes ditatoriais, situação esta veemente negada pelas pessoas que, em sua maioria, não possuíam acesso às informações mencionadas, evidenciando, dessarte, a importância do acesso e processamento reflexivo desses dados para a formação de uma concepção cidadã democrática que vise à não reprodução das mesmas situações políticas existentes nos regimes anteriores, aos quais se tenta superar.

O direito à verdade e à memória, é, portanto, o direito à verdadeira superação do regime ditatorial e à construção de uma ordem genuinamente democrática, por meio do exercício crítico da cidadania e da observância de todos os instrumentos a ela consecutórios, contribuindo-se na formação de uma nova identidade constitucional.

6 Conclusão

Evidenciou-se, ao longo do presente trabalho, que o caráter procedimental do Estado Democrático de Direito, conforme defendido por Habermas, não deve ser compreendido sob uma lógica de instrumentalização, uma vez que o exercício da cidadania relacionado a um processo de autorregulação da sociedade encontra sua fonte legitimadora nos princípios constitucionalmente consagrados.

A cidadania democrática, nesse aspecto, envolve a real e efetiva participação dos cidadãos na formação da vontade pública, de modo que não há que se falar em cidadania diante de uma representação política meramente simbólica, que vise perpetuar a concepção de povo como *idolum mentis* (MÜLLER, 1998).

Em ambientes substancialmente democráticos, a sociedade deve ser vista como co-autora em um exercício de permanente reconstrução dos sentidos normativos. Diante disso, revela-se de extrema importância a efetividade do direito à verdade e à memória em contextos de transição política, uma vez que o aludido direito constitui um dos elementos essenciais para uma aprendizagem social, pressuposto de desenvolvimento democrático de um povo.

Em última instância, o direito à verdade e à memória constitui um recurso contrário ao monopólio do uso da linguagem, uma vez que o uso desta não é neutro, sendo, ao contrário, extremamente politizado, o que acaba por gerar uma ressignificação de determinado acontecimento social.

Quando a reconstrução institucional da sociedade, então, é realizada por seus próprios membros, estes definem o valor significativo de cada ato e, portanto, autorregulam-se a partir de suas próprias experiências compartilhadas, gerando um sentimento comum de pertencimento à comunidade política na qual estão inseridos.

Dessa forma, a efetivação do direito à verdade e à memória é capaz de promover uma integração de grupos societários, para além do caráter conciliatório, reconhecendo-lhes, na nova ordem democrática, um *status* de dignificação enquanto seres humanos e cidadãos de um Estado que se coloca como sendo de Direito.

É dizer: possuímos o Direito, agora construamos a Democracia.

Referências

ARENDDT, Hannah. **Da revolução**. Tradução de Fernando Dídimo Vieira. São Paulo: Ática, 1990.

BORGES, Fábio Leonel. Procedimentalidade democrática e princípio do discurso como garantias constitucionais. **Revista da Faculdade de Direito de Uberlândia**, v. 40, p. 239-265, 2012.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Organização de Alexandre de Moraes. 40. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

_____. Lei nº 12.528, de 18 de novembro de 2011. Cria a Comissão Nacional da Verdade no âmbito da Casa Civil da Presidência da República. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Poder Executivo, Brasília, 18 nov. 2011.

_____. Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011. Regula o acesso a informações previsto no inciso XXXIII do art. 5º, no inciso II do § 3º do art. 37 e no § 2º do art. 216 da Constituição Federal; altera a Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990; revoga a Lei nº 11.111, de 5 de maio de 2005, e dispositivos da Lei nº 8.159, de 8 de janeiro de 1991; e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Poder Executivo, Brasília, 18 nov. 2011.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS – Corte IDH. **Caso Gomes Lund e outros (“Guerrilha do Araguaia”) vs. Brasil. Sentença de 24 de novembro de 2010**. Disponível em: <<http://www.sdh.gov.br/assuntos/atuaacao-internacional/sentencas-da-corte-interamericana/sentenca-araguaia-24.11.10-1>>. Acesso em: 5 mar. 2018.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. Processo constitucional e a efetividade dos direitos fundamentais. In: CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza; SAMPAIO, José Adércio Leite. (Coord.) **Hermenêutica e jurisdição constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

ESTADÃO. **Páginas Censuradas**. Disponível em: <<http://acervo.estadao.com.br/paginas-censuradas/>>. Acesso em: 26 mar. 2018.

HABERMAS, Jürgen. **A inclusão do outro**. São Paulo: Loyola, 2002.

KNEIPP, Bruno Burgarelli Albergaria. O direito do consumidor e a cidadania. In: GONÇALVES, Antônio Fabrício de Matos. **Lições de Cidadania**. Brasília: OAB Editora, 2003.

KNEIPP, Bruno Burgarelli Albergaria. A evolução dos paradigmas de Estado e seus aspectos econômicos. In: ALVES, Cândice Lisboa; MARCONDES, Thereza Cristina Bohlen Bitencourt. (Org.). **Liberdade, igualdade e fraternidade**: 25 anos da Constituição brasileira. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2013.

MARSHALL, Thomas Humphrey. **Cidadania, classe social e status**. Rio de Janeiro: Zahar, 1967.

MÜLLER, Friedrich. **Quem é o povo?** A questão fundamental da Democracia. Tradução de Peter Naumann. São Paulo: Max Limonad, 1998.

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de; LOPES, David Francisco. Breves contribuições para uma reflexão sobre o poder constituinte e a legitimidade do direito na modernidade no marco do debate jusfilosófico e teórico-constitucional contemporâneo. **Revista da Faculdade de Direito da UFMG**, Belo Horizonte, n. 49, p. 161-180, jul./dez. 2006.

_____. **Poder Constituinte e Patriotismo Constitucional**: o projeto constituinte do Estado Democrático de Direito na teoria discursiva de Jürgen Habermas. Belo Horizonte: Mandamentos, 2006.

_____. A Democracia Constitucional no Estado Democrático de Direito. **Empório do Direito**, 2016. Disponível em: <<http://emporiiododireito.com.br/leitura/a-democracia-constitucional-no-estado-democratico-de-direito-por-marcelo-andrade-cattoni-de-oliveira>>. Acesso em: 7 mar. 2018.

_____. A legitimidade democrática da Constituição da República Federativa do Brasil: uma reflexão sobre o projeto constituinte do Estado Democrático de Direito no marco da teoria do discurso de Jürgen Habermas. In: GALUPPO, Marcelo Campos. (Coord.). **Constituição e Democracia**: fundamentos. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2009.

_____. A Democracia sem espera: constitucionalização e transição política no Brasil. In: MEYER, Emilio Peluso Neder (Org.). **Justiça de transição em perspectiva transnacional**. Belo Horizonte: Centro de Estudos sobre Justiça de Transição da UFMG, Secretaria da Rede Latino-Americana de Justiça de Transição e Inicia Via, 2017.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS – ONU. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Assembleia Geral das Nações Unidas em Paris. 10 dez. 1948. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/pt/resources_10133.htm> Acesso em: 4 mar. 2018.

SAMPAIO, José Adércio Leite. **Direitos fundamentais**: retórica e historicidade. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

SILVA, Carlos Augusto Canêdo Gonçalves; REIS, Roberta Cerqueira. Comissões da verdade, memória, reconstrução e o caso brasileiro. In: MEYER, Emilio Peluso Neder (Org.). **Justiça de transição em perspectiva transnacional**. Belo Horizonte: Centro de Estudos sobre Justiça de Transição da UFMG, Secretaria da Rede Latino Americana de Justiça de Transição e Inicia Via, 2017.

SILVAFILHO, Alberico Alves da. Repensando a cidadania no Brasil. In: GALUPPO, Marcelo Campos (Coord.). **Constituição e democracia**: fundamentos. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2009.

III JUSTIÇA DE TRANSIÇÃO: OBRIGAÇÕES DE INVESTIGAR E PUNIR

14 DESCONSIDERAÇÃO DA COISA JULGADA EM CASOS DE CRIMES CONTRA A HUMANIDADE

Ivan Cláudio Marx¹

Resumo: O presente artigo apresenta três soluções por meio das quais uma sentença absolutória em crimes contra a humanidade pode ser desconsiderada, referindo sua aplicação em concreto a alguns casos emblemáticos brasileiros.

Palavras-chave: Desconsideração da coisa julgada. Crimes contra a humanidade. Ponderação de princípios.

Abstract: *The presente article presents three solutions by which an acquittal in crimes against humanity can be ignored. Also, it's considered this application in some emblematic brazilian cases.*

Keywords: *Disregard of res judicata. Crimes against humanity. Balancing principles.*

1 Introdução

A impunidade das graves violações aos direitos humanos e, mais especificamente, dos crimes contra a humanidade, é constante na história da humanidade.

Seja por meio da utilização incorreta de causas extintivas da punibilidade ou pela protuberante falta de intenção de puni-los, entre outros motivos, vários processos têm gerado absolvições indevidas, transformando a coisa julgada em um corolário de impunidade. Essa situação se repete no Brasil, principalmente no que se refere aos crimes contra a humanidade praticados pelos agentes estatais durante nossa última ditadura militar.

Nesse sentido, o presente artigo pretende analisar as possibilidades jurídicas de desconsideração da coisa julgada em casos de crimes contra a humanidade, referindo sua aplicação em concreto a alguns casos emblemáticos brasileiros.

2 Desconsideração da coisa julgada

A coisa julgada em matéria penal é reforçada pelo princípio do *ne bis in idem* (proibição de duplo julgamento pelo mesmo fato). Dessa maneira, costuma receber alcance

¹ Procurador da República. Coordenador do Grupo de Trabalho Justiça de Transição, da 2ª CCR, doutor em Ciências Jurídicas y Sociales pela Universidad del Museo Social Argentino (UMSA).

constitucional, ademais de seu reconhecimento nos tratados internacionais sobre direitos humanos.

De igual maneira e tal como sucede com outros princípios constitucionais, a proibição de duplo julgamento (baseada na segurança jurídica) não representa um direito absoluto, podendo ser objeto de ponderação quando presente confrontação com outros princípios.

A respeito, o princípio que costuma ingressar em conflito com o da segurança jurídica (marcado pela coisa julgada) é o princípio de justiça (destacando-se os direitos das vítimas e os deveres investigativos do Estado para brindar justiça e igualdade).

Ante tal conflito se deve verificar se este resultou já ponderado pela própria Constituição² ou se o fez o legislador ordinário.

No último caso, cabe ainda ao Judiciário a análise sobre a constitucionalidade (em razão da proporcionalidade³ e da razoabilidade) de tal ponderação.

Tal análise foi feita pela Corte Constitucional de Colômbia (CCC, sentença C-004/03) em respeito às limitações às hipóteses de ação de revisão em matéria penal criadas pelo legislador daquele país⁴ na Lei nº 600, de 2000.

Dispôs essa lei que:

ARTICULO 220. Procedencia. La acción de revisión procede contra las sentencias ejecutoriadas, en los siguientes casos:

[...]

3. Cuando después de la sentencia condenatoria aparezcan hechos nuevos o surjan pruebas, no conocidas al tiempo de los debates, que establezcan la inocencia del condenado, o su inimputabilidad.

4. Cuando con posterioridad a la sentencia se demuestre, mediante decisión en firme, que el fallo fue determinado por una conducta típica del juez o de un tercero.

5. Cuando se demuestre, en sentencia en firme, que el fallo objeto de pedimento de revisión se fundamentó en prueba falsa.

2 Aqui, entendemos que a análise de tal ponderação deve ser considerada em conjunto com os tratados internacionais ratificados por referido Estado. Ou seja, deve-se considerar a 'constituição convencionalizada' que segundo Sagüés (2013, p. 625-626) seria: (I) uma constituição depurada de ingredientes inconventionais; (II) uma constituição conformada e completada com ingredientes convencionais decisivos para o núcleo essencial dos direitos nela enunciados.

3 Trabalhamos aqui com o conceito de proporcionalidade em sentido amplo, abarcando a adequação (se o meio promove o fim desejado), a necessidade (se entre os meios disponíveis e igualmente adequados para promover o fim desejado, o eleito resulta ser o menos restritivo aos direitos fundamentais) e o da proporcionalidade em sentido estrito (se as vantagens provenientes da adoção do fim superam as desvantagens provocadas). Conforme Ávila (2005, p. 112).

4 No caso não havia uma decisão prévia constitucional imperativa sobre qual princípio privilegiar (considerando 28 da sentença C-004/03 acima referida).

6. Cuando mediante pronunciamiento judicial, la Corte haya cambiado favorablemente el criterio jurídico que sirvió para sustentar la sentencia condenatoria.

Lo dispuesto en los numerales 4 y 5 se aplicará también en los casos de preclusión de la investigación, cesación de procedimiento y sentencia absolutoria. (grifos nuestros).

Conforme se observa, nos incisos 4 e 5 são previstas possibilidades de ação de revisão aplicáveis inclusive nos casos de *revisão pro societate*, quando se comprove posteriormente que a decisão absolutória foi determinada por uma conduta típica do juiz ou de um terceiro ou que a mesma decisão se fundamentou em prova falsa.

Mas nessas possibilidades não se incluiu o surgimento de novas provas que demonstrem erro da sentença, o que, de acordo com o inciso 3º, somente seria possível em caso de sentença condenatória.

A constitucionalidade dessa limitação⁵, questionada, foi decidida na referida sentença C-004/03.

Ao decidir, referiu a Corte que, dentro de certos limites, caberia ao legislador decidir sobre a relativização do *ne bis in idem*, favorecendo o direito das vítimas ou, ao contrário, optar por reforçar aquela garantia, relativizando o direito dessas últimas, o que de fato ocorreu de acordo ao inciso 3º do art. 220 da Lei nº 600/2000. Dessa maneira, não caberia à CCC “examinar una eventual relativización del non bis in idem a favor de los derechos de las víctimas, pues la norma acusada optó por la alternativa contraria”, de maneira que sua função seria analisar se essa restrição resultava razoável e proporcionada (consid. 19).

Nessa análise sobre a proporcionalidade em sentido estrito, entendeu a Corte resultar necessário diferenciar os fatos puníveis em geral das violações aos direitos humanos e das infrações graves ao Direito Internacional Humanitário (consid. 24).

Nesse último caso, a decisão foi no sentido de que a restrição aos direitos das vítimas resultaria desproporcionada, de maneira que autorizaria e inclusive exigiria uma limitação ao non bis in idem (consid. 31).

Assim, a CCC, condicionando o alcance das expressões previstas no inciso 3º do art. 220 referido (em uma espécie de interpretação conforme a Constituição) decidiu que ele resultaria exequível no entendido de que a ação de revisão também fosse possível, em processos por violação dos direitos humanos ou infrações graves ao Direito Internacional Humanitário, nos casos de decisão absolutória em que surgisse um fato novo ou

⁵ Em verdade na demanda se questionava somente a impossibilidade de se utilizar fatos ou provas novas como meio de estabelecer uma responsabilidade mais grave do condenado. Entretanto, a Corte decidiu estender a análise a respeito da expressão ‘condenatória’ (considerandos 3 e 4), abarcando inclusive situações em que houve anterior absolvição, de modo a examinar adequadamente os cargos da demanda.

uma prova não conhecida ao tempo dos debates, ou mesmo em ausência de tais fatos ou provas novas, sempre que se constate no caso um descumprimento protuberante⁶ do Estado em brindar justiça às vítimas por meio de uma investigação séria e imparcial.

Em ambos casos, e a fim de impedir eventuais reaberturas caprichosas de processos, a Corte exige que a existência dos fatos novos ou provas não conhecidas ao tempo do juízo, ou mesmo a negligência protuberante do Estado em brindar justiça às vítimas, sejam constatados por um pronunciamento judicial interno ou de alguma instância internacional de supervisão e controle de direitos humanos aceito pela Colômbia⁷.

No mesmo sentido a jurisprudência da Corte IDH7 (inclusive com citações sobre a sentença C-004/03 da CCC acima referida) ao referir a necessidade, para efeitos de estabelecer limitações à coisa julgada, de distinguir entre crimes em geral e as graves violações aos direitos humanos.

Assim, de acordo com a jurisprudência da Corte IDH, o princípio do *ne bis in idem* deve ser ponderado com o direito das vítimas baseado no princípio do acesso à justiça.

Nesse sentido, na resolução do cumprimento de sentença no caso *Bámaca Velásquez*⁸, dispôs a Corte que

44. Sin embargo, cuando se trata de graves y sistemáticas violaciones a los derechos humanos, como en el presente caso, la impunidad en la que pueden quedar estas conductas por la falta de investigación, genera una afectación bastante alta a los derechos de las víctimas. La intensidad de esta afectación no sólo autoriza sino que exige una excepcional limitación a la garantía de *ne bis in idem*, a fin de permitir la reapertura de esas inves-

6 A respeito de tal requisito, cabe referir a jurisprudência peruana. Em Exp. nº 4587-2004-AATC, Santiago Martín Rivas, sentença do Tribunal Constitucional de 29 de novembro de 2005 considerou-se que o fato de julgar por meio da justiça militar, bem como de aplicar as leis de anistia, 'demuestra palmariamente que sí hubo ausencia de una voluntad estatal destinada a investigar y sancionar con penas adecuadas a la gravedad de los delitos cometidos a los responsables de los hechos conocidos como "Barrios Altos"' (considerando 83). De maneira que a deliberada utilização de uma justiça incompetente e imparcial, bem como a adoção de inválidos impedimentos processuais deve também ser considerado um protuberante descumprimento por parte do Estado de sua obrigação de investigar. Cabe referir ainda que, no referido caso 'Barrios Altos', os crimes cometidos representavam verdadeiros crimes contra a humanidade.

7 Nas palavras da Sala Plena da Corte Constitucional da República de Colômbia, essa resolve: "Declarar EXEQUIBLE el numeral 3° del artículo 220 de la Ley 600 de 2000 o Código de Procedimiento Penal, en el entendido de que, de conformidad con los fundamentos 31, 36 y 37 de esta sentencia, la acción de revisión por esta causal también procede en los casos de preclusión de la investigación, cesación de procedimiento y sentencia absolutoria, siempre y cuando se trate de violaciones de derechos humanos o infracciones graves al derecho internacional humanitario, y un pronunciamiento judicial interno, o una decisión de una instancia internacional de supervisión y control de derechos humanos, aceptada formalmente por nuestro país, haya constatado la existencia del hecho nuevo o de la prueba no conocida al tiempo de los debates. Igualmente, y conforme a lo señalado en los fundamentos 34, 35 y 37 de esta sentencia, procede la acción de revisión contra la preclusión de la investigación, la cesación de procedimiento y la sentencia absolutoria, en procesos por violaciones de derechos humanos o infracciones graves al derecho internacional humanitario, incluso si no existe un hecho nuevo o una prueba no conocida al tiempo de los debates, siempre y cuando una decisión judicial interna o una decisión de una instancia internacional de supervisión y control de derechos humanos, aceptada formalmente por nuestro país, constaten un incumplimiento protuberante de las obligaciones del Estado colombiano de investigar en forma seria e imparcial las mencionadas violaciones".

8 CORTE IDH. *Caso Bámaca Velásquez Vs. Guatemala*. Supervisão de cumprimento de sentença. Resolução da Corte Interamericana de Direitos Humanos. 18 de novembro de 2010, parágrafos 42 e 43.

tigaciones cuando la decisión que se alega como cosa juzgada surge como consecuencia del incumplimiento protuberante de los deberes de investigar y sancionar seriamente esas graves violaciones [...] al analizar los recursos judiciales que puedan interponer los imputados por graves violaciones de derechos humanos, el Tribunal resalta que las autoridades judiciales están obligadas a determinar si la desviación en el uso de una garantía penal puede generar una restricción desproporcionada de los derechos de las víctimas, donde una clara violación del derecho de acceso a la justicia, desdibuja la garantía procesal penal de cosa juzgada.”(grifos nuestros).

Ademais, defende também a Corte que, no caso de graves e sistemáticas violações aos direitos humanos, a preponderância dos direitos das vítimas sobre a segurança jurídica e o *ne bis in idem* é ainda mais evidente, “dado que las víctimas no sólo fueron lesionadas por un comportamiento atroz sino que, además, deben soportar la indiferencia del Estado, que incumple manifiestamente con su obligación de esclarecer esos actos, sancionar a los responsables y reparar a los afectados”⁹.

Esse juízo de ponderação, de certa maneira, já havia sido referido pela Corte IDH no caso *Almonacid Arellano* (parr. 154, *in fine*) ao referir que, no caso, “las exigencias de la justicia, los derechos de las víctimas y la letra y espíritu de la Convención Americana desplaza la protección del *ne bis in idem*”.

Em tal julgado, a Corte IDH inclusive detalhou os casos em que não resulta aplicável tal princípio:

154. [...] no resulta aplicable cuando: i) la actuación del tribunal que conoció el caso y decidió sobreseer o absolver al responsable de una violación a los derechos humanos o al derecho internacional obedeció al propósito de sustraer al acusado de su responsabilidad penal; ii) el procedimiento no fue instruido independiente o imparcialmente de conformidad con las debidas garantías procesales, o iii) no hubo la intención real de someter al responsable a la acción de la justicia. Una sentencia pronunciada en las circunstancias indicadas produce una cosa juzgada “aparente” o “fraudulenta”.

De modo que, conforme a Corte IDH, o art. 8.4 da CADH⁹ não pode ser lido no sentido de que represente uma regra absoluta, não sujeita a restrições por meio da ponderação de princípios.

⁹ Art. 8º. Garantías Judiciales. 4. O acusado absuelto por sentencia transitada em julgado não poderá ser submetido a novo processo pelos mesmos fatos.

No mesmo sentido, cabe referir o conteúdo do artigo 20 do TPI, que confere um caráter limitado à coisa julgada em casos similares.

Artigo 20. *Ne Bis in Idem*

[...]

3. O Tribunal não poderá julgar uma pessoa que já tenha sido julgada por outro tribunal, por atos também punidos pelos artigos 6º, 7º ou 8º, a menos que o processo nesse outro tribunal:

- a) *Tenha tido por objetivo subtrair o acusado à sua responsabilidade criminal por crimes da competência do Tribunal; ou*
- b) *Não tenha sido conduzido de forma independente ou imparcial, em conformidade com as garantias de um processo equitativo reconhecidas pelo direito internacional, ou tenha sido conduzido de uma maneira que, no caso concreto, se revele incompatível com a intenção de submeter a pessoa à ação da justiça. (grifos nossos).*

Na Argentina¹⁰, no *fallo* 'Mazzeo'¹¹, onde se desconsiderou a coisa julgada baseada em indulto presidencial a crimes contra a humanidade¹², a Corte também referiu (consid. 33) que a revisão das sentenças absolutórias já vinha sendo aceita em sua jurisprudência nos casos de "sentencias fraudulentas, o dictadas en virtud de cohecho, violencia u otra maquinación" ou mesmo "cuando no ha habido un auténtico y verdadero proceso judicial", ou ainda "se reconoce que ha mediado sólo un remedo de juicio".

No caso do Brasil, observa-se que a coisa julgada tem alcance constitucional¹³ (art. 5º, inciso XXXVI) na qualidade de cláusula pétrea, de modo que não admite supressão, nem mesmo por emenda constitucional (ou incorporação de tratado à CF).

De maneira que em princípio tal garantia, baseada nos princípios da segurança jurídica e do *ne bis in idem*, não poderia ser desconsiderada. Para tanto, seria necessário encontrar-se presente uma situação de colisão desse princípio com outro também constitucional, na qual este último merecera um peso maior que aquele em uma análise de ponderação de valores.

10 Onde a garantia da coisa julgada também possui hierarquia constitucional. Antes da reforma de 1994 na Argentina, a cláusula era considerada uma garantia constitucional implícita emergente do sistema republicano e do Estado de direito, sendo que, depois da reforma, passou a ter raiz expressa na Constituição em razão do alcance constitucional que adquiriram os tratados internacionais sobre direitos humanos, destacando-se o PIDCP, art. 14.7 e a CADH, art. 8.4 (conforme Gallego, op. cit. p. 94).

11 CSJN, "Mazzeo, Julio Lilo y otros s/casación e inconstitucionalidad", sentencia de 13 de julio de 2007.

12 35. Que, lo cierto es que, más allá de cuáles son los contornos precisos de la garantía que prohíbe el doble juzgamiento respecto de delitos comunes, en el derecho humanitario internacional los principios de interpretación axiológicos adquieren plena preeminencia, tanto al definir la garantía del *ne bis in idem* como la cosa juzgada.

13 Art. 5º, inciso XXXVI – a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada.

Esse seria o caso do princípio do acesso à justiça (como direito das vítimas) o qual também detém alcance constitucional no Brasil (CF/88 art. 5º, inciso XXXV¹⁴), em caráter de cláusula pétrea, tal qual a coisa julgada.

Em casos de crimes comuns, o respeito à coisa julgada não viola o princípio de acesso à justiça, já que a própria ocorrência da coisa julgada demonstra o exercício do Direito Penal em respeito ao acesso à justiça por parte das vítimas. Ademais, o princípio exerce um papel importante ao impedir o abuso do poder punitivo estatal.

No entanto, em alguns casos (destacando-se os crimes contra a humanidade), em que o Estado que comete o crime se autoprotege e impede o exercício da atividade penal, o princípio de acesso à justiça resulta violado.

Esse princípio pode resultar violado principalmente nos casos em que os processos são instaurados inicialmente e depois arquivados – sem um verdadeiro juízo de mérito – proporcionando o surgimento da coisa julgada.

De maneira que, quando não resulta respeitado o princípio de acesso à justiça, há um conflito com o princípio da segurança jurídica que deve ser resolvido por meio de um juízo de ponderação de modo a determinar qual deve prevalecer no caso concreto.

Para solucionar tal conflito, cabe observar primeiramente se a Constituição determinou previamente qual dos princípios deve ser privilegiado.

Em uma análise sobre a evolução histórica constitucional da ação de “revisão criminal” no Brasil, observa Melo (2007, p. 187-189) que esta esteve prevista em todas as Constituições brasileiras desde a Proclamação da República (com exceção da CF/1937). Segundo o autor, na CF de 1946¹⁵ e inclusive nas anteriores, de maneira expressa se albergava somente a revisão criminal na modalidade *pro reo*.

Entretanto, refere que na CF/1967 pela primeira vez foi suprimida a restrição de uso exclusivo na modalidade *pro reo*, situação mantida pela Constituição atual¹⁶, que resultaria, em tese, permitida a revisão criminal *pro societate*.

Como se pode observar, desde 1967 o poder constituinte originário não determina previamente qual dos princípios (a segurança jurídica ou o acesso à justiça) deve prevalecer em caso de conflito. De maneira que tal eleição, por meio da ponderação de valores, deve ser levada a efeito pelo legislador ordinário, sem prejuízo de que o Judiciário possa fazer um controle sobre a constitucionalidade de tal ponderação.

O legislador ordinário, no Brasil, decidiu a questão por meio do art. 621 do Código de Processo Penal (Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941) que dispõe:

14 Art. 5º, inciso XXXV – a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.

15 Art 101 – Ao Supremo Tribunal Federal compete: IV – rever, em benefício dos condenados, as suas decisões criminais em processos findos.

16 Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: I – processar e julgar, originariamente: j) a revisão criminal e a ação rescisória de seus julgados;

Art. 621 – A revisão dos processos findos será admitida:

I – quando a sentença condenatória for contrária ao texto expresso da lei penal ou à evidência dos autos;

II – quando a sentença condenatória se fundar em depoimentos, exames ou documentos comprovadamente falsos;

III – quando, após a sentença, se descobrirem novas provas de inocência do condenado ou de circunstância que determine ou autorize diminuição especial da pena.

Como se observa, a opção foi muito clara pela segurança jurídica, a respeito da impossibilidade da revisão *pro societate*.

Em princípio, cabe recordar que na Constituição de 1937, conforme acima referido, não estava prevista a “revisão criminal”, de maneira que ao legislar em 1941 o Poder Legislativo fez o juízo de ponderação com total liberdade para eleger qual interesse privilegiar (a segurança jurídica baseada na coisa julgada ou o acesso à justiça).

Dessa maneira, cabe somente ao Judiciário fazer uma análise sobre a constitucionalidade da ponderação realizada pelo legislador, de modo a verificar se a restrição imposta ao acesso à justiça resulta razoável e proporcionada.

Assim, por resultar desproporcionada a restrição ao acesso à justiça, conclui-se que a coisa julgada, em caso de crimes contra a humanidade, deve ser desconsiderada nos casos de decisões baseadas em causas de extinção da punibilidade incorretamente aplicadas, bem como quando resulte comprovada pelo contexto uma protuberante falta de intenção do Judiciário em prestar justiça ao caso (do qual serve como forte indício o fato de o caso resultar julgado por justiça incompetente).

Com relação à segunda hipótese acima referida, entendemos que, em respeito à segurança jurídica, resultaria ainda possível a validade da sentença absolutória proferida por justiça absolutamente incompetente¹⁷, desde que, entretanto, não resulte comprovada pelo contexto uma protuberante falta de intenção do Judiciário em prestar justiça ao caso.

Essa seria a maneira de possibilitar a máxima otimização dos dois princípios em colisão.

De modo que, em uma interpretação conforme à Constituição, o art. 621 do CPP deve ser considerado aplicável com o entendimento de que alberga também o direito à “revisão criminal” em casos de decisões baseadas em causas de extinção da punibilidade incorretamente aplicadas, bem como quando resulte comprovada pelo contexto uma

17 O que vai de acordo com a jurisprudência brasileira (STJ, RHC 17389/SE. Rel. Min. Laurita Vaz, julgamento em 20 de novembro de 2007, DJ de 7 de abril de 2008).

protuberante falta de intenção do Judiciário em prestar justiça ao caso¹⁸. Sob esse prisma, também sentenças condenatórias baseadas em tipos penais mais brandos podem demonstrar tal falta de intenção de prestar justiça, justificando a "revisão criminal" para aumentar a pena.

Outros argumentos a possibilitar a desconsideração da coisa julgada (que não o critério da ponderação de princípios), conforme Suiama (2011), seriam os de que essa não se estende a processos nulos e que não se aplica a crimes permanentes cuja consumação se prolonga posteriormente ao julgamento.

Quanto ao primeiro fundamento citado por Suiama¹⁹, cabe referir o firme entendimento judicial brasileiro no sentido de que a coisa julgada, ainda nula (como no caso de incompetência absoluta do juízo), produz efeitos²⁰.

No entanto, cabe lembrar que a Suprema Corte brasileira admite que não viola a coisa julgada a desconsideração de sentença considerada inexistente, como no caso de sentença absolutória baseada em registro de óbito falso²¹. A esse caso, por analogia, poder-se-iam agregar as sentenças absolutórias baseadas na anistia ou mesmo na prescrição, já que, ao passo que a primeira resultava, desde sempre, inconstitucional e inconveniente para crimes contra a humanidade²², a última nunca existiu para os casos em que se julgavam crimes contra a humanidade. De maneira que a sentença baseada em tais causas de extinção de punibilidade também resultariam inexistentes. Aqui, diferentemente da solução baseada na ponderação de princípios, não é necessária uma revisão criminal, sendo suficiente começar uma nova ação penal já que a anterior decisão se considera inexistente e não necessita ser revisada.

Ademais, segundo a Corte IDH (Caso *Bámaca Velásquez Vs. Guatemala*. Supervisão de cumprimento de sentença, par. 45), as restrições à coisa julgada se aplicam de maneira mais simples aos casos de *sobreseimiento* (casos extintos sem julgamento de mérito), em que não houve uma sentença definitiva sobre a culpabilidade da pessoa. E é isso justamente o que ocorre quando a sentença absolutória se baseia na anistia ou na prescrição.

Por fim, há o argumento de que nos crimes permanentes a coisa julgada não poderia abarcar os atos posteriores à data da sentença absolutória.

18 Sem olvidar que a existência de justiça incompetente serve como forte indicio da protuberante falta de intenção referida.

19 De que são exemplos as decisões da CSJN a respeito da coisa julgada fraudulenta ou coisa julgada irrita (referidas no *fallo* "Mazzeo").

20 Tal situação, entretanto – conforme já referido –, em uma análise de ponderação de princípios pode reforçar a consideração de que houve uma protuberante falta de intenção do Judiciário em prestar justiça, possibilitando a revisão criminal.

21 Nesse sentido, STF, HC 60.095-6-RJ, Rel. Rafael Mayer. DJU, 17 de dezembro de 1982.

22 A respeito da inconstitucionalidade e inconveniente da lei de anistia brasileira, a despeito do decidido pelo STF na ADPF 153, referimos nosso entendimento exposto em Marx (2014, Capítulo IV, item 4), considerando a limitação de espaço no presente artigo.

Nesse sentido dispôs a Cámara Federal de Buenos Aires²³:

Si bien la justicia ya se ha pronunciado sobre dichos acontecimientos históricos, también debe evaluarse qué alcance ha tenido el juzgamiento de esos casos atento a la clase de delito de que se trata. Sobre el punto, es dable aclarar que – como viene sosteniendo esta Cámara – debe estarse al criterio tradicionalmente acogido por la doctrina en el sentido de que en los casos de delitos continuados o permanentes, la garantía del *ne bis in idem* solamente abarca al tramo delictivo que se extiende hasta que la sentencia dictada en el proceso en el que son jugados queda firme, no abarcando al tramo posterior a la firmeza de tal resolución.

La sentencia dictada en la Causa 13/84 adquirió firmeza el 30 de diciembre de 1986, fecha de la decisión adoptada en el caso por la Corte Suprema de Justicia de la Nación [...].

Así, los actos posteriores al fallo firme "...no ingresan en la clausura que provoca el principio *ne bis in idem*, pues ni siquiera de manera hipotética pudieron estar abarcados por él. Sólo esos actos pueden provocar una nueva persecución penal y una nueva decisión, y restará decidir, en caso de dos condenas, de qué manera se puede obtener la sentencia única o la pena única".

Na verdade, não deixa de ser confuso aceitar-se uma absolvição que abarca somente "parte" da consumação de um crime.

De fato, há que se diferenciar dois casos: 1. quando a sentença absolutória (de mérito) conclui que o acusado não cometeu o crime; 2. quando houve um caso de extinção do processo, sem uma sentença definitiva sobre a culpabilidade da pessoa.

No primeiro caso, o eventual processo posterior que se baseasse na constatação de que o crime cometido anteriormente (e pelo qual o acusado foi absolvido) permanece, inevitavelmente confrontaria a firme decisão anterior que negara tal situação.

Já no segundo, não havendo uma sentença de mérito que negasse a prática do crime por parte do imputado, essa não poderia abarcar os fatos posteriores constitutivos de um crime que continua em consumação.

De fato, não obstante a primeira sentença possa haver considerado que tal crime estava prescrito ou anistiado, a nova sentença pode perfeitamente considerar que os atos consumativos posteriores à primeira sentença não resultam prescritos nem abarcados por anistia. Isso seria possível tanto em razão de uma nova interpretação judicial sobre

23 Cámara Federal de Buenos Aires, Sala I, Causa n. 33714 "Videla, Jorge R. s/procesamiento", juzgado 7, sentencia de 23 de mayo de 2002.

a aplicabilidade de tais causas extintivas de punibilidade, quanto em razão de novas leis que estabeleçam a imprescritibilidade dos crimes e a revogação da anistia. De fato, não sealaria da aplicação retroativa dessas novas leis, sendo suficiente sua aplicação aos atos consumativos posteriores a sua entrada em vigor²⁴.

Sendo assim, analisadas as hipóteses jurídicas de descon sideração da coisa julgada para crimes contra a humanidade, resulta necessário analisar os casos concretos brasileiros em que isso resultou ou resultaria aplicável.

3 Casos arquivados ou que geraram decisão absolutória no Brasil

O primeiro caso de aplicação da Lei da Anistia²⁵ no Brasil foi em abril de 1980 em razão de fatos – atos de tortura que terminaram por cegar um preso – cometidos em 1976. O juiz auditor da VI Circunscrição Militar declarou improcedente o pedido de sanção dos fatos baseando-se na Lei da Anistia. Conforme os critérios acima referidos, tal processo poderia ser considerado inexistente, possibilitando sua reabertura.

Ademais, e de maneira ainda mais grave, há que se referir à aplicação da Lei da Anistia a um fato posterior ao prazo de sua aplicabilidade. Em 30 de abril de 1981, alguns militares tentaram detonar bombas em um local onde ocorria um show de música (denominado Caso Riocentro), sendo que dois explosivos falharam ao passo que outro explodiu precocemente no veículo dos militares. Depois de uma tentativa inicial de simular que o atentado teria sido obra dos opositores políticos, o caso foi arquivado de ofício pelo Superior Tribunal Militar, em 1988, declarando-se a extinção da punibilidade em razão da aplicação da anistia (Representação Criminal nº 1.067-7/DF)²⁶. No caso a Lei da Anistia foi considerada pós-ativa, aplicando-se a um fato ocorrido em 30 de abril de 1981, em que pese sua clara limitação aos fatos ocorridos entre 2 de setembro de 1961 até 15 de agosto de 1979.

Por fim, o caso foi reaberto em 1999. Após receber representação da Comissão de Direitos Humanos da Câmara dos Deputados para continuar as investigações, o procurador-geral da República encaminhou o caso para a 2ª Câmara de Coordenação e Revisão do MPF – Procedimento PGR nº 08100.007174/96-39 – que declinou da atribuição para a Procuradoria-Geral da Justiça Militar, onde enfim resultou arquivado.

24 Cabe observar que essa solução se entende aplicável a qualquer tipo de crime permanente, seja ou não crime contra a humanidade.

25 Conforme Mezzaroba (2008), citando José Otto.

26 A Corte militar decidiu no mesmo sentido frente a uma nova solicitação de investigação sobre os fatos, ocorrida em 1996 por meio da Representação Criminal nº 4-0/DF.

Essas decisões foram devidamente enfrentadas pelo Ministério Público Federal. A decisão pelo declínio de atribuição à Procuradoria-Geral da Justiça Militar resultou anulada pela 2ª Câmara em 3 de fevereiro de 2014 em decisão no Procedimento Administrativo nº 1.00.000.016562/2013-42, proporcionando oferecimento de denúncia por parte do MPF no Rio de Janeiro em 2014²⁷.

Em 4 de fevereiro de 1986, no bojo do Inquérito Policial nº 754/80, o então procurador-geral da República arquivou, baseado na prescrição, a investigação sobre o homicídio e a ocultação de cadáver de Maria Augusta Thomaz e Márcio Beck Machado ocorridos em Rio Verde-GO em 1973.

Em 2013, o procurador da República lotado em Rio Verde-GO consultou a 2ª Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal (2ª CCR), que ao final acatou o parecer apresentado por este subscritor como coordenador do Grupo de Trabalho Justiça de Transição, vinculado àquela Câmara, entendendo que o arquivamento ocorrido em 1986 não alcançava os atos consumativos posteriores à data do arquivamento, uma vez que o delito de ocultação de cadáver é crime permanente.

Dessa forma, em 19 de dezembro de 2013, o MPF no município de Rio Verde/GO (Proc. nº 3088-91.2013.4.01.3503) denunciou Epaminondas Pereira do Nascimento pelo crime (previsto no art. 211, do Código Penal) de ocultação dos cadáveres de Maria Augusta Thomaz e Márcio Beck Machado, iniciado em 17 de maio de 1973 e que permanece até os dias atuais. O caso foi posteriormente, entretanto, declinado à Justiça Estadual de Rio Verde-GO.

Sobre os mesmos fatos, posteriormente, a 2ª Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal, no I.C. nº 1.18.003.000011/2013-01, votou pelo acolhimento da sugestão do coordenador do GT Justiça de Transição e posterior encaminhamento do feito à Procuradoria da República no Município de Rio Verde/GO para que fossem também denunciados os anteriores crimes de homicídio praticados contra Maria Augusta Thomaz e Márcio Beck Machado. No entanto, não houve nova ação penal do MPF sobre os fatos.

Em 1992²⁸ o Ministério Público de São Paulo solicitou a abertura de uma investigação (inquérito policial) a respeito do homicídio do jornalista Vladimir Herzog, ocorrido em 1975 nas dependências do DOI/Codi de São Paulo (Destacamento de Operações

27 Em 13 de fevereiro de 2014, o MPF ofertou denúncia (Proc. nº 0017766-09.2014.4.02.5101) contra Wilson Luiz Chaves Machado, Claudio Antonio Guerra, Nilton de Albuquerque Cerqueira, Newton de Araujo de Oliveira e Cruz, Edson Sá Rocha e Divany Carvalho Barros pelos crimes de homicídio doloso tentado, duplamente qualificado pelo motivo torpe e por uso de explosivo (art. 121 § 2º, I e III, c/c art. 12, II, art. 11 e art. 25, todos do Código Penal), transporte de explosivo (art. 253, c/c art. 25, ambos do Código Penal), associação criminosa armada (art. 288, parágrafo único do CP), favorecimento pessoal (art. 348 do Código Penal) e fraude processual (art. 347, parágrafo único, do Código Penal), pela tentativa de atentado à bomba no Riocentro em 1981. As referências aos arts. 11, 12, II e 25 dizem respeito à antiga Parte Geral do Código Penal, vigente à época dos fatos. Os dispositivos correspondem aos atuais arts. 13 § 2º, 14, II e 29, respectivamente, após a modificação da Parte Geral do Código Penal em 1984.

28 Esse caso é citado por Weichert (2009, p. 162-163).

de informações do Centro de Operações de Defesa Interna do II Exército Brasileiro). Em decisão em *habeas corpus*²⁹, a 4ª Câmara do Tribunal de Justiça de São Paulo, com base na Lei da Anistia, determinou o arquivamento do caso. O recurso especial interposto contra essa decisão ao Superior Tribunal de Justiça não foi conhecido por questões processuais³⁰.

Posteriormente, em 2008, após receber representação sobre o caso, o procurador da República da PR/SP requereu o arquivamento (em 12 de setembro de 2008) sob o argumento de que o crime estaria prescrito e de que no caso não se poderia desconsiderar a coisa julgada (não obstante ocorrida em juízo incompetente – no processo iniciado em 1992 que correu na justiça estadual, conforme já referido acima). Ambos os argumentos, coisa julgada e prescrição, foram aceitos pela juíza da 1ª Vara Federal Criminal de São Paulo (Proc. 2008.61.81.013434-2), que determinou o arquivamento do caso em 9 de janeiro de 2009.

Em 28 de abril de 2016, após analisar o Relatório de Mérito nº 71/2015 da Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), relativo ao caso Vladimir Herzog e outros x Brasil (Caso 12.879), o coordenador do Grupo de Trabalho Justiça de Transição, enviou ofício à 2ª CCR solicitando análise sobre o desarquivamento do caso³¹.

O parecer foi recebido pela 2ª Câmara e encaminhado ao MPF em São Paulo para análise. Até o momento não temos informações sobre eventual acolhimento do parecer³².

Em razão desses fatos, em 15 de março de 2018, o Brasil foi condenado pela Corte IDH no caso Herzog e outros Vs Brasil³³, a

[...] reiniciar, com a devida diligência, a investigação e o processo penal cabíveis, pelos fatos ocorridos em 25 de outubro de 1975, para identificar, processar e, caso seja pertinente, punir os responsáveis pela tortura e morte de Vladimir Herzog, em atenção ao caráter de crime contra a humanidade

29 *Habeas corpus* nº 131.798/3-4 – SP, 13.10.92.

30 Entretanto, incidentalmente, o STJ declarou que no caso claramente se demonstrava a extinção da punibilidade por força da anistia (conforme voto do Relator Min. José Dantas).

31 Tanto nos casos de Rio Verde-GO quanto no caso Herzog e no caso de Pernambuco-PE (abaixo referido), os argumentos utilizados para a desconsideração das antigas decisões de arquivamento baseiam-se na inaplicabilidade da coisa julgada ou *ne bis in idem* ao caso, de acordo com o item 85 da sentença da Corte IDH no caso 'Gomes Lund e outros vs. Brasil'. Também é referido o entendimento da Corte IDH (Caso Bámaca Velásquez Vs. Guatemala. Supervisão de cumprimento de sentença, par. 45), de que as restrições à coisa julgada aplicam-se de maneira mais simples aos casos de *sobreseimiento*, em que não houve uma sentença definitiva sobre a culpabilidade da pessoa. E é isso justamente o que ocorre no caso em que as decisões de arquivamento se basearam na anistia ou prescrição. Por fim, também são utilizados outros argumentos, como a inaplicabilidade da coisa julgada aos fatos posteriores à decisão nos casos de crimes permanentes.

32 Cabe referir que em razão desse caso o Estado brasileiro é réu na Corte IDH.

33 CORTE IDH. Caso Herzog e otros Vs. Brasil. Exceções Preliminares, Fundo, Reparações e Custas. Sentença de 15 de março de 2018. Serie C Nº. 353, ponto resolutivo 7.

desses fatos e às respectivas consequências jurídicas para o Direito Internacional [...]

Em situação semelhante, a pedido do procurador da República oficiante na Procuradoria da República de Pernambuco, em 5 de agosto de 2010, a Justiça Federal determinou, com base na Lei da Anistia, o arquivamento do Inquérito Policial 467/2010, em que se investigavam 22 casos de sequestros e homicídios ocorridos no estado de Pernambuco.

Em reunião do dia 18 de agosto de 2014, o colegiado da 2ª CCR acolheu a solicitação do coordenador do GT Justiça de Transição (Processo MPF nº 1.00.000.004363/2014-72), determinando a remessa dos autos à Procuradoria da República no Estado de Pernambuco para que o procurador natural procedesse à análise das teses expostas quanto à possibilidade de instauração de procedimento investigatório para apuração dos crimes mencionados no expediente. No mês de novembro de 2014, de posse da decisão da 2ª Câmara de Revisão, o procurador da República da PR/PE solicitou judicialmente o desarquivamento dos autos. No entanto, a Justiça Federal entendeu que o caso somente poderia ser desarquivado caso houvesse mudança de entendimento do STF na ADPF 153 sobre a Lei da Anistia.

Um caso conhecido de arquivamento judicial, não obstante não baseado na Lei da Anistia ou mesmo no argumento de prescrição foi o da tortura e homicídio do sargento do exército Manoel Raimundo Soares, ocorrido em agosto de 1966. No processo judicial na primeira instância houve uma sentença de impronúncia³⁴, que restou confirmada pela segunda instância em outubro de 1975³⁵. Não tivemos acesso às razões que motivaram a impronúncia.

Outros dois casos interessantes com análise de mérito – em que pese não houve absolvição – devem ser referidos³⁶.

O primeiro, o do sequestro na cidade de Porto Alegre-RS (em novembro de 1978), no âmbito da Operação Condor, do casal Universindo Rodríguez Díaz e Lilian Celiberti, além de seus filhos Camilo e Francesca, cometido por militares uruguaios com apoio de autoridades brasileiras.

Pelo fato, quatro funcionários públicos brasileiros foram processados, sendo dois condenados em primeira instância. Não obstante, ao final do processo, somente um (Orandir Portassi Lucas, conhecido como “Didi Pedalada”) resultou condenado.

34 No Brasil os crimes contra a vida vão a julgamento popular (pelo Tribunal do Júri). Entretanto, para isso, em uma primeira fase processual, o réu deve ser “pronunciado”, o que não ocorreu no presente caso.

35 Conforme Santos (2010, p. 156).

36 A respeito de ambos casos, as informações foram conseguidas com meu amigo Jair Kriskhke, do “Movimento de Justiça e Direitos Humanos”.

O segundo, o do sequestro em Uruguaiana-RS, no âmbito da Operação Condor, com posterior devolução à cidade argentina de Paso de Los Libres (cidade fronteira a Uruguaiana) da cidadã argentina Cristina Gloria Fiori de Vino, com participação de um policial argentino e de dois policiais civis brasileiros de Uruguaiana. Juntamente houve a tentativa de sequestro da argentina-espanhola Margarita Mengol Viñas de Moroz. O fato ocorreu em 17 de novembro de 1979 e por ele os policiais civis brasileiros (Antonio Carlos Rocha e Hélio Alves Peixe) foram processados e condenados em primeira instância (justiça estadual da cidade de Uruguaiana) pelo crime de “abuso de autoridade” (entendendo-se que o crime de sequestro havia sido cometido unicamente pelo policial argentino, não processado na causa). Em segunda instância (Tribunal de Alçada do Rio Grande do Sul, 13 de maio de 1980), a pena resultou abrandada. Ademais, entendeu-se pela inexistência de crime com relação à vítima Margarita Moroz, por se tratar de mera “tentativa inidônea” ou crime impossível.

Respeito ao caso, cabe referir a existência de uma protuberante falta de intenção de punir os fatos, já que obviamente os crimes cometidos pelos policiais brasileiros, em coautoria com o policial argentino, foram os de sequestro de Cristina Gloria Fiori de Vino e de tentativa de sequestro de Margarita Mengol Viñas de Moroz. Ou seja, desconsiderou-se a existência do último crime de sequestro e para o anterior utilizou-se de um tipo penal mais brando para processar.

Como se observa, os únicos casos (ademais de eventuais outros desconhecidos casos julgados) em que caberia uma maior discussão sobre a validade da coisa julgada seriam os casos da tortura e assassinio do sargento do exército Manoel Raimundo Soares, ocorrido em agosto de 1966, dos sequestros de Lilian Celiberti e seus familiares (1978) e de Cristina Gloria Fiori (ademais da tentativa de sequestro de Margarita Mengol Viñas de Moroz, ambos em 1979). Aqui, tendo ocorrido verdadeira sentença de mérito, o único critério aplicável com fins de desconsideração da coisa julgada seria o da ponderação de princípios.

De imediato cabe referir que a prevalência do princípio de acesso à justiça vê-se reforçada em razão do fato de que os juízos ocorreram em justiças absolutamente incompetentes (militar e estadual, respectivamente). No entanto, a situação concreta e os verdadeiros motivos que levaram às referidas sentenças absolutórias³⁷ devem ser muito cuidadosamente analisados antes de se dar uma resposta definitiva sobre a possibilidade de se desconsiderar as respectivas coisas julgadas. Ou seja, a comprovação sobre a protuberante falta de intenção de prestar justiça deve ser cuidadosamente comprovada caso a caso.

37 Ou, no caso do sequestro e tentativa de sequestro ocorridos em Uruguaiana em 1979, o motivo que levou à utilização de um tipo penal menos grave (abuso de autoridade) para a condenação e à absolvição a respeito do crime de tentativa.

4 Conclusão

No presente artigo, foram apresentadas três soluções por meio das quais uma sentença absolutória em crimes contra a humanidade pode ser declarada ilegítima ou ter sua aplicação afastada: a ponderação de princípios, a desconsideração da sentença em casos de processos inexistentes e sua inaplicabilidade a crimes permanentes cuja consumação se prolonga posteriormente ao julgamento.

Com relação à ponderação de princípios (segurança jurídica e acesso à justiça), defendeu-se que, em uma interpretação “conforme à Constituição”, o art. 621 do Código de Processo Penal deve ser considerado aplicável com o entendimento de que alberga também o direito à “revisão criminal” em casos de decisões baseadas em causas de extinção da punibilidade incorretamente aplicadas, bem como quando resulte comprovada pelo contexto uma protuberante falta de intenção do Judiciário em prestar justiça ao caso³⁸. Sob esse prisma, também sentenças condenatórias baseadas em tipos penais mais brandos podem demonstrar tal falta de intenção de prestar justiça, justificando a “revisão criminal” para aumentar a pena.

No que se refere à segunda solução (processos inexistentes), demonstrou-se que a Suprema Corte brasileira admite não violar a coisa julgada a desconsideração de sentença considerada inexistente, como no caso de sentença absolutória baseada em registro de óbito falso. Assim, defendeu-se que o mesmo entendimento, por analogia, poder-se-ia aplicar aos casos de sentenças absolutórias baseadas na anistia ou na prescrição, já que, ao passo que a primeira resultava, desde sempre, inconstitucional e inconveniente para crimes contra a humanidade, a última nunca existiu, para os casos em que se julgavam crimes contra a humanidade. De maneira que a sentença baseada em tais causas de extinção de punibilidade também resultaria inexistente. Aqui, diferentemente da solução baseada na ponderação de princípios, não é necessária uma revisão criminal, sendo suficiente começar uma nova ação penal já que a anterior decisão é considerada inexistente e não necessita ser revisada.

Também se argumentou que nos crimes permanentes a coisa julgada não poderia abarcar os atos posteriores à data da sentença absolutória.

Sem prejuízo disso, foram diferenciadas duas situações: 1. quando a sentença absolutória (de mérito) conclui que o acusado não cometeu o crime; 2. quando houve um caso de extinção do processo, sem uma sentença definitiva sobre a culpabilidade da pessoa.

No primeiro caso, o eventual processo posterior que se baseasse na constatação de que o crime cometido anteriormente (e pelo qual o acusado foi absolvido) permanece, inevitavelmente confrontaria a firme decisão anterior que negara tal situação.

³⁸ Sem olvidar que a existência de justiça incompetente serve como forte indício da protuberante falta de intenção referida.

Já no segundo, não havendo uma sentença de mérito que negasse a prática do crime por parte do imputado, essa não poderia abarcar os fatos posteriores constitutivos de um crime que continua em consumação.

Assim, não obstante a primeira sentença possa haver considerado que tal crime estava prescrito ou anistiado, a nova sentença pode perfeitamente considerar que os atos de consumação posteriores à primeira sentença não resultam prescritos nem abarcados por anistia. Isso seria possível tanto em razão de uma nova interpretação judicial sobre a aplicabilidade de tais causas extintivas de punibilidade quanto em razão de novas leis que estabeleçam a imprescritibilidade dos crimes e a revogação da anistia. De fato, não sealaria da aplicação retroativa dessas novas leis, sendo suficiente sua aplicação aos atos consumativos posteriores a sua entrada em vigor

Enfim, considerando os casos conhecidos (retratados acima) de processos por crimes cometidos pelos agentes do Estado arquivados no Brasil, demonstrou-se como as respectivas decisões judiciais foram ou poderiam ser perfeitamente desconsideradas com base em uma ou mais das soluções apontadas acima.

Conforme o exposto, os únicos casos que gerariam maiores dúvidas jurídicas seriam os poucos em que houve juízo de mérito. Em tal caso o único critério aplicável com fins de desconsideração da coisa julgada seria o da ponderação de princípios. Assim a situação concreta e os verdadeiros motivos que levaram às referidas sentenças absolutórias devem ser muito cuidadosamente analisados antes de se dar uma resposta definitiva sobre a possibilidade de se desconsiderar as respectivas coisas julgadas. Ou seja, a comprovação sobre a protuberante falta de intenção de prestar justiça deve ser cuidadosamente comprovada caso a caso. Mas não se pode olvidar que a prevalência do princípio de acesso à justiça se vê reforçada em razão do fato de que os juízos ocorreram em justiças absolutamente incompetentes.

Mesmo assim, como se observa, os efeitos práticos das tentativas do MPF de desconsideração da coisa julgada não foram os desejados.

Referências

ÁVILA, Humberto Bergmann. **Teoria dos Princípios**. Da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 4. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

GALLEGO, Juan Pablo. **La desaparición forzada de personas en el derecho internacional de los derechos humanos**. Buenos Aires: Ed. Ad-Hoc, 2007.

MARX, Ivan Cláudio. **Justiça de transição**: necessidade e factibilidade da punição aos crimes da ditadura. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

MELO, Jailson José de. Revisão Criminal pro societate: evolução, constitucionalidade e parâmetros normativos. **Em Atuação – Revista Jurídica do Ministério Público Catarinense**, Florianópolis, v. 5, n. 13, p. 185-210, set./dez. 2007.

MEZAROBBA, Glenda. **O preço do esquecimento**: as reparações pagas às vítimas do regime militar (uma comparação entre Brasil, Argentina e Chile). Tese (Doutorado em Ciências Políticas) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008.

SAGÜÉS, Néstor P. Empalmes entre el control de constitucionalidad y el de convencionalidad: la “constitución convencionalizada”. In: VON BOGDANDY, Armin; PIOVESAN, Flavia; MORALES, Mariela. **Estudios Avanzados de Derechos Humanos**. Rio de Janeiro: Ed. Elsevier, Campus Jurídico, 2013.

SANTOS, Roberto Lima. **Crimes da ditadura militar**: responsabilidade internacional do estado brasileiro por violação aos direitos humanos. Porto Alegre: Núria Fabris, 2010.

SUIAMA, Sérgio Gardengui. Problemas criminais da sentença da Corte IDH no caso Gomes Lund: respostas do direito comparado. **Revista Anistia Política e Justiça de Transição**, Brasília, n. 5, jan./jun. 2011.

WEICHERT, Marlon. Responsabilidade internacional do Estado brasileiro na promoção da justiça transicional. 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.

Lista de julgados por países e tribunais internacionais:

ARGENTINA. Corte Suprema de Justicia Nacional (CSJN). **Mazzeo, Julio Lilo y otros s/casación e inconstitucionalidad**. Sentencia de 13 de julio de 2007.

_____. Cámara Federal de Buenos Aires. Sala I, Causa n. 33714 Videla, Jorge R. s/procesamiento. **Juzgado 7, sentencia de 23 de mayo de 2002**.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (STJ). Recurso em *Habeas corpus* 17389/SE. Rel. Min. Laurita Vaz. Julgamento em: 20 nov. 2007. **Diário da Justiça**, 7 abr. 2008.

_____. Supremo Tribunal Federal (STF), *Habeas corpus* 60.095-6-RJ, Rel. Rafael Mayer. **Diário da Justiça da União**, 17 dez. 1982.

_____. Varas Federais. 1ª Vara Federal Criminal de São Paulo. **Proc. 2008.61.81.013434-2**.

_____. Vara Federal de Rio Verde/GO. **Proc. nº 3088-91.2013.4.01.3503**.

_____. Vara Federal do Rio De Janeiro/RJ. **Proc. nº 0017766-09.2014.4.02.5101**.

COLOMBIA. Corte Constitucional de Colombia (CCC). **Sentencia C-004/03**. Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 220 numeral 3º parcial de la Ley 600 de 2000 o Código de Procedimiento Penal. Magistrado Ponente: Dr. Eduardo Montealegre Lynett. Sentencia de 20 de enero de 2003.

CORTE INTERAMERICANA DE DEREITOS HUMANOS (CORTE IDH). **Caso Bámaca Velásquez Vs. Guatemala**. Supervisão de cumprimento de sentença. Resolução. 18 nov. 2010.

_____. **Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile**. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C, n. 42.

PERÚ. Tribunal Constitucional de Perú. Exp. Nº 4587-2004-AATC, **Santiago Martín Rivas**. Sentencia del 29 de noviembre de 2005.

15 RESPONSABILIDADE
CRIMINAL E DIREITO
INTERNACIONAL DOS DIREITOS
HUMANOS

*Emilio Peluso Neder Meyer*¹
*Felipe Guimarães Assis Tirado*²

Resumo: O presente artigo pretende demonstrar como as instituições brasileiras estão alcançando a conclusão de que os crimes perpetrados por agentes do Estado durante a ditadura brasileira de 1964-1985 são crimes contra a humanidade; uma conclusão que se reflete em esparsas decisões judiciais, mas, paradoxalmente, em diversos posicionamentos institucionais. Assim, parte-se de uma abordagem do contexto histórico da ditadura brasileira e das medidas de justiça de transição efetivadas após o período de exceção; uma visão geral de como a responsabilidade criminal por crimes perpetrados por agentes públicos brasileiros foi deixada de lado durante várias décadas, alcançando a decisão do Supremo Tribunal Federal (STF) na ADPF 153, em 2010. Por outro lado, apresenta a condenação do Brasil pela Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH) no caso Gomes Lund, naquele mesmo ano, e a posterior incorporação da noção de crimes contra a humanidade no empreendimento por responsabilização de agentes da ditadura. Em conclusão, o texto expõe a possibilidade de constatar que as instituições brasileiras passaram a expor uma postura interpretativa adequada às exigências normativas do Direito Internacional dos Direitos Humanos em matéria de responsabilização penal individual, ainda que haja resistência por parte de autoridades judiciais.

Palavras-chave: Brasil. Justiça de transição. Ditadura. Anistia. Direitos humanos.

Abstract: *This chapter intends to demonstrate how the Brazilian institutions are reaching the conclusion that the crimes perpetrated by agents of the state during the Brazilian dictatorship of 1964-1985 are crimes against humanity; a conclusion that is reflected in scattered judicial decisions, but, paradoxically, through various postures adopted institutionally. The chapter starts by presenting an approach of the historical context of the Brazilian dictatorship and of the transitional justice measures implemented after the authoritarian period; an overview of how criminal liability for crimes perpetrated by Brazilian public officials has been neglected for several decades, reaching the decision of the Supremo Tribunal Federal (STF) [Brazilian Federal Supreme Court] in ADPF 153, in 2010. On the other hand, the chapter presents the condemnation of Brazil by the*

1 Professor Adjunto da Faculdade de Direito da UFMG e doutor em Direito pela Faculdade de Direito da UFMG. Visiting Researcher no King's College Brazil Institute. Membro do Idejust. Coordenador do Centro de Estudos sobre Justiça de Transição da UFMG (CJT/UFMG). Coordenador da Secretaria Executiva da Rede Latino-Americana de Justiça de Transição (RLAJT) em 2016-2017.

2 Graduado em Direito pela Faculdade de Direito da UFMG. Mestre em Direito pela Faculdade de Direito da UFMG. Membro do CJT/UFMG. Pesquisador Bolsista da RLAJT.

Inter-American Court of Human Rights (IACtHR) in the Gomes Lund case, that same year, and the subsequent incorporation of the notion of crimes against humanity in the struggle for accountability of agents of the dictatorship. In conclusion, the chapter exposes the possibility of finding that Brazilian institutions have come to an adequate interpretive posture to the normative requirements of International Human Rights Law on individual criminal responsibility, even if there is resistance by judicial authorities.

Keywords: Brazil. Transitional justice. Dictatorship. Amnesty. Human rights.

1 Introdução

O campo da justiça de transição é marcado por movimentos adiante e em retrospecto através do tempo, e tal tendência não é diferente no caso brasileiro. A responsabilização por atos do passado, que deveria ter se iniciado imediatamente após a transição fora adiada: no Brasil, a Lei da Anistia, de 1979,³ parecia apagar retroativamente toda a responsabilidade por crimes contra a humanidade⁴ que ocorreram durante a ditadura de 1964-1985. O presente artigo tem como objetivo narrar como uma alteração na postura interpretativa gerou uma transformação acerca da própria compreensão da natureza das violações ocorridas durante o regime ditatorial. Mudanças que se tornaram possíveis em decorrência de uma obstinada demanda por parte de setores da sociedade por responsabilização dos agentes da ditadura, levando ao início do referido processo de responsabilização na esfera institucional, 30 anos após a adoção da Lei da Anistia⁵. Uma lacuna temporal que pode ser explicada por diversos fatores, entre eles, certa indiferença de grande parte da população em relação ao tema e a ausência de políticas públicas ligadas à justiça de transição (ATENCIO, 2014). Recentemente, no entanto, é possível perceber uma alteração em relação a tais posições. A hipótese deste artigo é que as instituições brasileiras estão finalmente passando a reconhecer e se vincular a um “Estado de Direito Internacional dos Direitos Humanos”, paradigma no qual se insere o Estado brasileiro desde a promulgação da Constituição de 1988, vez que a Norma Fundamental reafirma, de forma veemente, seu compromisso com esse sistema inter-

3 Toda a legislação a que se faz referência neste artigo pode ser encontrada no seguinte sítio digital: <<http://www2.planalto.gov.br/acervo/legislacao>>. Acesso em: 15 mar. 2018.

4 Embora se possa argumentar a favor de diferenciações entre graves violações de direitos humanos e crimes contra a humanidade, as concepções foram adotadas como equivalentes para os propósitos deste artigo, apenas opondo-as quando for necessário ao contexto.

5 Para um relato mais aprofundado acerca do processo de justiça de transição brasileiro, ver: . Ditadura e responsabilização: elementos para uma justiça de transição no Brasil (MEYER, 2012); Justiça de transição nos 25 anos da Constituição de 1988 (MEYER; CATTONI, 2014); Justiça de transição em perspectiva transnacional (MEYER, 2016); Justiça de transição e estado constitucional do direito: perspectiva teórico-comparativa e análise do caso brasileiro (TORELLY, 2012).

nacional de proteção aos direitos humanos com a promulgação da Constituição Federal de 1988⁶.

Assim, segundo essa perspectiva, o Estado de Direito, a justiça de transição e o Direito Internacional dos Direitos Humanos (DIDH) são diretamente conectados e, como resultado, os processos de justiça de transição adquirem aspecto global (MCAULIFFE, 2013). Fazendo uso da frase cunhada pela teórica do campo, Ruti Teitel, um *Estado de Direito Humanitário* desenvolvido internacionalmente se tornou uma ferramenta essencial para assegurar que um sistema de democracia e direitos humanos seja efetivado (TEITEL, 2011). Inserido nesse contexto, o caso brasileiro, no qual houve um longo período de demandas por efetivação de medidas de justiça de transição – exigindo a responsabilização criminal devida por crimes contra a humanidade – pode ser situado na perspectiva do que Kathryn Sikkink chama de *cascata da justiça* (SIKKINK, 2011, p. 6). Processo no qual normas são desenvolvidas como resultado de um processo intersubjetivo de grupos de pessoas manifestando o que fora inicialmente suportado por *empreendedores de normas* (indivíduos que buscam que suas ideias se tornem socialmente aceitas). Com o sucesso dessas normas, é possível falar de uma *cascata da norma*. Nesse sentido, a persecução criminal de agentes estatais acusados de violações de direitos humanos é um processo contínuo que vem ganhando força e legitimidade desde os anos 1970 – assemelhando-se a vários fluxos que se combinam para formar uma *cascata da justiça* (p. 8-10).

Assim, é possível concluir preliminarmente que o Brasil possa seguir o padrão de responsabilização individual criminal por crimes contra a humanidade analisando os dados coletados por Sikkink, alcançando a responsabilização de atores da ditadura, ainda que em longo prazo, conforme padrão analisado em outros países latino-americanos⁷. Embora Sikkink tenha dedicado poucas páginas ao Brasil em sua análise de 2011 (p. 141 e 147), ela mencionou a condenação do Brasil pela Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH) no Caso Gomes Lund. Esse evento somado a diversos outros que serão abordados no presente artigo geraram profundas mudanças em relação à compreensão acerca da responsabilização criminal na justiça de transição brasileira. A abordagem normativa que postula a necessidade de responsabilidade penal ficou cla-

6 Nesse sentido: art. 1º, inciso III, art. 4º, inciso I, art. 5º, §§ 1º e 2º, do corpo permanente, e art. 7º do ADCT, todos da Constituição da República; a ratificação de diversos tratados relacionados de direitos humanos desde a promulgação da Constituição; e a reforma efetuada pela Emenda Constitucional 45/2004, elevando ao nível de Emenda aqueles tratados de direitos humanos que fossem aprovados por via de procedimento especial (TORELLY, 2016, p. 214).

7 55% dos processos de responsabilização criminal, no período entre 1979-2009, ocorreram nas Américas, fato que a passagem do tempo não pode evitar, ainda que a média dos anos de persecução criminal do país fossem altos (6,4 anos) e abrangessem períodos mais longos, as famílias mantêm seus esforços ou os aumentam, a partir dos resultados das comissões da verdade (SIKKINK, 2011; SIKKINK; WALLING, 2007). Para um debate sobre os efeitos da responsabilidade criminal em sistemas de direitos humanos, ver: (OLSEN; PAYNE; REITER, 2010); MARK GIBNEY et al., Political Terror Scale 1976-2012. Disponível em: <<http://www.politicalterrorScale.org/>> é possível observar uma escalada dos valores de violações no Brasil, e a redução desses valores em países que passaram por condenações por crimes contra humanidade, como Chile e Argentina.

ra por décadas na perspectiva de ativistas de direitos humanos e grupos da sociedade civil, no país, embora, em um primeiro momento, isso não tenha ocorrido com atores de instituições estatais. A pressão para alinhar os referidos atores, de perspectivas supostamente opostas, pode crescer após um longo período de tempo, e uma abordagem interpretativa do direito pode fornecer uma leitura das normas domésticas guiadas pelo DIDH (TEITEL, 2014)⁸.

O presente artigo pretende demonstrar como as instituições brasileiras estão se adequando à postura interpretativa que compreende que os crimes perpetrados por agentes do Estado, durante a ditadura brasileira de 1964-1985, são crimes contra a humanidade. Essas conclusões emergentes começaram a refletir-se em decisões judiciais e posturas institucionais, em um tipo de prática estatal originada pela ação de vítimas do regime, entidades da sociedade civil e ativistas de direitos humanos (os referidos *empreendedores de normas*). Embora haja poucos casos judiciais, a conclusão alcançada pelo relatório da Comissão Nacional da Verdade (CNV) mostra que será muito difícil para o Judiciário brasileiro negar esse argumento. Nesse sentido, do ponto de vista do Direito Constitucional, tratar os crimes da ditadura como crimes contra a humanidade é possível, devido ao caráter interpretativo do Direito. Por interpretativo, compreende-se o caráter de empreendimento construtivo da norma, no sentido proposto por Ronald Dworkin (2011). Assumindo a diferenciação entre "conceitos" e "concepções", é possível ver que o conceito normativo de anistia, que é extremamente importante para a transição do Brasil, ganhou diferentes concepções ao longo dos anos em que a justiça de transição vem se desenvolvendo. Este artigo propõe que isso significa dizer que, uma interpretação da Constituição de 1988 *articulada*⁹ (JACKSON, 2010) com o Direito Internacional dos Direitos Humanos, ou seja, que trava um diálogo com o DIDH (i.e. condições em que se deu a anistia e, posteriormente, preceitos constitucionais erigidos em 1988 em relação aos direitos humanos), poderia fornecer o campo necessário para uma mudança no consenso presumido de uma anistia para perpetradores de graves violações de direitos humanos durante o regime autoritário¹⁰.

A adequação interpretativa, para além da previsão normativa, ao Direito Internacional dos Direitos Humanos pode revelar que a anistia adequada não garante impunidade aos perpetradores, mas garante a efetividade de investigação e julgamento de crimes contra a humanidade. Nesse sentido, a abertura aos processos interpretativos é funda-

8 Recomenda-se, ainda, em relação a essa discussão: GONZÁLEZ-OCANTOS (2017).

9 "Se a postura de resistência é inicialmente interessada com a particularidade nacional, e a postura de convergência com criar ou aderir a uma ordem legal harmonizada, esta terceira postura [articulação] é inicialmente interessada com os elementos auto reflexivos do julgamento constitucional. A articulação é fundada nos compromissos com a deliberação judicial e sua abertura para possibilidades de harmonia ou dissonância entre a auto compreensão nacional e normas transnacionais." (JACKSON, 2010, p. 71).

10 Importante ressaltar, com Sikkink que "Apesar de eu equiparar as leis de anistia com impunidade, nem todas as leis de anistia indicam a impunidade" (2011, p. 145), havendo leis de anistia que devem, de fato, ser reputadas válidas.

mental, especialmente porque, como se pretende demonstrar, os atores institucionais e da sociedade civil se adequaram ao paradigma que estabelece que os crimes da ditadura sejam crimes contra a humanidade. Assim, tais crimes sempre violaram costumes internacionais, normas e obrigações *jus cogens*¹¹ – de caráter *erga omnes*¹² – e nenhuma prescrição, anistia ou estatuto de limitações podem evitar a punição pelos atos cometidos.

Assim, visando alcançar os objetivos deste trabalho, o artigo é seccionado da seguinte forma: a) uma abordagem do contexto histórico da ditadura brasileira e das medidas implementadas após o regime autoritário; b) um panorama de como a responsabilidade criminal por crimes perpetrados por agentes do Estado foi deixada de lado durante as décadas de 1980, 1990 e 2000; c) uma breve análise do Supremo Tribunal Federal (STF) no julgamento da ADPF 153, em 2010; d) um exame da condenação pela Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH) no Caso Gomes Lund (Corte IDH, 2010); e) uma exposição da recente necessidade de cumprir a decisão da CteIDH e a incorporação da noção de crimes contra a humanidade no Brasil; f) a apresentação do novo desafio que o STF enfrenta com a APDF 320; e g) a posição da CNV em seu relatório final, como um reforço institucional à postura defendida ao longo do artigo. Por fim, o artigo pretende demonstrar que é possível verificar uma postura interpretativa de maior *articulação* entre as instituições brasileiras e as exigências normativas do DIDH, em relação à responsabilidade individual criminal por crimes contra a humanidade perpetrados durante a ditadura.

2 Uma breve visão geral acerca da ditadura brasileira de 1964–1985 e as medidas de justiça de transição efetivadas no Brasil

Embora conhecida como uma “ditadura militar”, é crescente no Brasil o consenso de que a estrutura que se formou após o golpe de 1964 teve forte apoio civil, sendo mais adequado o termo “ditadura civil-militar” (SCHNEIDER, 2014). Essa composição era bem mais adequada para combater a oposição política, em clara violação de várias normas

11 Normas de *jus cogens*, normas peremptórias, isto é, regras que existem independentemente da vontade dos Estados e legisladores, não havendo possibilidade de “protesto, reconhecimento e aquiescência [em relação ao conteúdo de tais normas]; [de forma que] prescrição não pode purgar este tipo de ilegalidade” (SHAW, 2008, p. 512). Tal conceito fora estabelecido pelo Artigo 53 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados de 1969 (ONU, 1969).

12 Uma obrigação *erga omnes*, por sua vez, é uma obrigação que tem efeito estendido a todos, o conceito foi desenvolvido a partir da decisão do Tribunal Internacional de Justiça no chamado Caso Barcelona Traction, Light, and Power Company, Ltd de 1970, no qual a corte afirmou que “[há] preocupação de todos os Estados em razão da importância das obrigações envolvidas, o que significa que todos os Estados podem ser considerados como tendo um interesse legal em sua proteção.” (DE WET, 2013). (Barcelona Traction, Light e Power Company, Limited, Bélgica v Espanha (Nova Aplicação, 1962), Bélgica v Espanha, Exceções Preliminares, Acórdão [1964] Rep. 6 do ICJ, ICGJ 151 (ICJ 1964), 24 de julho de 1964, Corte Internacional de Justiça [ICJ]).

do Direito Internacional e até mesmo da própria legalidade autoritária imposta pelo regime – por meio do que denominou "atos institucionais" e "atos complementares"¹³. Em relação à repressão efetivada por tal regime, o relatório da CNV, publicado em 12 de dezembro de 2014, mostra, por exemplo, que a tortura ocorreu antes, durante e após o golpe, tornando-se parte das instituições de repressão a partir da instauração do regime (BRASIL, 2014). De fato, o relatório demonstrou que a tortura não era uma prática restrita ou excepcional usada pelas forças policiais, mas uma política baseada na segurança nacional e na guerra contra o terrorismo.

Com o golpe contra o presidente João Goulart, os ditadores mantiveram o aparato repressivo que fez uso de censura, detenções ilegais, tortura, violência sexual, violência contra crianças, violência de gênero, violência baseada na orientação sexual, desaparecimentos forçados e execuções extrajudiciais, tanto dentro quanto fora do território brasileiro, contra sua população civil e contra estrangeiros, de maneira ampla, geral e sistemática (BRASIL, 2014, p. 275). Logo, a estrutura ganhou força com a Operação Bandeirantes, uma operação combinada entre o Exército, a Marinha, a Força Aérea, e as Polícias Civil e Militar dos estados federais, financiada por empresários, ocorrida em São Paulo a partir de 1969. Operação que fora responsável pela criação de Destacamentos de Operações de Informações – Centro de Operações de Defesa Interna DOI-Codi. Instituições que eram conectadas por uma cadeia de comando ligada aos ditadores, permitindo-lhes o comando da prática de graves violações dos direitos humanos, conforme aponta o relatório da CNV (BRASIL, 2014, p. 111).

Historicamente, pode-se dividir o regime em três fases: a) do golpe até a consolidação do novo regime; b) após o Ato Institucional nº 5, de 1968, um ato político pelo qual o regime se tornou ainda mais rígido, suspendendo, por exemplo, o mandado de *habeas corpus* em casos de crimes políticos; e c) a partir de 1974, quando o regime estava sob pressão da sociedade civil e em resposta tentou controlar o caminho para a democracia, no que foi chamado pelo ditador Ernesto Geisel de "abertura lenta e gradual"¹⁴. A ditadura civil-militar acabou em 1985, com a referida tentativa final de controlar a transição para a democracia (BRASIL, 2007, p. 21). O relatório da CNV aponta para mais de oito mil vítimas ao longo do regime autoritário (BRASIL, 2014, p. 963; v. 2, p. 248), bem como milhares de perseguidos (civis e militares), detidos ilegalmente, exilados, bem como indivíduos que tiveram seus mandatos cassados e direitos políticos suspensos (BRASIL,

13 Por legalidade autoritária, referimo-nos aos meios utilizados por um regime autoritário no esforço de aparentar que seus atos de facto estão de acordo com a lei. Para o conceito de legalidade autoritária, ver PEREIRA (2005).

14 Existe uma vasta literatura sobre a história da ditadura brasileira, visando ao objetivo deste trabalho, a partir de um ponto de vista mais constitucional e legal, indicamos BARBOSA (2012).

1985)¹⁵. Por fim, tendo em vista o objeto deste artigo, vale a pena notar que o relatório da CNV indica os nomes de 377 funcionários estatais envolvidos na perpetração de crimes contra a humanidade durante a ditadura brasileira, dos quais, ao menos 100 ainda estariam vivos.

Um dos marcos mais importantes para a transição brasileira foi a Constituição de 1988. A Constituição incorporou várias demandas da sociedade civil que haviam sido dirigidas à anistia a oponentes políticos em 1979 e às eleições diretas presidenciais mal-sucedidas em 1985. A CF de 1988 abordou a questão da anistia de maneira diversa à da Lei da Anistia de 1979, que visava estabelecer uma anistia para agentes da repressão. Ao fazê-lo, a Constituição estabeleceu uma anistia que permitiria a responsabilização criminal, ainda que empreendida posteriormente àquele momento. Tal concepção, regida pelo DIDH, nunca poderia autorizar uma anistia ampla para crimes contra a humanidade. Esse seria um exemplo que demonstra como o conceito de anistia poderia adquirir uma nova concepção, refinada devido às exigências da justiça de transição, muito no sentido do que Dworkin propõe para conceitos interpretativos. Essas concepções específicas estão em oposição a anistias gerais, no que diz respeito a crimes contra a humanidade, em razão de um valor particular atribuído a essas violações¹⁶. Dessa forma, uma postura interpretativa de *articulação* com o DIDH obsta uma compreensão que autorize o perdão para crimes contra a humanidade.

Ainda em relação às medidas de justiça de transição, um dos elementos mais importantes a se observar é o programa de reparações (ABRÃO, TORELLY, 2011). As reivindicações das vítimas e seus parentes são organizadas pela Comissão de Anistia do Governo Federal estabelecida pela Lei nº 10.559, de 2001; posteriormente, as demandas são avaliadas e, caso consideradas procedentes, são efetivados pagamentos compensatórios e uma retratação por parte das autoridades estatais. Além disso, a efetivação do direito à verdade e à memória é manifesta com a criação da CNV, que iniciou suas operações em maio de 2012¹⁷. Posteriormente, diversas outras comissões foram estabelecidas por diferentes estados da Federação e pela sociedade civil, e uma lei que tentava garantir

15 Sugerimos ver, ainda, o relatório da Comissão Especial sobre Mortos e Desaparecidos Políticos da Presidência da República, p. 34.

16 Tradução livre: Nós não concordamos sobre o que torna um ato justo ou injusto, certo ou errado, uma invasão de liberdade ou intangível. Também não concordamos sobre qual resposta, se houver, seria requerida ou justificada por uma atribuição correta do conceito. Mas nós concordamos suficientemente sobre o que consideramos serem as instâncias paradigmáticas do conceito, e paradigmas de casos de reações apropriadas àquelas instâncias, para nos permitir argumentar, de um modo inteligível para os outros que compartilham o conceito conosco, que uma caracterização particular do valor ou desvalorização justifica melhor esses paradigmas compartilhados (DWORKIN, 2011, 161).

17 A CNV encontrou algumas dificuldades no curso de suas operações. Depois de exigir que as Forças Armadas entregassem documentos relacionados com o aparelho de repressão, as instituições militares, subordinadas ao Ministério da Defesa, instalaram procedimentos administrativos para investigar os fatos. No entanto, a conclusão foi que as supostas violações de direitos humanos não eram praticadas no chamado DOI-Codi e outros ramos, uma vez que esses departamentos não eram usados com "desvio de propósito". A CNV respondeu imediatamente, lamentando tais conclusões.

direito de acesso a informações mantidas pelas autoridades estaduais foi aprovada¹⁸. Vale ressaltar, ainda, no que diz respeito à efetivação do mecanismo transicional de memória e verdade, a criação da Comissão Especial sobre Mortos e Desaparecidos Políticos, instituída pela Lei nº 9.140, de 1995. Todos esses passos foram importantes para a transição brasileira, no entanto pouco se fez no que diz respeito a expurgos e reformas institucionais, e em relação à de responsabilidade penal de agentes que colaboraram ou agiram em nome da ditadura civil-militar de 1964-1985¹⁹.

3 O debate acerca de medidas de responsabilização criminal dos agentes da ditadura

A empreitada de processar e condenar os perpetradores de violações de direitos humanos durante o período da ditadura foi historicamente banida por uma interpretação problemática da chamada Lei da Anistia de 1979 (Lei nº 6.683, de 1979). O primeiro objetivo dessa lei era assegurar anistia a todos os opositores políticos do regime (LESSA et al., 2014)²⁰: vários grupos da sociedade civil exigiram que opositores políticos que tivessem sido perseguidos, condenados ou exilados deveriam ser libertados ou autorizados a voltar ao Brasil (SCHNEIDER, 2011). Apesar da pressão desses grupos sociais, a ditadura civil-militar conseguiu aprovar, no Congresso Nacional, por uma pequena maioria, uma norma elaborada pelas autoridades executivas que continha a frase “crimes conexos” (BRASIL, 1979). O acréscimo de tal termo possibilitaria que autoridades do regime democrático chegassem à conclusão de que não haveria possibilidade de investigar, processar e condenar os agentes que haviam agido em nome da ditadura.

À medida que a transição ocorreu, com a convocação de uma Assembleia Constituinte em 1987-1988 estabelecendo a Constituição de 1988, muitos fatos constituíram uma barreira à persecução criminal e a outros elementos da justiça de transição. Como observado, mesmo as medidas postas em prática pela própria Constituição, como um programa de reparações, foram iniciadas apenas vários anos após a aprovação da nova Lei Fundamental; isto é, quando a própria Constituição estabeleceu direitos para os opositores políticos, exigiu uma promulgação de lei que, naturalmente, dependeria de maio-

18 Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011.

19 Para a relação entre punições individuais e reforma institucional, ver FERNANDO, Basil. Editorial: Institutional Reforms as an Integral Part of a Comprehensive Approach to Transitional Justice. *International Journal of Transitional Justice*, v. 8, issue 2, p. 187-193, July 2014.

20 Pretendia-se alcançar a concepção tradicional de anistia. Na Constituição Federal de 1988, essa concepção foi fortalecida de modo a referir-se apenas à situação daqueles que combateram a ditadura e que agora seriam reconhecidos como “anistiados políticos”.

rias do Congresso (a maioria dos quais não estava particularmente preocupada com esses direitos)²¹. Nesse sentido, enquanto Sikkink aponta que “[o] Brasil parece ser o único caso em que tenha tido sucesso em fazer o uso de reparações como um substituto para perseguição criminal ao responder a demandas de vítimas” (2011, p. 144), é importante ressaltar que o programa de reparações, de caráter não apenas econômico mas também simbólico, foi fundamental para promoção de ações sobre a verdade e a justiça. As contínuas batalhas por justiça das famílias, vítimas e resistentes demonstram que essa questão mantinha sua relevância com o passar dos anos. Nesse sentido, a definição legal de vítimas de desaparecimento forçado só fora estabelecida pela Lei nº 9.140, de 1995, que também reconhecia a responsabilidade civil da União Federal pelas mortes e desaparecimentos ocorridos. Ao mesmo tempo, iniciativas de perseguição criminal individual ocorreram nas décadas de 1980 e 1990, no curso dos quais a Lei da Anistia de 1979 foi sistematicamente invocada para erigir um muro que obstava tais iniciativas (e.g. o caso do jornalista Vladimir Herzog).

Após o fim da ditadura, o trabalho de vários grupos da sociedade civil conseguiu manter a responsabilidade criminal dos agentes públicos na agenda política. Logo após a aprovação da Lei da Anistia em 1979, o Comitê Brasileiro pela Anistia (CBA), uma associação de comitês da sociedade civil de vários estados declarou que a luta deveria continuar e exigiu que a responsabilidade dos perpetradores fosse reconhecida (MEZAROBBA, 2003, p. 66). Vários anos depois, em 1995, outras associações deram seu apoio a instituições e famílias que haviam processado o governo brasileiro na Comissão Interamericana de Direitos Humanos por fatos relacionados à Guerrilha do Araguaia. A representação teve como cossignatários a Human Rights Watch, o grupo Tortura Nunca Mais e a Comissão de Familiares de Mortos e Desaparecidos Políticos – Instituto de Estudos sobre a Violência do Estado. No entanto, no âmbito interno, as demandas dos grupos que se esforçavam em efetivar a responsabilização penal dos agentes da ditadura não foram atendidas pelos atores institucionais. Nem investigações nem ações penais foram desenvolvidas em um grande número de casos, desde que a atual Constituição foi adotada. Postura similar aos anos anteriores à promulgação de Constituição, provavelmente por causa do suposto consenso sobre os efeitos da anistia. Felizmente, tais fatos nunca obstaram a luta encampada por grupos da sociedade civil.

Em 2007, a Comissão de Anistia começou a debater com as autoridades e grupos da sociedade civil sobre as medidas que poderiam ser tomadas para efetivar a responsabilização criminal individual no contexto da justiça de transição no Brasil (ABRÃO et al., 2009, p. 14). Como resultado de anos de debates propostos pela sociedade civil, encampados pela CA, a ADPF 153 fora proposta na mais alta Corte do Brasil, o STF, pelo

21 A referida Lei nº 10.559, de 13 de novembro de 2001, uma especificação do art. 8º do ADCT da CF de 1988.

Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil²². Assim, o Tribunal foi conclamado a reinterpretar uma lei anterior à Constituição de 1988 de acordo com a nova norma fundamental, usando um tipo de decisão chamada “interpretação conforme a Constituição”²³. O argumento apresentado pelos demandantes era que a Constituição de 1988 não poderia tolerar uma lei que anistiasse graves violações de direitos humanos, de modo que era necessário analisá-la sob uma nova ótica.

4 A decisão do Supremo Tribunal Federal na ADFP nº 153

O julgamento finalmente ocorreu em 28 e 29 de abril de 2010 (BRASIL, 2010). Na época do julgamento, os ministros Joaquim Barbosa e Dias Toffoli não participaram, respectivamente, por estar em licença médica e por haver arguido o caso em defesa do Governo como advogado-geral da União. O tribunal rejeitou a ADFP em uma maioria constituída pelos votos dos ministros Eros Grau (cuja opinião foi reiterada por vários magistrados que formaram a maioria, com alguns argumentos adicionais), Cármen Lúcia, Ellen Gracie, César Peluso, Gilmar Mendes, Marco Aurélio e Celso de Mello. Os ministros Ricardo Lewandowski e Ayres Britto divergiram. O Tribunal adotou uma espécie de autocontrole judicial, afirmando que qualquer revisão da Lei da Anistia deveria ser feita pelo Congresso Nacional. De maneira discutível, referiu-se a decisões dos Tribunais Supremos do Chile e da Argentina. Entretanto, não houve menção ao fato de que a Suprema Corte chilena agora reconhece uma “prescrição gradual” (i.e. limitação) para admitir que a responsabilidade daqueles envolvidos na repressão pelo Estado pode ser reconhecida, ou seja, determinando certos limites à definição de punições, mas permitindo-as (NEIRA, 2010). Também não foi exposto que na Argentina houvera prévio reconhecimento judicial – embora apenas por juízes de primeira instância – da invalidade das normas de anistia (Ponto Final e Obediência Devida) antes de o Congresso Nacional revogar essas normas por meio da Lei nº 25.779, de 2003 – nulidade confirmada pela Suprema Corte daquele país, em 2005.

Os votos da maioria, seguindo o do ministro Eros Grau, empenharam-se em enfatizar que o que ocorrera em 1979 no Brasil foi uma espécie de “acordo político” entre as forças que dominaram a arena política e as forças que confrontam o poder estatal, principalmente aquelas que entendiam que uma luta armada era o único caminho a se seguir. O citado “acordo político” foi visto como um dos principais fatores na facilitação da tran-

22 Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=2644116>>.

23 Ver: MEYER (2008).

sição brasileira e, como resultado, não seria legítimo desfazer esse acordo – narrativa que produz uma ampla releitura da história brasileira²⁴. De fato, sabe-se que a ditadura, usando seu aparato repressivo, já havia desmantelado grande parte da oposição política armada, restando uma espécie de oposição consentida, formada pelo Movimento Democrático Brasileiro (MDB). De 1975 a 1979, vários grupos da sociedade civil discutiram nas ruas sobre a promulgação de uma lei de anistia, esperando que isso resolvesse o problema de muitos presos políticos e exilados.

O general Figueiredo, chefe de Estado naquele período, compreendia a anistia como uma espécie de "favor" dado por seu governo a adversários indignos. De fato, uma provisão na Constituição de 1969 (art. 57, VI) estabeleceu ao presidente a competência de enviar ao Congresso Nacional qualquer projeto de lei que discutisse anistia. O projeto inicial foi elaborado pelo secretário da Justiça, Petrônio Portella, que usou a frase "crimes conexos" – uma frase que havia sido usada em leis anteriores de anistia no Brasil. Dessa forma, além de não reconhecer explicitamente sua própria culpa, o regime aprovou uma autoanistia. Todas as etapas da deliberação no Congresso Nacional foram acompanhadas de perto pelo governo. Todas as importantes emendas legislativas propostas pelos parlamentares foram rejeitadas e o projeto de lei favorecido pelo governo e por grupos mais conservadores foi aprovado por uma maioria muito restrita.

Como podemos ver, a ideia de um pretenso "acordo político" é uma rejeição de todos esses fatos e também de outro aspecto importante: naquele período, o menor indício de anistia era considerado como positivo pelos grupos da sociedade civil que estavam pressionando para uma solução; em outras palavras, o projeto de lei presidencial era melhor do que nada, o que não significa que foi um acordo negociado entre as partes envolvidas²⁵. É muito problemático sustentar, como faz a decisão do STF, que a então chamada anistia ampla, geral e irrestrita significasse uma anistia recíproca ou bilateral; o governo de Figueiredo não queria tal anistia, já que planejava excluir alguns "crimes de sangue" supostamente perpetrados pela oposição política de qualquer anistia. De fato, isso é parcialmente o que aconteceu, como podemos ver no art. 1º, § 2º, da Lei da Anistia, bem como em outras regras que negam anistia a certos opositores militares ao regime, como aqueles que foram finalmente condenados por tribunais militares²⁶. De qualquer forma, não há dúvida de que a obrigação do STF de interpretar a lei no sentido exigido

24 Para uma perspectiva crítica acerca deste momento histórico, focada nos movimentos sociais que reivindicam a promulgação da Lei da Anistia (mas, obviamente, não para a autoanistia), ver Heloísa Greco, *Dimensões Fundacionais da Luta pela Anistia* (2003) (Tese de doutorado não publicada da Universidade Federal de Minas Gerais, arquivada na Biblioteca da UFMG).

25 A situação na época impedia qualquer tipo de compromisso justo e essa é a razão pela qual tal conceito não pode ser aceito hoje – não se tratando de uma anistia bilateral. Ver Schneider, 2011.

26 Assim, em 1979, logo após a aprovação da Lei da Anistia, vários opositores políticos foram anistiados, mas muitos outros, incluindo os acusados de "crimes de sangue", tiveram de esperar por anos de decisões judiciais que estendessem a anistia a eles.

pela Constituição Brasileira de 1988 e pelas normas de Direito Internacional dos Direitos Humanos não pode ser simplesmente anulada.

Um último argumento utilizado pela maioria – em especial no voto do ministro Gilmar Mendes – deve ser enfatizado. Assumindo que houve um “acordo político” em relação à lei, foi mencionado que o texto discutido pelo Tribunal (“crimes conexos”) havia sido explicitamente adotado pela Emenda Constitucional nº 26, de 1985, que convocou a Assembleia Nacional Constituinte de 1988. Assim, argumentou-se, a Constituição de 1988 fora fundada sobre esse “acordo político”, o que significava que não haveria possibilidade de revisão do acordo, se não por meio de uma nova Constituição. Devemos acrescentar que a Emenda Constitucional nº 26, de 1985, em seu art. 4º, afirma explicitamente que a anistia deve ser concedida apenas aos punidos ou processados nos casos de exceção e em razão dos chamados atos institucionais ou complementares. É claro que, uma vez que nenhum dos perpetradores foi processado ou punido sob qualquer lei, eles não poderiam ser considerados elegíveis para serem anistiados. Em conclusão, de acordo com a interpretação da maioria, a Constituição de 1988 nunca permitiria a responsabilização penal de agentes públicos que perpetraram graves violações dos direitos humanos – para que isso acontecesse, outra Constituição deveria ser promulgada.

O fato de que dois ministros divergiram da maioria é digno de nota. Seu argumento principal era que a frase “crimes conexos” não pode ser interpretada como crimes perpetrados por agentes públicos. Esses agentes não podiam lutar contra o regime. Como poderiam os seus crimes estar logicamente ligados aos crimes políticos perpetrados pelos opositores do regime? De fato, os crimes políticos são aqueles cometidos para combater o governo, não para defendê-lo. Não poderia ter havido nenhum acordo teológico entre aqueles que lutaram e aqueles que apoiaram o regime. Essa decisão foi fundada em vários precedentes do próprio STF²⁷.

Ao analisar a decisão do tribunal, é possível concluir ao menos três aspectos equivocados: O primeiro foi mencionado por uma das opiniões divergentes: o fato de que uma norma, o art. 8º do ADCT, havia explicitamente modificado o conceito do que instituía a Constituição, recebendo a anistia, apenas em relação àqueles que lutaram contra o regime ou foram perseguidos por ele. Essa regra constitucional poderia dar um significado completamente diferente à Lei da Anistia²⁸.

Em segundo lugar, o tribunal acabou por distorcer várias decisões da Corte IDH (como no Caso *Almocinad Arellano*, por exemplo), mencionando-as apenas quando pa-

27 Por exemplo, ver Supremo Tribunal Federal, Extradicação nº 1.085 (2009). Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=610034>>. Acesso em: 23 jul. 2014.

28 Para uma exposição sobre o conceito de anistia no Brasil e suas múltiplas concepções, ver ABRÃO, Paulo; TORELLY, Marcelo. Transformaciones del concepto de amnistía en la justicia de transición brasileña: la tercera etapa de la lucha por la amnistía. **Revis-ta jueces para la democracia**, v. 77, p. 95-109, 2013.

receu favorável à opinião de que a "anistia de duas vias" deveria prevalecer. Dizia-se, por exemplo, que o caso brasileiro era de uma anistia recíproca, não uma autoanistia. Esse último tipo de anistia já havia sido rejeitado pela Corte IDH, mas o STF sustentava que, ao postular uma anistia recíproca, poderia ignorar as decisões do tribunal regional.

Terceiro, o tribunal não estava de acordo com suas próprias decisões em casos de extradições exigidas com base na perpetração de desaparecimento forçado: já havia sido decidido, na Extradução nº 974 (e a mesma decisão se aplicaria a outro caso após o julgamento de ADPF nº 153, a Extradução nº 1.150), que se considera que esse tipo de crime é de natureza continuada, até que o fato seja minuciosamente investigado ou o paradeiro da vítima seja definitivamente determinado²⁹. Com base nesses argumentos, o STF decidiu a favor da extradição de oficiais militares argentinos. É possível perceber que o Tribunal não se preocupou com a coerência ou integridade de seus julgamentos: naquelas extradições, uma antes e outra depois do julgamento da ADPF 153, as reivindicações da Argentina de extraditar funcionários acusados de crimes perpetrados durante sua ditadura foram procedentes – a discussão sobre os estatutos de limitações fora aventada nos casos citados, entretanto, os ministros colocaram argumentos como prescrição à parte, considerando a natureza permanente dos crimes de desaparecimento forçado.

5 Direito Internacional dos Direitos Humanos no Brasil: a decisão da Corte Interamericana de Direitos Humanos no caso Gomes Lund

Poucos meses após a decisão do STF, a Corte IDH se pronunciaria em relação ao Caso Gomes Lund (Corte IDH, 2010). A fim de coletar mais informações e tentar encontrar os corpos dos partidários que ali morreram, suas famílias entraram com uma ação contra o Governo Federal em 1982, em um procedimento que durou décadas. Com base no fato de que houve uma negação de jurisdição, as famílias, apoiadas por grupos da sociedade civil brasileira (como mencionado acima), o Centro pela Justiça e o Direito Internacional (Cejil) e a Human Rights Watch processaram o governo brasileiro na Comissão Interamericana de Direitos Humanos. Esse procedimento durou até março de 2009, quando a Comissão Interamericana remeteu o procedimento à Corte IDH. Embora vá-

29 Ver Supremo Tribunal Federal, Extradução nº 974 (2009), Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=606492>>; Supremo Tribunal Federal, Extradução nº 1.150 (2011), Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=624223>>. Essa compreensão só mudaria em 2016, quando a Corte se recusou a extraditar Salvador Siciliano, acusado de crimes contra a humanidade, para a Argentina. Ver Supremo Tribunal Federal, Extradução nº 1.362 (2016), Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4629138>>.

rios funcionários do governo brasileiro argumentassem que os processos por violações graves dos direitos humanos deviam ocorrer, outros abraçaram o argumento do "acordo político"; esse também seria o argumento predominante nos procedimentos perante a Corte. Além disso, alegou-se que a Corte IDH não possuía jurisdição sobre eventos ocorridos antes de 1998, ano em que o Brasil assinou o tratado reconhecendo a jurisdição da Corte.

A Corte IDH determinou que os eventos ocorridos na região do Araguaia foram suficientemente comprovados. Sessenta e duas pessoas desapareceram e, mais de 38 anos depois, nada havia sido feito pelo governo brasileiro para encontrar as vítimas. Além disso, a promulgação da Lei nº 9.140, de 1995, reconhecendo os óbitos e desaparecimentos ocorridos durante a ditadura, constituía própria prova dos fatos. A Corte IDH também enfatizou as múltiplas violações dos direitos humanos que o desaparecimento forçado acarretou. Ficou claro para o tribunal que, do ponto de vista da lei penal, o crime de desaparecimento forçado é de prática contínua até que os restos dos desaparecidos sejam encontrados ou o paradeiro das supostas vítimas seja determinado.

O desaparecimento forçado é, nesse sentido, um crime permanente ou continuado. Para garantir a aplicação da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, os Estados têm o dever de investigar graves violações de direitos humanos. Discutindo de maneira direta a decisão do STF, a Corte IDH criticou todos os argumentos mencionados acima e afirmou claramente que as leis de autoanistia são inválidas. Não havia dúvida, para a Corte, de que a Lei da Anistia Brasileira de 1979 era uma lei de autoanistia — O Estado brasileiro havia, pois, violado os direitos das vítimas e seus familiares a uma proteção judicial adequada e à integridade física.

O acórdão da Corte IDH afirmou que o Brasil deveria investigar, processar e julgar todos os desaparecimentos forçados ocorridos no Araguaia. Várias outras medidas foram previstas, incluindo a possibilidade de tratamento psicológico para as famílias das vítimas, o reconhecimento público da responsabilidade do Estado e o estabelecimento de um programa de reparações. Assim, no contexto do Sistema Interamericano de Direitos Humanos, a Lei da Anistia já não pode ser um obstáculo para investigar e punir graves violações de direitos humanos cometidas durante a ditadura.

6 Instituições brasileiras e crimes contra a humanidade perpetrados durante o regime autoritário

Algumas medidas decretadas pela Corte IDH foram efetivadas: a União Federal brasileira pagou indenizações a algumas das vítimas e deu publicidade ao caso, conforme

ordenado pelo tribunal, ainda que de forma restrita. Assim, a omissão de parte das autoridades brasileiras perante a decisão da Corte IDH levou a uma nova decisão, na qual se estabeleceu a necessidade de supervisionar a realização da condenação anterior, publicada em 17 de outubro de 2014. Nessa decisão superveniente, o tribunal declarou que:

[o] Brasil não pode opor decisões adotadas no âmbito interno como justificativa de seu descumprimento da sentença proferida por este tribunal internacional de direitos humanos, nem sequer quando tais decisões provenham do tribunal da mais alta hierarquia no ordenamento jurídico nacional³⁰.

Em relação à responsabilização dos agentes do regime, o Ministério Público Federal estabeleceu um plano de trabalho que se tornou política institucional³¹, assumindo os argumentos da Corte IDH no caso Gomes Lund, embasados, ainda, pelo DIDH e, conseqüentemente, o campo da justiça de transição. Nesse sentido, ao menos 28 denúncias foram propostas, e, destas, cinco foram inicialmente aceitas por juízes individuais³², sendo que apenas a referente ao caso Rubens Paiva teve prosseguimento determinado por Tribunal, em segunda instância; entretanto, todas as cinco ações encontram-se suspensas por decisão de Tribunais, Cortes Superiores, ou mesmo em razão de Reclamação proposta perante o STF. Outros desses processos foram inicialmente rejeitados pelo juízo de primeira instância. No entanto, tendo em vista o longo e complexo processo de transição brasileiro, o simples fato de haver processos que ao menos deem início ao debate acerca da responsabilidade criminal em casos referentes à ditadura civil-militar é algo que merece atenção.

Por fim, em relação às ações penais propostas pelo MPF, um argumento importante acrescentado pelos procuradores é que os crimes cometidos durante a ditadura civil-militar são crimes contra a humanidade e devem ser considerados dessa maneira para evitar anistia ou prescrição. Apesar de o Brasil não ser signatário da Convenção sobre a Imprescritibilidade dos Crimes de Guerra e dos Crimes Contra a Humanidade, os procuradores argumentam que há várias normas e obrigações *erga omnes* que devem ser respeitadas, determinando que as ações devam ter continuidade e as responsabilidades

30 Ver Caso Gomes Lund e Outros ("Guerrilha do Araguaia") versus Brasil – Supervisão de Cumprimento de Sentença. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/supervisiones/gomes_17_10_14_por.pdf>.

31 Em 2011, empenhado na responsabilização de agentes do regime, o MPF assumiria tal objetivo como política institucional e criaria o Grupo de Trabalho Justiça de Transição (GTJT), visando à implementação da sentença da CteIDH no âmbito interno. A partir de então, o MPF passou a instaurar Procedimentos de Investigação Criminal (PIC) visando investigar as circunstâncias dos casos constantes no relatório da Comissão Nacional da Verdade (CNV): "Renovamos o compromisso de relatar o trabalho de colegas de várias gerações e localidades do nosso país para dar cumprimento à decisão da Corte Americana de Direitos Humanos no caso conhecido como Gomes Lund, de 2010" (MPF, 2017, p. 15).

32 Dois dos casos referidos envolvem um oficial militar no Araguaia, os outros têm a ver com violações ocorridas nos estados do Rio de Janeiro e São Paulo, durante a repressão de guerrilheiros urbanos.

dos culpados deva ser reconhecida³³. Ao adotar o conceito de crimes contra a humanidade, os procuradores brasileiros vão além do tribunal regional³⁴ para construir e reforçar uma concepção adequada ao Direito Internacional dos Direitos Humanos, vinculando os processos à justiça de transição, como exposto anteriormente. Assim, os membros do Parquet confrontam o argumento de que esses crimes estariam sujeitos à anistia ou à prescrição, e evitam o confronto direto com a decisão do STF na ADPF 153, uma vez que esta não menciona o conceito citado.

7 A ADPF 320: o Supremo Tribunal Federal diante de um novo desafio

Mais recentemente, o STF fora novamente acionado, por meio da propositura, pelo Partido Socialismo e Liberdade (PSOL) da ADPF 320, em maio de 2014. O pedido da Ação Constitucional era para que as instituições governamentais brasileiras fossem compelidas a cumprir todos os 12 itens citados na sentença proferida no Caso Gomes Lund. Assim, a Ação Constitucional pode ser considerada uma possibilidade de superação do entendimento firmado pelo STF em 2010 (PATRUS, 2016, p. 127). Nesse sentido, em relação à superação do entendimento prévio, uma profunda mudança pode ser reconhecida na participação do procurador-geral da República, Rodrigo Janot³⁵. Como exposto, durante os procedimentos da ADPF 153, o PGR Roberto Gurgel posicionou-se contra a demanda da OAB; desta vez, o então PGR, Rodrigo Janot, teve uma perspectiva inversa, garantindo apoio à tese encampada pelos procuradores citados acima³⁶. Embora não concordasse com a integralidade da demanda do PSOL, ele defendeu que os crimes cometidos pela repressão eram crimes contra a humanidade – portanto, não apenas desaparecimentos forçados mas também outros crimes praticados pelo regime, deveriam ser investigados e trazidos à justiça.

Essa visão mais ampla da decisão de Gomes Lund mostra que as instituições brasileiras (MPF, alguns membros do Judiciário e comissões de reparação e da verdade) estão lentamente mudando sua percepção da natureza dos crimes cometidos pela

33 O Ministério Público Federal publica volumes acerca do desenvolvimento das ações penais, no referido documento, declara que esses crimes no Brasil devem ser considerados crimes contra a humanidade (MPF, 2017).

34 A Corte IDH, com exceção do parecer proferido pelo juiz Roberto Caldas, decidiu usar a expressão graves violações de direitos humanos em vez de crimes contra a humanidade.

35 Vale ressaltar que recentemente o então procurador-geral da República, Rodrigo Janot, proferiu opinião sobre a extradição de outro oficial argentino, na qual ele afirmou que os crimes praticados na ditadura civil-militar são crimes contra a humanidade e, como tal, não seriam passíveis de prescrição. Disponível em: <<http://www.mpf.mp.br/pgr/noticias-pgr/pgr-defende-extradicao-de-argentino-por-crimes-contra-a-humanidade-durante-a-ditadura>>.

36 Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoPeca.asp?id=5102145&tipoApp=.pdf>>.

ditadura; mas isso só acontecerá se a Constituição brasileira for compreendida como um processo contínuo, continuamente sujeito a novas interpretações, particularmente com base no DIDH. Mudanças de interpretação que não decorrem apenas da postura de instituições estatais, mas sobretudo trata-se, como anteriormente defendido com Sikkink, de transformações devidas a grupos da sociedade civil que reivindicaram a efetiva responsabilização dos agentes da ditadura – a luta das famílias das vítimas, que levou à condenação do Brasil no Caso Gomes Lund, mostra que, sem essas reivindicações, grande parte da transformação não aconteceria.

Assim, após 2007, tornou-se impossível deixar de lado a responsabilidade criminal pela questão dos crimes da ditadura. Mas, ainda em 2018, procuradores da República precisam enfrentar juízes que não têm familiaridade com o Direito Internacional de Direitos Humanos e suas disposições. A atual PGR, Raquel Dodge, mantém a posição de seu predecessor, compreendendo os crimes da ditadura brasileira como crimes contra a humanidade – e, portanto, imprescritíveis – perante a mais alta corte do Brasil³⁷. Isso é crucial não apenas no contexto particular da ADPF 320 mas também em relação às diversas ações penais propostas, bem como para a sociedade como um todo, principal interessada em relação aos desdobramentos dos debates em questão.

Os argumentos da Procuradoria-Geral da República podem ser resumidos da seguinte forma: a) a participação da ADPF 153 era uma instância de controle de constitucionalidade; a decisão de Gomes Lund era um exemplo de controle da convencionalidade – isto é, o STF teria que lidar com uma comparação da Lei da Anistia com a Constituição, enquanto a Corte IDH compararia a Lei da Anistia com a Convenção Americana de Direitos Humanos³⁸; b) o Brasil reconheceu a Convenção Americana sobre Direitos Humanos e a jurisdição da Corte IDH³⁹; c) tendo em conta esses fatos, não dar efeito à decisão Gomes Lund equivale a derogar unilateralmente esses tratados; d) a Constituição de 1988, no art. 7º da Lei de Disposições Constitucionais Transitórias, estabelece que o Brasil propugnará pela formação de um tribunal internacional de direitos humanos; e) a decisão Gomes Lund expressamente sustenta que as disposições da Lei da Anistia já não podem ser um obstáculo para investigar e processar as graves violações dos direitos humanos; f) desaparecimentos forçados ou sequestros em que não tenham sido encontradas vítimas e cujo paradeiro permanecer desconhecido são crimes con-

37 Em 1º de fevereiro de 2018, a PGR Raquel Elias Ferreira Dodge requereu que a Reclamação do caso Rubens Paiva fosse redistribuída, processada e julgada improcedente, possibilitando a continuidade da Ação Penal originária, seguindo entendimento firmado pelo MPF. Informações obtidas em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4640253>>. Acesso em: 20 fev. 2018.

38 Esse argumento se assemelha àquele encontrado em Paulo Abrão e Marcelo Torelly, *Resistance to Change: Brazil's Persistent Amnesty and its Alternatives for Truth and Justice in Amnesty in the Age of Human Rights Accountability: Comparative and International Perspectives 180-181* (Francesca Lessa and Leigh Payne eds., 2012).

39 Decretos nº 678 de 1999 e nº 4.463 de 2002.

tinuados, dispensando qualquer reconhecimento de prescrição ou anistia; e g) os atos cometidos durante a ditadura brasileira, que constituíram crimes sob a lei nacional e sob as normas consuetudinárias de DIDH, são crimes contra a humanidade e, como tal, não estão sujeitos a nenhuma forma de prescrição.

8 Um novo reforço institucional: o relatório da Comissão Nacional da Verdade

Em muitos casos de justiça de transição, a justiça vem depois da verdade. Quando começou seu trabalho, a CNV, por meio de alguns de seus comissários, fez declarações garantindo que a Lei da Anistia não seria questionada por suas investigações. No entanto, o relatório final afirmou claramente que havia uma estrutura usada para sistematicamente cometer crimes contra a população civil – sejam eles brasileiros ou estrangeiros, uma vez que o Brasil fez parte da Operação Condor. O relatório da CNV declara expressamente que vários tratados internacionais foram estabelecidos quando muitas das violações de direitos humanos ocorreram sob a ditadura brasileira (por exemplo, as Convenções de Genebra de 1949); mais do que isso, afirma que as normas *jus cogens* já trataram esses atos como crimes contra a humanidade. Considerando o modo geral, amplo e sistemático pelo qual tais graves violações de direitos humanos foram realizadas, o relatório da CNV recomendou que as autoridades competentes investigassem a responsabilidade civil, administrativa e criminal de agentes públicos que praticaram graves violações de direitos humanos, deixando de lado supostos efeitos da Lei da Anistia de 1979, ao lado de outras normas constitucionais ou legais (BRASIL, 2014).

Assim, juntamente com as recomendações dos PGR, Rodrigo Janot e Raquel Dodge, e do Relatório da Comissão Nacional da Verdade, pode-se acrescentar a posição clara de tratar os crimes da ditadura como crimes contra a humanidade sustentada pela Comissão de Anistia⁴⁰. Todas essas posições criam um paradigma que tornaria muito difícil para o STF manter sua perspectiva anterior. Dessa forma, retomando o conceito da *cas-cata de justiça* de Sikkink, observa-se que este é efetivado no Brasil de forma que vários atores e instituições criam pressão contra a postura de setores do Judiciário avessos à interpretação constitucional articulada em relação ao Direito Internacional dos Direitos Humanos. O Brasil está agora situado em um cenário do chamado *caso de contaminação*, pelo menos, por enquanto, envolvendo atores e instituições estatais e não estatais;

40 Posição manifesta em casos como o do requerimento de um apoiador do regime, o Cabo Anselmo. Veja FERRAZ, Lucas. Governo nega indenização em Cabo Anselmo. **Folha de S. Paulo**, São Paulo, 23 maio 2012. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/fsp/poder/44502-governo-nega-indenizacao-a-cabo-anselmo.shtml>>. Acesso em: 19 maio 2015.

e o Relatório da CNV representa uma nova contribuição institucional em relação à demanda por responsabilização de atores do regime autoritário.

Por fim, em 2011, Kathryn Sikkink forneceu um diagnóstico de toda a América Latina que não pode ser simplesmente transposto ao Brasil (p. 159-161). No país, a relação entre líderes militares e civis ainda é uma questão a ser enfrentada (BRASIL, 2014); além disso, há poucas razões para alegar que o Brasil faz parte de uma onda de *articulação* com DIDH, a partir da postura do Judiciário. A oposição entre verdade e justiça, responsabilização e democracia permaneceu por muito tempo na agenda brasileira. Ainda assim, parece que agora temos elementos diferentes que podem levar o Judiciário a um novo caminho.

9 Conclusões

Vale ressaltar que os processos judiciais relacionados à ADPF nº 153 não chegaram ao fim. Há ainda um recurso a ser julgado pelo STF: Embargos de Declaração que apontam omissões da decisão da Corte em relação a tópicos da Ação Constitucional, bem como alegam fato novo – a decisão da Corte IDH, em relação ao Caso Gomes Lund, apontando contradições que o STF deve enfrentar, requerendo que o Tribunal se pronuncie acerca da executoriedade da referida decisão e conflito com o decidido na Arguição, podendo ensejar na revisão da decisão da Suprema Corte⁴¹. Ademais, como defendido neste artigo, também se deve levar em conta a relevância da ADPF 320, que traz novos questionamentos em relação à reivindicação de responsabilização dos perpetradores de crimes contra a humanidade ao crivo do Tribunal constituindo, como asseverado, nova possibilidade de superação do entendimento firmado pelo STF em 2010.

Ao longo do artigo foi possível demonstrar que, institucionalmente, houve mudanças interpretativas no Brasil em relação à persecução penal por graves violações de direitos humanos. Além disso, deve-se notar que certos eventos, como o 50º aniversário do golpe militar de 1964 e as atividades da CNV e de outras comissões, ganharam espaço na mídia e na opinião pública. Em 31 de março de 2014, o jornal *Folha de S. Paulo* publicou uma pesquisa na qual, pela primeira vez na história do Brasil, a maioria dos entrevistados (46%) respondeu afirmativamente em relação à necessidade de punição de torturadores, agentes da ditadura militar.⁴² O que reforça, em alguma medida, a impressão de que a respon-

41 Disponível em: <<http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr2/coordenacao/comissoes-e-grupos-de-trabalho/justica-transicao/documentos/pareceres-como-custos-legis/ADPF-153-Parecer-ED-PGR.pdf>>. Acesso em: 15 mar. 2018.

42 Ver MENDONÇA, Ricardo. Maior Parte da População quer Anular Lei da Anistia, aponta Datafolha. Folha de S. Paulo, 31 mar. 2014. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/poder/2014/03/1433374-maior-parte-da-populacao-quer-anular-lei-da-anistia-apon-ta-datafolha.shtml>>.

sabilidade penal por crimes contra a humanidade é reconhecida, cada vez mais, como uma ferramenta importante para evitar a repetição e garantir os direitos humanos.

Por fim, este artigo procurou demonstrar como o Direito e as normas constitucionais têm o potencial de se adequar a exigências normativas do Direito Internacional dos Direitos Humanos, por meio de seu potencial interpretativo. Razão pela qual, o projeto constitucional tem um papel fundamental na efetividade da justiça de transição. Mesmo quando há uma justiça de transição de longo prazo, não se pode falar em superar processos transicionais: instituições e grupos da sociedade civil devem continuar lidando com um passado que define identidades e se torna uma arena para disputas políticas e legais sobre o sentido de uma Constituição. O que é mais importante nesse campo é que as discussões sejam diretamente informadas por um núcleo adequado ao DIDH. Assim, as novas ações judiciais promovidas pelos membros do MPF, bem como a posição defendida recentemente pela PGR indicam que um processo de justiça de transição de longo prazo pode auxiliar a alteração da *postura interpretativa* pregressa, sujeitando a interpretação da Constituição de 1988 ao Direito Internacional dos Direitos Humanos. Uma mudança de paradigma que é resultado de demandas de vítimas, familiares, resistentes e ativistas de direitos humanos, ensejando a alteração da postura institucional em relação às graves violações de direitos humanos. Postura essa de caráter interpretativo que, apesar de retrocessos recentes em relação a determinados aspectos de direitos humanos⁴³, possibilitou uma nova maneira de compreender e lidar com graves violações de direitos humanos que, apesar de estarem no passado, ainda não foram superadas.

Referências

ABRÃO, Paulo; BELLATO, Sueli Aparecida; TORELLY, Marcelo D. ALVARENGA; Roberta Vieira. Justiça de transição no Brasil: o papel da Comissão de Anistia do Ministério da Justiça. Comissão de Anistia. **Revista Anistia Política e Justiça de Transição**, Brasília: Ministério da Justiça, nº 1, jan./jul., 2009, p. 12-21.

_____; TORELLY, Marcelo D. O programa de reparações como eixo estruturante da Justiça de Transição no Brasil. In: REÁTEGUI, Felix (Org.). **Justiça de Transição** – Manual para a América Latina. Brasília: Ministério da Justiça; Nova Iorque: ICTJ, 2011.

ATENCIO, Rebecca J. **Memory's Turn**: Reckoning with Dictatorship in Brazil. Madison: University of Wisconsin Press, 2014.

BARBOSA, Leonardo A. de Andrade. **História constitucional brasileira**: mudança constitucional, autoritarismo e democracia no Brasil pós-1964. Brasília: Câmara dos Deputados, Edições Câmara, 2012.

BRASIL. Lei nº 6.683, de 28 de agosto de 1979. Concede anistia e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 28 ago. 1979. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6683.htm>.

43 Em relação a uma perspectiva crítica face aos retrocessos recentes em relação aos Direitos Humanos, em escala global, ver: SIKKINK (2017).

BRASIL. Arquidiocese de São Paulo. **Projeto Brasil**: nunca mais. São Paulo, 1985.

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

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de descumprimento de preceito fundamental nº 153/DF. Arguente**: Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. Arguidos: Presidente da República e Congresso Nacional. Relator: Ministro Luiz Fux. Brasília, DF: 29 abr. 2010. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=612960>>.

BRASIL. Comissão Nacional da Verdade. **Mortos e desaparecidos políticos**. Brasília: CNV, 2014. 3v.

BRASIL. Centro de Estudos sobre Justiça de Transição – CJT. **Memorial de amicus curiae na arguição de descumprimento de preceito fundamental nº 320/DF**. Brasília, DF: 13 mar. 2015. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=8030476&ad=s#59%20-%20Pedido%20de%20ingresso%20como%20amicus%20curiae%20-%20Pedido%20de%20ingresso%20como%20amicus%20curiae%201>>.

Corte Interamericana de Direitos Humanos – Corte IDH. **Caso Julia Gomes Lund e outros vs. Brasil**. Ruling: Nov, 24, 2010. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_219_por.pdf>.

DE WET, Erika. *Jus cogens* and Obligations Erga Omnes. **The Oxford handbook of international human rights law**. Dinah Shelton editora. London: Oxford University Press, 2013.

DWORKIN, Ronald. **Justice for Hedgehogs**. Cambridge-MA: The Belknap Press of Harvard University Press, 2011.

GONZÁLEZ-OCANTOS, Ezequiel. **Shifting legal visions**: judicial change and human rights trials in Latin America. Cambridge: Cambridge University Press, 2017.

JACKSON, Vicky. **Constitutional Engagement in a Transnational Era**. New York: Oxford University Press, 2010.

LESSA, Francesca et al. Overcoming Impunity: Pathways to Accountability in Latin America. **The International Journal of Transitional Justice**, v. 8, 2014, p. 75-98.

MCAULIFFE, Pdraig. **Transitional Justice and Rule of Law Reconstruction**: a contentious relationship. London: Routledge, 2013.

MEYER, Emilio Peluso Neder. **A Decisão no Controle de Constitucionalidade**. São Paulo: Método, 2008.

_____. **Ditadura e Responsabilização**: Elementos para uma Justiça de Transição no Brasil. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2012.

_____. **Ditadura e responsabilização**: elementos para uma justiça de transição no Brasil (2012). In: MEYER, Emilio; CATTONI, Marcelo (Ed.). *Justiça de transição nos 25 anos da Constituição de 1988*. Belo Horizonte: Inicia Via, 2014.

_____. Crimes contra a Humanidade, Justiça de Transição e Estado de Direito: Revisitando a Ditadura Brasileira. **Brasiliana, Jornal for Brazilian Studies**, v. 4, n. 1, p. 208-242, ago. 2015. Disponível em: <<https://tidsskrift.dk/bras/article/view/20028>>. Acesso em: 20 nov. 2017.

_____. **Justiça de transição em perspectiva transnacional**. Belo Horizonte: Inicia Via, 2017.

MEZAROBBA, Glenda. **Um acerto de contas com o futuro**: a anistia e suas consequências – um estudo do caso brasileiro. 213f. Dissertação (Mestrado em Ciência Política)—Universidade de São Paulo, São Paulo, 2003.

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. Grupo de Trabalho Justiça de Transição: 2ª Câmara de Coordenação e Revisão, Criminal. **Crimes da Ditadura Militar**. Relatório sobre as atividades de persecução penal desenvolvidas pelo MPF em matéria de graves violações a DH cometidas por agentes do Estado durante o regime de exceção. Brasília: MPF, 2017. 348 p. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr2/publicacoes/roteiro-atuacoes/005_17_crimes_da_ditadura_militar_digital_paginas_unicas.pdf>.

NEIRA, Karina. Breve análisis de la jurisprudencia chilena, en relación a las graves violaciones a los derechos humanos cometidos durante la dictadura militar. **Revista del Centro de Estudios Constitucionales**. Chile: Universidad de Talca, Centro de Estudios Constitucionales, nº 8, p. 467-488, 2010. Disponível em: <<https://dialnet.unirioja.es/servlet/revista?codigo=7833>>.

OLSEN, Tricia D. PAYNE, Leigh A. REITER, Andrew G. **Transitional Justice in Balance**: comparing processes, weighing efficacy. Washington, D.C.: United States Institute of Peace Press, 2010.

PATRUS, Rafael Dilly. **Articulação Constitucional e Justiça de Transição**. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2016.

PEREIRA, Anthony. **Political (In)Justice**: authoritarianism and the rule of law In Brazil, Chile, and Argentina. Pittsburgh: University of Pittsburgh Press, 2005.

ROHT-ARRIAZA, Naomi. **Impunity and human rights in international law and practice**. New York: Oxford University Press, 1995.

_____. Reparations Decisions and Dilemmas. **27 Hastings Int'l & Comp. L. Rev.** 157, p. 1-64, 2004.

_____. **The Pinochet Effect** – Transnational Justice in the Age of Human Rights. Philadelphia: University of Pennsylvania Press, 2006.

SCHNEIDER, Nina. Impunity in Post-authoritarian Brazil: The Supreme Court's recent verdict on the amnesty law. **European Review of Latin American and Caribbean Studies** 90, April 2011.

_____. **Brazilian Propaganda**: legitimizing an authoritarian regime. Gainesville: University Press of Florida, 2014.

SHAW, Malcolm. **International Law**. Cambridge: Cambridge University Press, 6th ed. 2008.

SIKKINK, Kathryn; BOOTH WALLING, Carrie. The impact of human rights trials in Latin America. **Journal of Peace research**. London: Sage Publications, 2007.

SIKKINK, Kathryn. **The Justice Cascade**: How Human Rights Prosecutions are Changing World Politics. New York/ London: W. W. Norton & Company, 2011.

_____. **Evidence for Hope**: Making Human Rights Work in the 21st Century. Princeton: Princeton University Press, 2017.

TEITEL, Ruti G. **Humanity's Law**. Nova Iorque: Oxford University Press, 2011.

_____. **Globalizing Transitional Justice**: contemporary essays. Nova Iorque: Oxford University Press: 2014.

TORRELLY, Marcelo. **Justiça de transição e estado constitucional de direito**: perspectiva teórico-comparada e análise do caso brasileiro. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

_____. **Governança Transversal dos Direitos Fundamentais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

16 O DESAPARECIMENTO FORÇADO SOB AS LENTES DA CNV: CONTRIBUIÇÕES PARA A JUSTIÇA DE TRANSIÇÃO BRASILEIRA

*Andrea Bandeira de Mello Schettini*¹
*Carolina de Campos Melo*²

Resumo: O presente trabalho propõe-se a analisar a utilização pela CNV do conceito de “desaparecimento forçado” consolidado no Direito Internacional dos Direitos Humanos e apontar suas contribuições para o momento atual da justiça de transição brasileira. Ao longo do texto, são apresentados os principais contornos do delito de desaparecimento forçado, bem como alguns casos emblemáticos investigados pela CNV, a fim de incentivar o debate sobre a judicialização das graves violações de direitos humanos perpetradas no passado recente e a responsabilização por estas.

Palavras-chave: Desaparecimento Forçado. Justiça de Transição. Direito Internacional dos Direitos Humanos. Comissão Nacional da Verdade.

Abstract: *This paper aims to analyze the consequences of NTC's use of the concept of "forced disappearance", consolidated in the International Human Rights Law. To do so, we present the contours conferred to forced disappearance and analyze a few emblematic cases investigated by the CNV, pointing out some of the contributions of the commission for the consolidation of transitional justice in Brazil.*

Keywords: *Forced Disappearance. Transitional Justice. International Human Rights Law. National Truth Commission.*

1 Andrea Schettini é mestre em Teoria do Estado e Direito Constitucional pela PUC-Rio, doutoranda em Direito pela PUC-Rio em cotutela com a Universidade Paris Nanterre, pesquisadora do Núcleo de Direitos Humanos e professora do Departamento de Direito da PUC-Rio.

2 Carolina de Campos Melo é doutora em Direito Internacional (UERJ), advogada da União, professora do Programa de Pós-Graduação do Departamento de Direito da PUC-Rio e Coordenadora Acadêmica do Núcleo de Direitos Humanos.

1 Introdução

O desaparecimento forçado foi implementado, a partir dos anos 1970, como instrumento da política de Estado das ditaduras do Cone-Sul. A complexidade desse crime, diante da ausência da materialidade do corpo, somada à dificuldade de se ter acesso à informação até os dias de hoje, em razão das obstruções e negativas do Estado, expõem um dos modos de ação do terrorismo de Estado³ que assolou a região⁴. Essa prática, contudo, não se restringe ao passado recente de nosso continente. No Brasil, assim como em outros países, o desaparecimento continua sendo uma conduta reiterada, vinculada à violência de Estado contemporânea⁵.

A ditadura brasileira foi provavelmente uma das mais violentas do Cone-Sul, como bem apontam Teles e Safatle, não somente em razão do número de mortos ou desaparecidos no passado (pois não é assim que se deve "medi-la"), mas em razão de tudo que ainda resta desse regime em nossa sociedade atual⁶. Com efeito, depois de 50 anos do golpe de Estado de 1964, ainda são muitas as sequelas do passado que não foram enfrentadas e superadas. A crescente militarização do Estado, as recentes intervenções das Forças Armadas no espaço urbano, a implementação de políticas de segurança pública pautadas pela lógica da guerra a um "inimigo interno", a criminalização dos movimentos sociais são expressões de arranjos de poder — reestruturados, potencializados ou criados pela ditadura — que até hoje continuam a funcionar.

3 Cabe ressaltar que a categoria terrorismo de Estado vem sendo cada vez mais utilizada para denominar os regimes ditatoriais da América Latina. Trata-se de uma modalidade fundamentalmente distinta do terrorismo praticado por indivíduos ou por grupos não estatais. Encontra-se associada a uma lógica de governar baseada na intimidação. Como bem define Henrique Padrós, o terrorismo de Estado é um sistema de governo que emprega o terror para enquadrar a sociedade e que conta com o respaldo de setores dominantes, mostrando a vinculação intrínseca entre Estado, governo e aparelho repressivo" (PADRÓS, Enrique Serra. **Como el Uruguay no hay**. Terror de Estado e Segurança Nacional — Uruguai (1968-1985): Do Pacheco à Ditadura Civil-Militar. 444f. Tese (Doutorado em História)—Instituto de Filosofia e Ciências Humanas da Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto Alegre.).

4 Estima-se que tenham desaparecido 30.000 pessoas na Argentina entre 1976 e 1983. Em 1984, a Conadep (Comisión Nacional sobre la Desaparición de las Personas) apresentou 8.961 casos de desaparecidos políticos. No ano 2000, revisou tal lista. Hoje constam oficialmente 13.000 registros. Contudo, de acordo com organismos de direitos humanos, como as Mães da Praça de Maio, o número chega a 30.000 pessoas. (Disponível em: <<http://www.desaparecidos.org/arg/conadep/lista-revisada/>> e CALVO, Pablo. Una duda histórica: no se sabe cuantos son los desaparecidos. Clarín, 6 out. 2003. Disponível em: <<http://edant.clarin.com/dia-rio/2003/10/06/p-00801.htm>>.). No Chile, desapareceram mais de 1.000 pessoas durante o governo do general Augusto Pinochet entre 1973 e 1990 (Vide lista dos desaparecidos políticos no Chile, disponível em: <<http://www.desaparecidos.org/chile/presentes/lista.html>>.). Por sua vez, no Peru, foram mais de 6.000 pessoas desaparecidas entre 1980 e 1996 (Vide Relatório "La Desaparición forzada de personas en Peru", disponível em: <<http://www.derechos.org/nizkor/peru/libros/desap/>>.) enquanto que no Uruguai estima-se aproximadamente 180 desaparecimentos entre 1973 e 1985 (MADRES Y FAMILIARES DE URUGUAYOS DETENIDOS DESAPARECIDOS. Todos Ellos. Novembro, 2004. Disponível em: <http://desaparecidos.org.uy/wp-content/uploads/2015/07/A-todos-ellos_.pdf>.).

5 De acordo com Suela Janina, presidente do Comitê de Desaparecimentos Forçados, e Bernard Duhaime, presidente do Grupo de Trabalho sobre desaparecimentos forçados ou involuntários da ONU, há um aumento inaceitável do número de desaparecimentos forçados no contexto mundial atual. Vide: ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS BRASIL. **Não há espaço para desaparecimentos forçados em 2017, dizem especialistas da ONU**. 2 nov. 2017. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/nao-ha-espaco-para-desaparecimentos-forcados-em-2017-dizem-especialistas-da-onu/>>. Acesso em: 1º mar. 2018.

6 SAFATLE, Vladimir; TELES, Edson. (Org.). O que resta da ditadura — Apresentação. In: _____. **O que resta da ditadura: a exceção brasileira**. São Paulo: Boitempo, 2010. p 10.

Nesse sentido, a proposta deste trabalho, de debater os contornos jurídicos do conceito de desaparecimento forçado utilizado pela Comissão Nacional da Verdade (CNV) fala mais de nosso presente do que do passado, evidenciando os limites e as disputas políticas que marcaram e ainda marcam a justiça de transição⁷ brasileira.

A Comissão Nacional da Verdade (CNV), instituída pela Lei nº 12.528, de 18 de novembro de 2011, teve por objetivo examinar e esclarecer as graves violações de direitos humanos praticadas pelo Estado brasileiro entre 1946 e 1988, buscando consolidar o direito à memória e à verdade histórica e promover a reconciliação nacional. Iniciou seus trabalhos em 16 de maio de 2012, e os concluiu em 10 de dezembro de 2014, ano do cinquentenário do golpe militar que levou o país a viver por mais de vinte anos uma ditadura que prendeu, torturou, matou e desapareceu com seus opositores.

Sua criação e funcionamento encontram-se inseridos em um quadro político mais amplo, marcado, por um lado, pela intensificação das demandas por verdade e justiça em relação aos crimes cometidos durante a ditadura militar — impulsionada principalmente por grupos de direitos humanos e pelos familiares das vítimas que lutam até hoje para encontrar os restos mortais de seus entes queridos e denunciar os responsáveis por tais crimes —, bem como pela crescente judicialização da temática, tanto no âmbito interno quanto internacional.

Nesse contexto, em 2009, foi aprovado o 3º Programa Nacional de Direitos Humanos (PNDH-3) que recomendava a criação da CNV, com vistas a promover o esclarecimento público das violações de direitos humanos praticadas na ditadura. Em abril de 2010, o Supremo Tribunal Federal decidiu pela compatibilidade da Lei da Anistia (Lei nº 6683/1979) com o regime constitucional, o que, na prática, serve para impedir a punição de crimes praticados por agentes do Estado durante os anos da ditadura. Em novembro do mesmo ano, a Corte Interamericana de Direitos Humanos determinou a responsabilidade internacional do Brasil pelo desaparecimento forçado das vítimas da Guerrilha do Araguaia no caso “Gomes Lund e outros (Araguaia) vs. Brasil”. Na sentença, o tribunal afirmou expressamente que a Lei da Anistia brasileira carecia de efeitos jurídicos por impedir a investigação e sanção de graves violações de direitos humanos. Com vistas

7 Justiça de Transição designa um campo de pesquisa que se destina tanto a investigar como as sociedades têm dado conta dos legados de violações de direitos humanos, de atrocidades em massa e de outros tipos de traumas sociais, quanto a delinear as possíveis respostas às demandas por justiça que surgem em períodos de transição política e reconstrução democrática. Esse termo designa, ao mesmo tempo, um fenômeno a ser estudado, como também uma forma hegemônica de teorização sobre as transições políticas. É não apenas um campo de pesquisa, como também um conceito que designa um conjunto específico e delimitado de medidas a serem adotadas durante transições entre regimes políticos: o estabelecimento de comissões de verdade; o julgamento de perpetradores de violações de direitos humanos; a realização de reformas institucionais e o desenvolvimento de políticas indenizatórias às vítimas. (Vide: BICKFORD, Louis. *Transaccional Justice*. In: HORVITZ, Leslie; CATHERWOOD, Christopher. **Macmillan encyclopedia of genocida and crimes against humanity**. Nova York: Facts on file, 2004, v.3, p. 1045-1047.; TEITEL, Ruti. *Transitional Justice Genealogy*. **Harvard Human Rights Journal**. v. 16, 2003. p. 69.; ICTJ. *What is transitional Justice*. Disponível em: <<https://www.ictj.org/sites/default/files/ICTJ-Global-Transitional-Justice-2009-English.pdf>>. Acesso em: 16 nov. 2017.; FRANZKI, Hannah; OLARTE, Maria Carolina. *Understanding the political economy of traditional justice: a critical theory perspective*. In: BUCKLEY-ZISSEL; BECK; BRAUN; MIETH (Org.). **Transitional Justice Theories**. Londres: Routledge. p. 201.

ao cumprimento da decisão da Corte IDH, o Ministério Público Federal criou em 2011 o Grupo de Trabalho Justiça de Transição, responsável por fornecer apoio jurídico e operacional aos membros do MPF na investigação de casos de graves violações de direitos humanos cometidas na ditadura.

A atuação da CNV esteve cercada por significativos entraves impostos por setores conservadores (militar, empresarial e midiático) que insistem, até hoje, em negar as atrocidades cometidas ou em justificá-las como “excessos pontuais”. A dificuldade de acesso à informação foi, por sua vez, outro constante obstáculo. A postura das Forças Armadas de insistentemente negarem a existência de arquivos⁸ prejudicou o avanço de investigações. Da análise dos pedidos de informação apresentada as Forças Armadas por parte da CNV, foi “minoritária” a parcela de informações que efetivamente produziram resultados objetivos para o trabalho de investigação⁹.

Diante desse quadro, marcadamente polarizado, a CNV cumpriu um papel importante na agenda da justiça de transição brasileira. Apesar de inicialmente criticada pela falta de diálogo com a sociedade, a comissão foi responsável por impulsionar o debate sobre a temática da ditadura em um nível ainda não observado no país. Não apenas ampliou o alcance do debate na sociedade e facilitou o acesso a documentos e pesquisas sobre o tema como também possibilitou a oitiva de vítimas e testemunhas e o depoimento de agentes públicos. A CNV confirmou 434 mortes e desaparecimentos de vítimas do regime militar, sendo 191 os mortos, 210 os desaparecidos e 33 os desaparecidos cujos corpos tiveram seu paradeiro posteriormente localizado, quatro deles no curso do trabalho da CNV¹⁰. Concluiu que as graves violações de direitos humanos foram concebidas e implementadas como política de Estado pelo regime militar, com caráter generalizado e sistemático, tidas por crimes contra a humanidade.

Passados mais de três anos do fim dos trabalhos da CNV, parece-nos fundamental refletir sobre o que vem sendo feito de seu legado. Neste trabalho, pretendemos analisar a utilização pela CNV do conceito de “desaparecimento forçado”, consolidado no Direito

8 ISHAQ, Vivien; FRANCO, Pablo; SOUZA, Tereza. **A escrita da repressão e da subversão: 1964-1985**. Rio de Janeiro: Arquivo Nacional, 2012. p. 23. Dos três principais serviços secretos das Forças Armadas, o Centro de Informação da Aeronáutica (Cisa), o Centro de Informações do Exército (CIE) e o Centro de Informações da Marinha (Cenimar), apenas o primeiro entregou seu acervo de documentos ao governo. Até hoje não foram localizados os acervos de mais de duzentos órgãos setoriais de informação – as Assessorias de Segurança e Informação (ASI) e as Divisões de Segurança e Informações (DSI) – existentes no âmbito dos ministérios civis, autarquias e empresas públicas.

9 BRASIL. Comissão Nacional da Verdade. **Relatório Comissão Nacional da Verdade**. Brasília: CNV, 2014. v. 1. p. 63.

10 “Esses números certamente não correspondem ao total de mortos e desaparecidos, mas apenas ao de casos cuja comprovação foi possível em função do trabalho realizado, apesar dos obstáculos encontrados na investigação, em especial, a falta de acesso à documentação produzida pelas Forças Armadas, oficialmente dada como destruída. Registre-se, nesse sentido, que os textos do Volume II deste Relatório correspondentes às graves violações perpetradas contra camponeses e povos indígenas descrevem um quadro de violência que resultou em expressivo número de vítimas.” BRASIL. Comissão Nacional da Verdade. **Relatório Comissão Nacional da Verdade**. Brasília: CNV, 2014. v. 1. p. 963.

Internacional dos Direitos Humanos¹¹, e sua contribuição para o momento atual da justiça de transição brasileira.

Em março de 2015, o Grupo de Trabalho Justiça de Transição (MPF) recomendou a abertura de investigações referentes a 102 vítimas, montante que corresponde à diferença entre o total de vítimas mencionadas no relatório final da CNV e o número de pessoas que já eram objeto de apuração do MPF¹². Até 2017, o Ministério Público Federal ingressou com 27 ações penais em face de 47 agentes envolvidos na prática de 43 crimes perpetrados contra 37 vítimas¹³. Apesar de algumas decisões favoráveis em primeira e segunda instância, quase a totalidade dos casos encontra-se paralisada em grau de recurso, muitas sob o argumento da constitucionalidade da Lei da Anistia como decidido pelo STF em 2010.

Tais decisões judiciais encontram-se em flagrante dissonância com o DIDH e com as conclusões e recomendações constantes do Relatório Final da CNV, no sentido de afirmar a imprescritibilidade dos crimes contra a humanidade e a impetuosidade de que leis de anistia deixem de representar um obstáculo para a investigação e punição de graves violações de direitos humanos.

Entendemos que o estudo do “desaparecimento forçado” pelas lentes da CNV pode contribuir, no presente, para a construção de estratégias de judicialização dos crimes ocorridos no passado, em consonância com os esforços do Ministério Público, de modo a fortalecer um dos principais legados deixados pela CNV: o avanço do debate sobre a responsabilidade jurídica – criminal, civil e administrativa – dos agentes públicos que deram causa às graves violações de direitos humanos tanto no passado quanto no presente.

11 Entende-se por Direito Internacional dos Direitos Humanos um conjunto de normas, procedimentos e instituições desenvolvidas para assegurar que todo Estado respeite os direitos humanos. Não deve ser confundido com uma esfera de justiça penal. Seu objetivo não é impor sanções às pessoas acusadas de uma determinada violação, mas amparar as vítimas e exigir dos Estados responsáveis a devida prevenção, investigação e reparação. Como forma de outorgar maior amparo aos indivíduos, a obrigação de garantia e proteção dos direitos humanos recai, portanto, prioritariamente sobre os Estados.

12 BRASIL. Ministério Público Federal. **MPF pode abrir novas investigações referentes a mais de cem vítimas da ditadura militar**. 9 mar. 2015. Disponível em: <<http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/informativos/edicoes-2015/marco/mpf-pode-abrir-novas-investigacoes-referentes-a-mais-de-cem-vitimas-da-ditadura-militar/>>. Acesso em: 20 mar. 2018.

13 MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. Grupo de Trabalho Justiça de Transição: 2ª Câmara de Coordenação e Revisão, Criminal. **Crimes da Ditadura Militar**. Relatório sobre as atividades de persecução penal desenvolvidas pelo MPF em matéria de graves violações a DH cometidas por agentes do Estado durante o regime de exceção. Brasília: MPF, 2017. p. 25. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr2/publicacoes/roteiro-atuacoes/005_17_crimes_da_ditadura_militar_digital_paginas_unicas.pdf>. Acesso em: 1º mar. 2018. Entre os crimes denunciados, encontram-se: 11 homicídios, 9 falsidades ideológicas, 7 sequestros, 6 ocultações de cadáver, 2 quadrilhas armadas, 2 fraudes processuais, 1 estupro, 1 favorecimento pessoal, 1 transporte de explosivos, 1 lesão corporal e 2 abusos de autoridade).

2 O mandato da Comissão Nacional da Verdade e o marco do Direito Internacional dos Direitos Humanos

A Lei nº 12.528/2011 estabeleceu que a CNV tinha o dever de examinar e esclarecer as graves violações de direitos humanos ocorridas no Brasil durante o período de 1946 a 1988, consideradas as circunstâncias dos fatos e a sua autoria. A expressão “graves violações de direitos humanos” foi interpretada pela CNV como uma clara opção do legislador de exigir a adequação de seus trabalhos aos imperativos do Direito Internacional dos Direitos Humanos (DIDH)¹⁴. Isso porque, em vez de simplesmente enumerar tipos penais ou direitos fundamentais previstos no texto constitucional brasileiro, o legislador decidiu utilizar conceitos do Direito Internacional dos Direitos Humanos para orientar as atividades do órgão.¹⁵

Disso decorre que as investigações realizadas pela CNV mantiveram-se inseridas no marco jurídico da responsabilidade internacional do Estado, que surge a partir da ação ou omissão dos agentes estatais, bem como da aquiescência destes para com a atuação de terceiros, que resultem na violação às obrigações internacionais adquiridas em virtude de um tratado da qual o Estado é signatário ou de uma norma imperativa do Direito Internacional. Tais investigações tiveram por pressuposto que, dentro do marco jurídico do DIDH, entende-se que ocorrem violações de direitos humanos quando o Estado infringe normas estabelecidas nos tratados de direitos humanos, de acordo com a interpretação que lhes conferem os órgãos competentes.

Tal violação pode ocorrer em virtude da atuação dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário¹⁶, ou do Ministério Público, bem como em decorrência da ação de agentes públicos e pessoas a serviço de qualquer ente da federação, no âmbito nacional, regional ou local.

Violações de direitos humanos também podem resultar da atuação de grupos que agem com o apoio ou a aquiescência do Estado, mesmo quando não se comprove um vínculo formal do agente com o Poder Público, e, ainda, da atuação de particulares quando se demonstre que o Poder Público não envidou a devida diligência para prevenir e

14 Sobre a orientação dos trabalhos da CNV pelo DIDH, especificamente quanto ao uso das expressões “graves violações de direitos humanos” e “direito à memória e à verdade histórica, cf: MELO, Carolina de Campos. Truth versus/and justice: the case of the Brazilian National Truth Commission. In: JULIO, Claudia Fuentes; DRUMOND, Paula (Org.). **Human rights and conflict resolution: bridging the theoretical and practical divide**. London and New York: Rutledge, 2018, p. 130-131.

15 BRASIL. Comissão Nacional da Verdade. **Relatório Comissão Nacional da Verdade**. Brasília: CNV, 2014. v. 1, p. 36.

16 CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Gomes Lund e outros (“Guerrilha do Araguaia”) vs. Brasil**. Sentença de 24 de novembro de 2010. Série C, nº 219, par. 176. Como esclarece a Corte Interamericana de Direitos Humanos, quando um Estado é parte de um tratado internacional, todos os seus órgãos, inclusive o Poder Judiciário, estão submetidos àquele, cabendo aos juízes exercerem o chamado “controle de convencionalidade” a fim de se evitar que normas e decisões nacionais violem convenções internacionais de direitos humanos.

sancionar o ocorrido. Na prática, isso significou a exclusão, do escopo de trabalho da CNV, de crimes praticados por particulares, sem a participação ativa ou conivência estatal, conforme estabelecido pela Resolução nº 2, adotada pelo Colegiado em 20 de agosto de 2012, segundo a qual caberia à comissão “examinar e esclarecer as graves violações de direitos humanos praticadas no período fixado no art. 8º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, por agentes públicos, pessoas a seu serviço, com apoio ou no interesse do Estado”¹⁷.

Ainda no marco do DIDH que orientou os trabalhos da CNV, os principais elementos que caracterizaram uma violação de direitos humanos como grave foram: o caráter inderrogável dos direitos afetados e/ou a vulneração de normas imperativas do Direito Internacional. Dessa forma, a expressão “graves violações de direitos humanos”, utilizada pela Lei nº 12.528/2011, ainda que não estática, serviu para designar tanto a violação a direitos considerados inderrogáveis pelo DIDH (como o direito à vida e à integridade pessoal) e, portanto, não passíveis de suspensão em situações excepcionais (como o estado de emergência, a guerra, o estado de perigo etc.), quanto para indicar a transgressão a normas imperativas do Direito Internacional (*ius cogens*), como aquelas referentes à proibição do genocídio, dos crimes de guerra e dos crimes de lesa-humanidade¹⁸.

Ao tornar públicos estruturas, locais, instituições e circunstâncias relacionadas à prática de graves violações, e especialmente autoria, a CNV concluiu pela ocorrência de crimes contra a humanidade praticados durante o regime repressivo ditatorial, uma vez que “as graves violações examinadas foram praticadas em um contexto sistemático e generalizado de ataque contra a população civil”¹⁹. Essas e outras referências constam do Capítulo 1 do relatório final, intitulado A Criação da Comissão Nacional da Verdade, que explicita o marco normativo que orientou os trabalhos da CNV, bem como no Capítulo 18, reservado a “Conclusões e Recomendações”.

A parte central do relatório final da CNV, a Parte III, dedica-se aos “Métodos e práticas nas graves violações de direitos humanos e suas vítimas”. Espelha a opção da CNV de investigar fundamentalmente quatro graves violações de direitos humanos perpetradas no período entre 1946-1988, com especial ênfase ao período da ditadura militar: detenção (ou prisão) ilegal ou arbitrária (Capítulo 8); tortura (Capítulo 9); violência sexual, violência de gênero e violência contra crianças e adolescentes (Capítulo 10) – compreendidas como forma de tortura; execução sumária, arbitrária ou extrajudicial (Capítulo 11); e desaparecimento forçado (Capítulo 12). O Capítulo 7, por sua vez, intitulado “Quadro Conceitual das Graves Violações”, propõe-se a apresentar os limites conceituais ado-

17 BRASIL. Comissão Nacional da Verdade. **Relatório Comissão Nacional da Verdade**. Brasília: CNV, 2014. v. 1, p. 37.

18 *Ibid.*, p. 38.

19 *Ibid.*, p. 40.

tados, fazendo expressa referência ao conteúdo normativo proposto por tratados internacionais e pelos precedentes produzidos por órgãos internacionais responsáveis por sua interpretação.

Tais considerações basearam-se em estudo, elaborado pela autoras do presente trabalho, e sistematizado no documento Embasamento jurisprudencial internacional do quadro conceitual adotado pela CNV²⁰ que tomou como referência precedentes de órgãos da Organização das Nações Unidas (como o Comitê de Direitos Humanos e o Comitê contra a Tortura), e de tribunais e órgãos regionais de direitos humanos (como a Corte e a Comissão Interamericanas de Direitos Humanos, a Corte Europeia de Direitos Humanos e a Comissão Africana de Direitos Humanos), dando especial atenção aos precedentes da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Tal estudo teve por pressuposto que parte significativa da normativa internacional de direitos humanos vigente durante a ditadura militar já expressava, à época, uma referência clara para a proibição de determinadas condutas e a obrigatoriedade da promoção dos direitos humanos no país.

3 O conceito de desaparecimento forçado no Direito Internacional dos Direitos Humanos

O desaparecimento forçado, enquanto categoria jurídica, deve seus contornos ao Direito Internacional²¹. Desde 1974, a Assembleia Geral das Nações Unidas reconhece o desejo dos familiares de saber a sorte dos entes queridos perdidos em conflito armado como uma necessidade humana básica²². Em 1978, por sua vez, o órgão adotou resolução que considerou a angústia e lamento dos familiares dos desaparecidos, em especial seus cônjuges, filhos e pais, bem como a resistência das autoridades em reconhecer que os possuíam sob custódia²³.

20 Arquivo CNV, 00092.002740/2014-11. *Ibid.*, p. 280.

21 Para a análise dos contornos do desaparecimento forçado e o direito à verdade, cf. MELO, Carolina de Campos. **Nada além da verdade?** A consolidação do direito à verdade e seu exercício por comissões e tribunais. 352 f. Tese (Doutorado em Direito)—Universidade Estadual do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2012.

22 UNITED NATIONS ORGANIZATION. General Assembly. **Resolution 3220**. (XXIX) Assistance and co-operation in accounting for persons who are missing or dead in armed conflicts. 6 nov. 1974.

23 UNITED NATIONS ORGANIZATION. General Assembly. **Resolution 33/173**. Disappeared persons. 20 dez. 1978.

O tema foi objeto de resoluções em todas as reuniões da Assembleia Geral durante a década de noventa²⁴ em contínuo acompanhamento dos avanços do Grupo de Trabalho sobre Desaparecimento Forçado, criado pela Comissão de Direitos Humanos em fevereiro de 1980. Ao passo que se dedicou ao tema em abstrato, a Assembleia Geral também debruçou-se sobre os casos de desaparecidos no Chile²⁵ e no conflito armado no Chipre²⁶, reafirmada a "necessidade básica humana" dos familiares de serem informados sobre a sorte e o paradeiro de seus entes queridos.

Por sua vez, coube à Comissão Interamericana de Direitos Humanos e à Corte Interamericana de Direitos Humanos o desenvolvimento mais emblemático do instituto. Tanto que a Convenção Interamericana sobre o Desaparecimento Forçado de Pessoas, aprovada pela Assembleia Geral da OEA em 1995, e a Convenção Internacional para a Proteção de Todas as Pessoas contra os Desaparecimentos Forçados, aprovada pela AG/ONU em 2006, sistematizaram os avanços jurisprudenciais atribuídos aos órgãos americanos.

No DIDH e, por sua vez, para a CNV, entende-se por desaparecimento forçado uma conduta que envolve a privação da liberdade de uma pessoa, por qualquer meio, praticada por agentes do Estado ou por pessoas ou grupos que atuem com a autorização, apoio ou consentimento estatal, sua execução e a conseqüente recusa do Estado em reconhecer a privação de liberdade e em informar o paradeiro da vítima.

A Convenção Interamericana sobre o Desaparecimento Forçado de Pessoas assim define desaparecimento forçado:

a privação de liberdade de uma pessoa ou mais pessoas, seja de que forma for, praticada por agentes do Estado ou por pessoas ou grupos de pessoas que atuem com autorização apoio ou consentimento do Estado, seguida de falta de informação ou da recusa a reconhecer a privação de liberdade ou

24 UNITED NATIONS ORGANIZATION. General Assembly. Resolution 35/193. Question of involuntary or enforced disappearances. 15 dez. 1980; Resolution 36/16. Question of involuntary or enforced disappearances 16 dez. 1981; Resolution 37/180. Question of involuntary or enforced disappearances 17 dez. 1982; Resolution 38/94. Question of involuntary or enforced disappearances. 16 dez. 1983; Resolution 39/111. Question of involuntary or enforced disappearances. 14 dez. 1984; Resolution 40/147. Question of involuntary or enforced disappearances. 13 dez. 1985; Resolution 41/145. Question of involuntary or enforced disappearances 4 dez. 1986; Resolution 42/142. Question of involuntary or enforced disappearances. 7 dez. 1987; Resolution 43/159. Question of involuntary or enforced disappearances. 8 dez. 1988; Resolution 44/160. Question of involuntary or enforced disappearances 15 dez. 1989; Resolution 45/165. Question of involuntary or enforced disappearances 18 dez. 1990; Resolution 46/125: 17 dez. 1991; Resolution 47/132: 18 dez. 1992.

25 UNITED NATIONS ORGANIZATION. General Assembly. Resolution 3448 (XXX). Protection of human rights in Chile. 9 dez. 1975; Resolution 32/118. Protection of human rights in Chile. 16 dez. 1977; Resolution 34/179. Human rights in Chile. 17 dez. 1979; Resolution. 35/188. Protection of human rights in Chile. 15 dez. 1980; Resolution 40/145. Situation of human rights and fundamental freedoms in Chile. 13 dez. 1985; Resolution 42/147 Situation of human rights and fundamental freedoms in Chile. 7 dez. 1987.

26 UNITED NATIONS ORGANIZATION. General Assembly. Resolution. 3450 (XXX). Missing persons in Cyprus. 9. dez. 1975; Resolution. 32/128. Missing persons in Cyprus. 16 dez. 1977; Resolution. 33/172. Missing persons in Cyprus. 20 dez. 1978; Resolution 36/164. Missing persons in Cyprus. 16 dez. 1981; Resolution 37/181. Missing persons in Cyprus. 17 dez. 1982.

a informar sobre o paradeiro da pessoa, impedindo assim o exercício dos recursos legais e das garantias processuais pertinentes.

Por sua vez, a Convenção Internacional para a Proteção de Todas as Pessoas contra os Desaparecimentos Forçados assim estabelece:

Para os efeitos desta Convenção, entende-se por “desaparecimento forçado” a prisão, a detenção, o sequestro ou qualquer outra forma de privação de liberdade que seja perpetrada por agentes do Estado ou por pessoas ou grupos de pessoas agindo com a autorização, apoio ou aquiescência do Estado, e a subsequente recusa em admitir a privação de liberdade ou a ocultação do destino ou do paradeiro da pessoa desaparecida, privando-a assim da proteção da lei.

De acordo com a jurisprudência internacional, trata-se de uma conduta múltipla, autônoma e permanente, cuja proibição alcançou status de jus cogens²⁷ na ordem internacional. A natureza múltipla do desaparecimento forçado fundamenta-se na sua “pluriofensividade”, ou seja, no fato de sua prática transgredir vários direitos protegidos pelos instrumentos internacionais, como o direito à liberdade e à integridade pessoal, o direito a não ser submetido à tortura, o direito à vida, o direito à proteção judicial e ao reconhecimento da personalidade.²⁸

Por sua vez, caracteriza-se como uma conduta autônoma, pois sua análise deve levar em consideração o conjunto dos atos que o constituem, sem que os múltiplos direitos violados sejam tomados separadamente.²⁹ Nesse sentido, é dever de todo Estado prever, em seu ordenamento jurídico interno, o tipo penal autônomo de desaparecimento

27 A Corte Interamericana de Direitos Humanos foi pioneira em estabelecer que a proibição da conduta de desaparecimento forçado bem como o seu correlato dever de investigação constituem norma de jus cogens. Ver: CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso Goiburú e outros vs. Paraguai. Sentença de 22 de setembro de 2006, par. 84; Caso Ibsen Cárdena e Ibsen Peña vs. Colômbia. Sentença de 1 de setembro de 2010, par. 197; Caso García e familiares vs. Guatemala. Sentença de 29 de novembro de 2012, par. 98; Caso Osorio Rivera e familiares vs. Peru. Sentença de 26 de novembro de 2013, par. 112.

28 CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña vs. Bolívia. Sentença de 1 de setembro de 2010, par. 59; Caso Anzualdo Castro Vs. Peru. Sentença de 22 de setembro de 2009, par. 59; Caso Radilla Pacheco. Sentença de 23 de novembro de 2009, par. 139; Caso Osorio Rivera e familiares vs. Peru. Sentença de 26 de novembro de 2013, par. 169. Caso Anzualdo Castro vs. Peru. Sentença de 22 de setembro de 2009, par. 90-91; Caso Massacre do Rio Negro vs. Guatemala. Sentença de 4 de setembro de 2012, par.118; Caso Osorio Rivera e familiares vs. Peru. Sentença de 26 de novembro de 2013, par. 170.

29 CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso Heliodoro Portugal vs. Panamá. Sentença de 12 de agosto de 2008, par. 112.

forçado, que se diferencia de outras condutas, como o sequestro.³⁰ A existência de uma pluralidade fragmentada de delitos (como os crimes de sequestro, lesão, tortura, homicídio e ocultação de cadáver) não é, portanto, capaz de contemplar a complexidade e gravidade dessa conduta.³¹

Configura ainda um delito permanente, pois a conduta não cessa enquanto não restar conhecido o verdadeiro paradeiro da pessoa desaparecida, com a efetiva certificação de sua identidade.³² Enquanto não se tiver certeza sobre o destino da vítima, o dever de investigar do Estado persiste. Disso decorre que, no âmbito dos ordenamentos jurídicos nacionais, o prazo para se iniciar a ação penal só começa a contar quando a conduta tiver cessado. Nesse sentido, a Convenção Interamericana sobre Desaparecimento Forçado de Pessoas, de 1994, determina que 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. Contudo, caso exista uma norma de caráter fundamental que impeça a imprescritibilidade, o prazo da prescrição deverá ser igual ao do delito mais grave na legislação interna. Mais recentemente, a Convenção Internacional para a Proteção de Todas as Pessoas contra os Desaparecimentos Forçados, da ONU, estabeleceu ainda que o Estado que aplicar um regime de prescrição ao desaparecimento forçado deve tomar as ações necessárias para que o prazo tenha início no momento em que o desaparecimento forçado cessar, em razão da natureza contínua desse crime.

Há que se destacar que, para o DIDH, não é suficiente a presunção da morte da vítima por meio da emissão de certidão de óbito ou de declarações oficiais sobre a morte. É indispensável que o Estado identifique os restos mortais da pessoa desaparecida, apontando, sempre que possível, a data, as circunstâncias e as causas da morte, bem

30 CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso Heliodoro Portugal vs. Panamá. Sentença de 12 de agosto de 2008, par. 181; Caso Anzualdo Castro vs. Peru. Sentença de 22 de setembro de 2009, par. 165. A Corte Interamericana de Direitos Humanos determinou, na sentença do caso Gomes Lund e outros ("Guerrilha do Araguaia), que o Estado brasileiro deve tipificar, em seu ordenamento jurídico interno, o desaparecimento forçado de pessoas como delito autônomo, em conformidade com os parâmetros interamericanos. Enquanto isso não ocorrer, deve adotar todas as medidas necessárias para o julgamento e a eventual sanção dos responsáveis por meio dos mecanismos de direito interno existentes. (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso Gomes Lund e outros (Guerrilha do Araguaia) Vs. Brasil. Sentença de 24 de novembro de 2010, par. 287 e par. 325.)

31 ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Grupo de Trabalho sobre Desaparecimento Forçado ou Involuntário. Relatório do Grupo de Trabalho sobre Desaparecimento forçado ou involuntário: "Melhores práticas da legislação penal nacional em matéria de desaparecimentos forçados". 28. dez. 2010. Doc. A/HCR/16/48/Add.3, par. 11.

32 CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso Gomes Lund e outros (Guerrilha do Araguaia) Vs. Brasil, Sentença de 24 de novembro de 2010, par. 103; Caso Gelman vs. Uruguai. Sentença de 24 de fevereiro de 2011, par. 73. CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. Caso Loyzidou vs. Turquia. Sentença de 18 de dezembro de 1996. Comunicação 15318/89, par. 41; Caso Cyprus vs. Turquia. Sentença de 10 de maio de 2001. Comunicação 25781/94, par. 136, 150 e 158. ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Grupo de Trabalho sobre Desaparecimento Forçado ou Involuntário. Relatório do Grupo de Trabalho sobre Desaparecimento forçado ou involuntário: "Melhores práticas da legislação penal nacional em matéria de desaparecimentos forçados". 28 dez. 2010. Doc. A/HCR/16/48/Add.3, par. 33.

como a existência de eventuais lesões ou indícios de tortura³³. Vale esclarecer que a posterior identificação dos restos mortais da pessoa desaparecida não exime o Estado de responsabilidade pelo desaparecimento forçado durante o período em que a conduta perdurou.³⁴

Essas três características – conduta múltipla, autônoma e permanente – têm relevância central na análise proposta, posto que permitem uma compreensão mais aprofundada do desaparecimento forçado, ainda não tipificado no ordenamento jurídico brasileiro e expressam as singularidades desse conceito, estrategicamente exploradas pela CNV durante seus trabalhos. Vale destacar a sentença da Corte Interamericana de Direitos Humanos no caso Gomes Lund e outros (“Guerrilha do Araguaia”), veja-se República Federativa do Brasil como leitura obrigatória para aqueles interessados na compreensão dos contornos do desaparecimento forçado como grave violação de direitos humanos.

4 Quem é o desaparecido para a CNV?

As pesquisas desenvolvidas pela CNV concluíram que 243 pessoas³⁵, em sua maioria militantes políticos que fizeram oposição ao regime, foram vítimas de desaparecimento forçado, no período da ditadura militar, instaurada no Brasil em 1964. Como explicitado no Capítulo 12 do relatório final da CNV, o desaparecimento forçado foi resultado

33 CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso La Cantuta vs. Peru**. Sentença de 29 de novembro de 2006, par. 114. Para melhor esclarecer essa questão, ver: CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña Vs. Bolívia**. Sentença de 1 de setembro de 2010, par. 82. Este caso trata do desaparecimento forçado dos senhores Rainer Ibsen Cárdenas e José Luis Ibsen Peña a partir de outubro de 1971 e fevereiro de 1973, respectivamente. Especificamente no caso de Reiner Ibsen Cárdenas – um estudante universitário de 22 de anos detido em Santa Cruz na Bolívia – seu corpo foi encontrado em 1983, mas só foi devidamente identificado em 2008. Por conta disso, o Estado alegou, em sua defesa, que a conduta de desaparecimento forçado havia cessado em 1983. Apesar da existência de uma série de indícios sobre a morte de Rainer Ibsen Cárdenas – como, por exemplo: (i) alguns testemunhos afirmando que Rainer teria sido executado extrajudicialmente em junho de 1972 (para. 74); (ii) um comunicado oficial do Departamento de Relações Públicas do Ministério do Interior, de 21 de junho de 1972, indicando sua morte (para. 75); (iii) e a declaração da “Comissão Nacional de Investigação sobre Desaparecidos” (Comisión Nacional de Investigación de Ciudadanos Desaparecidos) da Bolívia, em 18 de fevereiro de 1983, anunciando publicamente que haviam sido encontrados os restos mortais de 14 pessoas desaparecidas, dentre elas Rainer Ibsen Cárdenas (paras. 84 e 85) – a Corte Interamericana afirmou, em sua decisão, que não basta que o Estado encontre os restos mortais da pessoa desaparecida, senão que deve ainda realizar a sua efetiva identificação. Diante da falta de comprovação idônea de que os restos mortais encontrados em 1983 pertenciam a Rainer Ibsen Cárdenas, a Corte entendeu que o seu paradeiro somente foi esclarecido, de maneira definitiva, após a publicação de um relatório de exame de DNA, em 15 de julho de 2008 (par. 92). Desta forma, segundo a Corte Interamericana, o delito de desaparecimento forçado perdurou até a data de identificação de seus restos mortais em 15 de julho de 2008.

34 A título de exemplo, no **Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña Vs. Bolívia**, abordado na nota anterior, a Corte Interamericana de Direitos Humanos declarou que o Estado boliviano era responsável pelo desaparecimento forçado do Senhor Rainer Ibsen Cárdenas durante o tempo em que este delito perdurou (de 1971 até o ano de 2008, quando seus restos mortais foram efetivamente identificados) CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña vs. Bolívia**. Sentença de 1 de setembro de 2010, par. 103 e terceiro ponto resolutivo. Ver também: CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Blake vs. Guatemala**. Sentença de 24 de janeiro de 1998, par. 83.

35 BRASIL. Comissão Nacional da Verdade. **Relatório Comissão Nacional da Verdade**. v. 1. Brasília: CNV, 2014. p. 26.

de uma política sistemática contra opositores políticos, parte da estratégia da ditadura para ocultar crimes de Estado.

No início do regime militar, as evidências de torturas e execuções eram tentativamente encobertas por falsas versões de suicídio, confrontos e atropelamentos. Já na década de 1970, a repercussão das denúncias de tortura reforçaram a tendência de modificação das práticas repressivas³⁶. O número de desaparecidos examinado pela CNV representa mais de 50% do universo de vítimas fatais da ditadura (sem considerar os indígenas e grande parte dos crimes cometidos no contexto dos conflitos agrários) e diverge de levantamentos oficiais anteriores, fato esse que merece atenção. Qual o fundamento utilizado pela CNV que resultou no aumento do número de desaparecidos? O que isso significa na prática?

Em consonância com o conceito de desaparecimento forçado consolidado no DIDH, acima exposto, o relatório final da CNV afirmou que tal conduta ocorreu sempre que a vítima foi executada após ter sido privada de sua liberdade por agentes do Estado ou por terceiros (que agiram com a cumplicidade, tolerância ou aquiescência estatal), seguindo-se a recusa do Estado em prestar informações sobre seu paradeiro. Foram três situações identificadas: (i) detenção, não reconhecida oficialmente, seguida da negativa do Estado de fornecer informações sobre o paradeiro da vítima; (ii) detenção, oficialmente reconhecida, seguida pela negativa do Estado de fornecer informações sobre a vítima; e (iii) reconhecimento oficial pelo Estado da morte da pessoa, sem que tenha havido, contudo, a identificação satisfatória dos restos mortais da vítima. Nesse último ponto foram incluídos aqueles casos em que há documentos oficiais atestando a morte, como certidão de óbito e laudo de exame cadavérico, mas os restos mortais da pessoa jamais foram encontrados ou identificados.³⁷

O problema central, suscitado ao longo das pesquisas realizadas pela CNV, dizia respeito ao momento em que a conduta do desaparecimento cessa na prática. Em outras palavras, a questão levantada indagava quais critérios deveriam ser considerados para que uma pessoa fosse ou deixasse de ser considerada um desaparecido. A título de exemplo, questionava-se se bastava a emissão de certidão de óbito, uma declaração formal por parte do Estado reconhecendo a morte da vítima, uma foto do cadáver no IML, a localização da sepultura onde o corpo da vítima foi enterrado ou seria necessária a plena identificação dos restos mortais da vítima?

Seguindo a normativa internacional, a CNV entendeu que o desaparecimento forçado apenas cessa quando os restos mortais da pessoa desaparecida são plenamente identificados. No mesmo sentido, para a CNV, o dever estatal de investigação subsiste

36 *Ibid.*, p. 501.

37 BRASIL. Comissão Nacional da Verdade. **Relatório Comissão Nacional da Verdade**. Brasília: CNV, 2014. v. 1. p. 294.

enquanto permanece a incerteza sobre o destino da pessoa desaparecida, devendo ser buscadas, na medida do possível, a data, circunstâncias, causas da morte e eventuais indícios de tortura³⁸.

A plena identificação, por sua vez, foi definida pela CNV com base no guia da Cruz Vermelha, "Pessoas Desaparecidas, análise de DNA e identificação de restos mortais", conforme o qual existem três métodos de identificação de restos mortais: (1) meios visuais e outros meios habituais de identificação, que envolvem o reconhecimento visual dos restos mortais pelos parentes ou por outros conhecidos das pessoas desaparecidas, bem como por documentos pessoais, depoimentos de testemunhas ou placas de identificação; (2) comparações sistemáticas de dados *ante mortem* e *post mortem*, por meio da qual a identificação é confirmada por "características perenes", como estados clínicos prévios e fraturas; e (3) meios científicos objetivos que permitem concluir uma identificação com alto índice de acerto, entre eles: (i) comparação das radiografias dentais *ante* e *post mortem*; (ii) comparação das impressões digitais *ante* e *post mortem*; (iii) comparação das amostras de DNA dos restos mortais com amostras de referência; (iv) comparação de outros identificadores únicos, como características físicas e médicas, incluindo radiografias ósseas e implantes cirúrgicos/próteses numeradas³⁹. Tomando tais parâmetros como referência, a CNV determinou que ocorre a identificação plena dos restos mortais quando tiver havido, à época, o reconhecimento do corpo pelos familiares ou quando a identificação tiver sido obtida por meio da aplicação de comparações sistemáticas de dados *ante mortem* e *post mortem* e meios científicos objetivos.

Nesse sentido, a CNV, buscando conferir o tratamento jurídico mais adequado⁴⁰ aos casos de mortes e desaparecimentos, classificou as vítimas fatais da ditadura militar em três grupos: (i) mortos, (ii) desaparecidos, e (iii) mortos, vítimas de desaparecimento. O primeiro refere-se aos casos de execuções sumárias e arbitrárias (como a morte sob tortura), mortes em conflitos armados com agentes do poder público e suicídios na iminência de prisão ou de tortura ou em decorrência de sequelas causadas pela tortura e contabiliza 191 nomes. O segundo, como já vimos, abrange os casos de detenção, seguida de morte e ocultação do cadáver e representa um universo de 210 nomes. O terceiro, por sua vez, diz respeito aos casos em que os restos mortais de um desaparecido político foram posteriormente identificado. De acordo com a CNV, a simples consideração dessa vítima como um morto abrandaria a responsabilidade pelo delito de desaparecimento

38 Ibid., p. 500.

39 COMITÊ INTERNACIONAL DA CRUZ VERMELHA. *Pessoas Desaparecidas, Análise de DNA e Identificação de restos mortais*. Um guia para as melhores práticas em conflitos armados e outras situações de violência armada. 2. ed., 2009. Ver: BRASIL. Comissão Nacional da Verdade. **Relatório Comissão Nacional da Verdade**. v. 1. Brasília: CNV, 2014. p. 299. Nota 45.

40 BRASIL. Comissão Nacional da Verdade. **Relatório Comissão Nacional da Verdade**. Brasília: CNV, 2014. v. 1. p. 294.

forçado, durante o tempo em que a conduta perdurou. Foram contabilizados 33 casos de mortos, vítimas de desaparecimento forçado, no período entre 1964 e 1988.

Há que se ressaltar que os critérios utilizados pela CNV para a definição dos casos de desaparecimento forçado diferem daqueles utilizados anteriormente pela Comissão Especial sobre Mortos e Desaparecidos Políticos (CEMDP), instituída pela Lei nº 9.140/1995, segundo a qual foram reconhecidas como mortas as pessoas que participaram, ou foram acusadas de participação, em atividades políticas, no período de 1961 a 1988, e que, por esse motivo, foram detidas por agentes públicos, achando-se, desde então, desaparecidas, sem que delas haja notícia. Ainda de acordo com a CEMDP, “quando se utiliza o termo “morto” em vez de “desaparecido” significa que a morte da pessoa presa foi reconhecida publicamente pelos órgãos do Estado”⁴¹. A diferença de abordagem fica evidente. Conforme já afirmado anteriormente, o reconhecimento público do Estado, aceito pela CEMDP para configurar a morte, não é critério suficiente para cessar o desaparecimento forçado, sob o ponto de vista da CNV⁴². Tal diferença pode ser justificada tanto pelo marco legal de instituição de cada comissão quanto pelo marco temporal. Nota-se que, quando da criação da CEMDP, o Brasil ainda não havia ratificado a competência da Corte Interamericana de Direitos Humanos, nem mesmo os principais tratados internacionais que abrangem a temática do desaparecimento forçado de pessoas. Além disso, a jurisprudência internacional sobre a questão, importante fonte de pesquisa da CNV, ainda não se encontrava tão desenvolvida.

Essa discussão fica mais clara quando analisamos concretamente casos emblemáticos, cuja qualificação (morto ou desaparecido) foi alterada pela CNV. Tal mudança ocorreu especialmente em três situações. A primeira abrange os casos de vítimas, consideradas “mortas” pela CEMDP, que passaram a ser qualificadas como “morto, vítima de desaparecimento” pela CNV. Esse foi um modo encontrado pela CNV de destacar que, apesar de ter havido a plena identificação dos restos mortais da vítima, o Estado ainda deve ser responsabilizado pelo desaparecimento forçado, pelo tempo em que essa conduta perdurou.

É o caso, por exemplo, de Epaminondas Gomes de Oliveira, morto em 1971, aos 68 anos de idade, no Hospital da Guarnição do Exército em Brasília. A CEMDP, considerando haver testemunhos de sua morte e laudo de exame cadavérico, qualificou o caso como “morte”. Segundo os critérios da CNV, contudo, tal caso seria típico de um desaparecimento forçado, na medida em que Epaminondas foi detido, torturado, assassinado, somando-se a posterior negativa do Estado de fornecer informações sobre seu corpo, sepultado clandestinamente. Após investigações da CNV, o corpo de Epaminondas pôde

41 BRASIL. Comissão Especial sobre Mortos e Desaparecidos Políticos. **Direito à Memória e à Verdade**. Brasília: Secretaria Especial de Direitos Humanos, 2007. p. 49.

42 *Ibid.*, p. 294.

ser localizado no cemitério de Boa Esperança, em Brasília, e posteriormente exumado. Em agosto de 2014, o resultado da análise pericial, realizada pelo Instituto de Medicina Legal da Polícia Civil do Distrito Federal, confirmou a identificação dos restos mortais de Epaminondas Gomes de Oliveira, sendo conhecido seu paradeiro. Em razão desse fato, a CNV entendeu que a conduta de desaparecimento forçado havia cessado, configurando-se, portanto, um caso de “morto, vítima de desaparecimento”.

Outro exemplo é de Joaquim Alencar Seixas, militante do Movimento Revolucionário Tiradentes (MRT), preso por agentes da repressão, torturado e morto no interior do DOI-Codi de São Paulo em 1971. A necropsia confirmou a versão oficial de morte em tiroteio sem identificar os sinais de espancamento. Os restos mortais de Joaquim foram enterrados no cemitério de Perus, em São Paulo, e somente no dia 25 de maio de 1977, portanto seis anos após sua morte, puderam ser plenamente identificados por meio de sua exumação. A CNV considerou que Joaquim Alencar Seixas restou desaparecido entre a data da morte e a referida identificação.⁴³

A segunda situação abrange os casos de vítimas, consideradas “desaparecidas” pela CEMDP, que passaram a ser qualificadas como “mortas, vítimas de desaparecimento” pela CNV. Referem-se aos casos em que os restos mortais das pessoas desaparecidas foram plenamente identificados ao longo dos anos mais recentes. Foi o que ocorreu, por exemplo, com Luiz Eurico Tejera Lisbôa, membro da Ação Libertadora Nacional (ALN), desaparecido na cidade de São Paulo em 1972. Trata-se do primeiro desaparecido que teve os restos mortais localizados no Brasil, no cemitério de Dom Bosco, Perus. No ano de 1982, após a localização do corpo de Luiz Eurico, ocorreu a exumação, sob a responsabilidade do médico Harry Shibata, diretor do Instituto Médico-Legal (IML), tendo sido plenamente comprovada a identidade em setembro de 1982, dez anos após o seu desaparecimento⁴⁴. O mesmo ocorrera com Dênis Casemiro, militante da Vanguarda Armada Revolucionária (VPR), morto em 1971, após ser preso e torturado no interior do Dops/SP. O corpo de Dênis Casemiro foi enterrado na vala de Perus como indigente, no Cemitério Dom Bosco, em São Paulo. Após a descoberta da vala, em 1990, seus restos mortais puderam ser encontrados, exumados no dia 4 de setembro de 1990 e devolvidos aos familiares e enterrados em Votuporanga, no dia 13 de agosto de 1991. Apesar de já

43 Os demais casos em que tal mudança ocorreu foram relativos aos militantes João Lucas Alves, Roberto Cietto, Norberto Nehring, Joaquim Alencar de Seixas, Antônio Sérgio de Mattos, José Roberto Arantes de Almeida, Flávio Carvalho Molina, Alex de Paula Xavier, Gelson Reicher, Gastone Lúcia de Carvalho Beltrão, Hélcio Pereira Fortes, Arno Preis, Frederico Eduardo Mayr, Rui Osvaldo Aguiar Pfitzenreuter, Lourival de Moura Paulino, Iuri Xavier Pereira, José Júlio de Araújo, Antônio Benetazzo, Carlos Nicolau Danielli, Alexandre Vanucchi Leme, Luiz José da Cunha, Helber José Gomes Goulart, Emmanuel Bezerra dos Santos, Manoel Lisbôa de Moura, José Carlos Novaes da Mata Machado, Miguel Sabat Nuet, Antônio Carlos Bicalho Lana, Sônia Maria de Moraes Angel Jones.

44 Os demais casos em que tal mudança ocorreu foram relativos aos militantes Bergson Gurjão e Maria Lucia Petit.

plenamente identificado, a CEMDP classifica-o como “desaparecido político”. Ambos são qualificados como “mortos, vítimas de desaparecimento forçado” para a CNV⁴⁵.

A terceira e mais expressiva situação a ser analisada abrange os casos de vítimas, consideradas “mortas” pela CEMDP, que passaram a ser qualificadas como “desaparecidas” pela CNV. Trata-se da alteração que produz maiores efeitos práticos no âmbito da justiça de transição. Totaliza 38 casos, cabendo ressaltar que a comparação entre as duas comissões levou em consideração apenas os casos analisados e deferidos pela CEMDP⁴⁶. Um bom exemplo é o caso de Edson Neves Quaresma, militante da Vanguarda Popular Revolucionária, morto em 1970 depois de ser detido por policiais no meio da Praça Santa Rita de Cassia, em São Paulo, e agredido até a sua morte. Edson foi enterrado como indigente no Cemitério de Vila Formosa, em São Paulo. Apesar da existência de laudo necroscópico, atestando a morte de Edson, a CNV, buscando conferir o tratamento jurídico mais adequado ao caso, entendeu tratar-se de um caso de desaparecimento forçado, uma vez que os restos mortais da vítima jamais foram localizados ou plenamente identificados. É preciso fazer uma última ressalva quanto a essa terceira situação.

5 Outros desdobramentos do desaparecimento forçado sob as lentes da CNV

Ao conferir um tratamento jurídico mais adequado aos casos de desaparecimento forçado no Brasil, em consonância com a normativa e a jurisprudência internacionais sobre direitos humanos, a CNV explorou, de maneira estratégica, a natureza do desaparecimento forçado. A partir do marco da CNV, impõe-se um novo registro sobre o de-

45 Mais recentemente, em fevereiro de 2018, o corpo do militante Dimas Antônio Casemiro foi plenamente identificado pelo Grupo de Trabalho Perus, resultado de parceria entre a CEMDP e a Unifesp, por meio da análise laboratorial de sua ossada pela Comissão Internacional sobre Pessoas Desaparecidas, realizada em Sarajevo, Bósnia e Herzegovina. Com base nos critérios utilizados pela CNV, tendo havido a identificação do corpo, Dimas passa a ser qualificado como “morto, vítima de desaparecimento”.

46 São eles: Milton Soares de Castro, Lucindo Costa, Nelson José de Almeida, Carlos Roberto Zanirato, Eremias Delizoicov, Antônio Raymundo de Lucena, José Idésio Brianezi, Joelson Crispim, Edson Neves Quaresma, Yoshitane Fujimori, Mário de Souza Prata, Dimas Antônio Casemiro, Raimundo Golçalves de Figueiredo, José Gomes Teixeira, José Raimundo da Costa, Franciso José de Oliveira, José Milton Barbosa, Luiz Hirata, Hiroaki Torigoe, Jeová Assis Gomes, Grenaldo de Jesus da Silva, Getúlio de Oliveira Cabral, José Bartolomeu Rodrigues de Sousa, José Sílton Pineiro, Lourdes Maria Wanderley Pontes, Luiz Ghilardini, Soledad Barret Viedma, Eudaldo Gomes da Silva, Evaldo Luiz Ferreira de Souza, Merival Araujo, Túlio Roberto Cardoso Quintiliano, Almir Custódio de Lima, Ranúsia Alves Rodrigues, Gildo Macedo, Alceri Maria Gomes da Silva, Virgílio Gomes da Silva, Mario Alves de Souza Vieira e José Maria Ferreira de Araújo. Cabe fazer uma consideração sobre os três últimos casos listados. Embora tenham sido elencados no anexo da Lei nº 9.140/1995 como desaparecidos políticos, a CEMDP, ao analisar os casos e apresentá-los no livro *Direito à Memória e a Verdade*, tratou-os como casos de morte, em razão da existência de documentos oficiais, posteriormente descobertos, que atestaram a morte das vítimas. Os restos mortais das vítimas não foram, contudo, localizados e identificados.

saparecimento forçado, indissociável de suas três características – conduta múltipla, autônoma e permanente⁴⁷.

Primeiramente, há de se presumir que os trabalhos da CNV tenham contribuído para pressionar o Estado brasileiro a cumprir com suas obrigações internacionais, entre elas, a expedição do decreto para a internalização dos tratados que disciplinam o desaparecimento forçado e a sua tipificação no ordenamento jurídico. No momento em que publicou seu relatório, tanto a Convenção Interamericana sobre o Desaparecimento Forçado de Pessoas quanto a Convenção Internacional para a Proteção de Todas as Pessoas contra os Desaparecimentos Forçados já contavam com decreto legislativo e aguardavam a expedição do decreto (presidencial) para a produção dos efeitos em âmbito interno. Ambos foram editados em 11 de maio de 2016, véspera da notificação oficial da presidente Dilma Rousseff de seu afastamento pelo processo de *impeachment*⁴⁸.

A tipificação do desaparecimento forçado decorre de obrigações assumidas pelo Estado brasileiro. Esta foi objeto de uma recomendação específica da CNV, a de número 19: "Aperfeiçoamento da legislação brasileira para a tipificação das figuras penais correspondentes aos crimes contra a humanidade e ao crime de desaparecimento forçado". Reitera assim a determinação da Corte Interamericana de Direitos Humanos, ao julgar o caso Araguaia, de que o Estado brasileiro deve prontamente criar um tipo penal autônomo que contemple o caráter permanente desse crime, até que se estabeleça o destino ou paradeiro e se obtenha a certificação sobre sua identidade. No mesmo sentido, as convenções hoje ratificadas determinam a adoção de medidas para assegurar que o desaparecimento forçado constitua crime em conformidade com o seu Direito Penal, com penas apropriadas, que considerem a extrema gravidade desse crime. O crime deve ser considerado continuado ou permanente, enquanto não se estabelecer o destino ou paradeiro da vítima.

Também, por tratar-se de uma conduta múltipla e continuada, a obrigação do Estado brasileiro de encontrar e identificar plenamente todas as vítimas de desaparecimento forçado persiste até que seja promovida a sua plena identificação.

Não se pode olvidar que os avanços nas investigações de casos de desaparecimento – encontrar o corpo da vítima, descobrir a sepultura onde o desaparecido foi enterra-

47 Cabe mencionar o parecer do procurador-geral da República, Rodrigo Janot, em 2014, na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, movida pelo Partido do Socialismo e Liberdade (PSOL) – ADPF 320/DF – em que faz referência expressa ao Direito Internacional dos Direitos Humanos para fundamentar a natureza permanente do crime de desaparecimento forçado. BRASIL. Ministério Público Federal. **PGR defende não aplicação de parte da Lei da Anistia**. 29 ago. 2014. Disponível em: <<http://www.mpf.mp.br/pgn/noticias-pgr/pgn-defende-nao-aplicacao-de-parte-da-lei-da-anistia>>. Acesso em: 28. mar. 2018.

48 BRASIL. Decreto nº 8.766, de 11 de maio de 2016. Promulga a Convenção Interamericana sobre o Desaparecimento Forçado de Pessoas, firmada pela República Federativa do Brasil, em Belém, em 10 de junho de 1994. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Poder Executivo, Brasília, DF, 15 maio 2016. Edição Extra. BRASIL. BRASIL. Decreto nº 8.767, de 11 de maio de 2016. Promulga a Convenção Internacional para a Proteção de Todas as Pessoas contra o Desaparecimento Forçado, firmada pela República Federativa do Brasil, em 6 de fevereiro de 2007. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Poder Executivo, Brasília, DF, 11 maio 2016. Edição Extra.

do, identificar os restos mortais da vítima, entre outras – devem-se em regra à luta e ao empenho dos familiares e das organizações de direitos humanos. A CNV obteve êxito em algumas de suas investigações sobre desaparecimentos forçados – especialmente nos casos de Epaminondas Gomes de Oliveira, Joel Vasconcelos, Paulo Torres Gonçalves e Felix Escobar. Mas contribuiu definitivamente para o tema ao reafirmar o dever do Estado de adotar políticas públicas e ações efetivas que garantam o direito à verdade dos familiares, das vítimas e da sociedade, para que a verdade sobre o ocorrido com os desaparecidos políticos seja amplamente conhecida. Quando se expande o conceito de desaparecimento forçado, expande-se, conseqüentemente, a obrigação do Estado brasileiro em procurar e identificar todos os restos mortais de vítimas da ditadura, ainda desaparecidas.

A continuidade delitiva reafirmada pela CNV também tem importante impacto sobre o tema da prescrição. Ainda que a CNV e as autoras defendam a imprescritibilidade das graves violações de direitos humanos, existe controvérsia no que se refere ao crime de desaparecimento forçado. A Convenção da ONU sobre o Desaparecimento Forçado de Pessoas autoriza o Estado que aplicar um regime de prescrição ao desaparecimento forçado, devido à existência de uma norma de caráter fundamental que impeça a imprescritibilidade, a assegurar que este regime tenha início no momento em que cessar o desaparecimento forçado.

Mais uma vez a caracterização do desaparecimento forçado pelas lentes do DIDH – conduta múltipla, autônoma e permanente – tem impacto, na medida em que a prescrição terá início com a plena identificação, e não com a morte.

Ainda, a adoção desse conceito cria melhores condições para a futura judicialização da temática. Primeiramente, a ausência do crime de desaparecimento forçado no ordenamento jurídico brasileiro tem levado o Ministério Público Federal a oferecer denúncias por crimes como sequestro e ocultação de cadáver, e mais recentemente, por homicídio, cuja potencialidade ofensiva resta muito aquém do desaparecimento forçado. Com a tipificação apropriada, considerada a extrema gravidade desse crime, o Ministério Público Federal poderá aperfeiçoar a responsabilização individual dos envolvidos. Ao conferir tratamento jurídico mais adequado ao conceito de desaparecimento forçado, a CNV ampliou, inclusive, o rol de casos para a atuação ministerial.

Por fim, ao expandir o conceito de desaparecimento forçado, a CNV contribui para coibir uma prática ainda vigente no Brasil: a violência de Estado e o desaparecimento forçado não são uma realidade superada. Desaparecem mais pessoas hoje em nosso país do que durante a ditadura militar. A caracterização do desaparecimento forçado como conduta múltipla, autônoma e permanente deve estar presente em qualquer impulso normativo e administrativo referente ao tema.

6 Considerações finais

Em fevereiro de 2018, a procuradora-geral da República, Raquel Dodge, provocou o Supremo Tribunal Federal a rediscutir a questão da aplicação da Lei da Anistia aos agentes públicos implicados em graves violações de direitos humanos⁴⁹.

Trata-se de uma reclamação interposta por militares implicados no desaparecimento forçado do deputado Rubens Paiva, membro do Partido Trabalhista Brasileiro (PTB), detido por agentes do Centro de Informações e Segurança da Aeronáutica (Cisa) e torturado no Destacamento de Operações e Informações do Rio de Janeiro (DOI) em janeiro de 1971. Há mais de quarenta anos, a família de Rubens Paiva procura informações sobre sua sorte e paradeiro.

O caso em questão é paradigmático⁵⁰, especialmente por ter representado uma sinergia de esforços entre a CNV e o MPF⁵¹. Em fevereiro de 2014, a CNV realizou uma audiência e publicou um relatório preliminar de investigação sobre o caso, ao passo que o MPF denunciou 5 militares pela morte e ocultação de cadáver de Rubens Paiva.

A 4ª Vara Criminal da Justiça do Rio de Janeiro acatou a denúncia sob o argumento de que a anistia e a prescrição não se aplicam a crimes contra a humanidade. Em setembro do mesmo ano, o Tribunal Regional Federal da 2ª Região confirmou a decisão. A defesa dos militares recorreu o Supremo Tribunal Federal que, em setembro, suspendeu o processo, fazendo referência a sua decisão de 2010 que confirmou a constitucionalidade da Lei da Anistia.

Estratégico se faz que o Supremo Tribunal Federal retome o tema e que isso ocorra na análise de um caso concreto — e não pela via abstrata como no julgamento da ADPF 153, em 2010 — e, especialmente em um caso de desaparecimento forçado. O Tribunal tem, diante de si, a chance para condenar expressamente tal prática e exercer o controle de convencionalidade da Lei da Anistia brasileira, cumprindo com seu dever de adequar suas normas e decisões internas aos parâmetros do DIDH.

A CNV deu um passo importante para o avanço da justiça de transição brasileira, mas seu legado permanece, hoje, em intensa disputa. Não custa dizer que essa disputa envolve não somente a produção de narrativas sobre o passado ditatorial, mas abarca sobretudo a ocultação da violência de Estado que se perpetua no presente. Fica, então,

49 TUROLLO JÚNIOR, Reynaldo. Dodge pede ao STF para reabrir caso que discute anistia a militares: Procuradoria quer julgar reclamação de militares acusados por morte de Rubens Paiva. **Folha de São Paulo**. São Paulo, 14 fev. 2018. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/poder/2018/02/dodge-pede-ao-stf-para-reabrir-caso-que-discute-anistia-a-militares.shtml>>. Acesso em: 19 fev. 2018.

50 ISHAQ, Vivien Fialho da Silva; MELO, Carolina de Campos. O caso do desaparecimento de Rubens Paiva: os avanços da investigação pela Comissão Nacional da Verdade. In: PRIORI, Mary del; MULLER, Angélica (Org.). **História dos crimes e da violência no Brasil**. São Paulo: Editora Unesp, 2017.

51 MARTINS, Andre Saboia; OSO, Carla; MELO, Carolina de Campos. **Aportes y repercusiones del informe de la comisión nacional de la verdad**. Puentes (La Plata), v. especial, p. 52-55, 2015.

o desafio urgente de refletirmos sobre o desaparecimento forçado de pessoas como imperativo para a efetividade do nunca mais.

Referências

BICKFORD, Louis. Transaccional Justice. In: HORVITZ, Leslie; CATHERWOOD, **Christopher**. **Macmillan encyclopedia of genocida and crimes against humanity**. Nova York: Facts on file, 2004, v. 3.

BRASIL. **Direito à Memória e à Verdade**. Comissão Especial sobre Mortos e Desaparecidos Políticos. Brasília: Secretaria Especial de Direitos Humanos, 2007.

_____. Comissão Nacional da Verdade. **Relatório Comissão Nacional da Verdade**. Brasília: CNV, 2014. v. 1.

_____. Decreto nº 8.766, de 11 de maio de 2016. Promulga a Convenção Interamericana sobre o Desaparecimento Forçado de Pessoas, firmada pela República Federativa do Brasil, em Belém, em 10 de junho de 1994. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Poder Executivo, Brasília, DF, 15 maio 2016. Edição Extra.

_____. Decreto nº 8.767, de 11 de maio de 2016. Promulga a Convenção Internacional para a Proteção de Todas as Pessoas contra o Desaparecimento Forçado, firmada pela República Federativa do Brasil, em 6 de fevereiro de 2007. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Poder Executivo, Brasília, DF, 11 maio 2016. Edição Extra.

BRASIL. Ministério Público Federal. **PGR defende não aplicação de parte da Lei da Anistia**. 29 ago. 2014. Disponível em: <<http://www.mpf.mp.br/pgr/noticias-pgr/pgr-defende-nao-aplicacao-de-parte-da-lei-da-anistia>>. Acesso em: 28. mar. 2018.

_____. **MPF pode abrir novas investigações referentes a mais de cem vítimas da ditadura militar**. 9 mar. 2015. Disponível em: <<http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/informativos/edicoes-2015/marco/mpf-pode-abrir-novas-investigacoes-referentes-a-mais-de-cem-vitimas-da-ditadura-militar/>>. Acesso em: 20 mar. 2018.

CALVO, Pablo. Una duda histórica: no se sabe cuantos son los desaparecidos. **Clarín**, Argentina, 6 out. 2003. Disponível em: <<http://edant.clarin.com/diario/2003/10/06/p-00801.htm>>.

COMITÉ INTERNACIONAL DA CRUZ VERMELHA. **Pessoas Desaparecidas, Análise de DNA e Identificação de restos mortais**. Um guia para as melhores práticas em conflitos armados e outras situações de violência armada. 2. ed. [S.l: s.n.], 2009.

CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Loyzidou vs. Turquia**. Sentença de 18 de dezembro de 1996.

_____. **Caso Cyprus vs. Turquia**. Sentença de 10 de maio de 2001.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Blake vs. Guatemala**. Sentença de 24 de janeiro de 1998.

_____. **Caso Goiburú e outros vs. Paraguai**. Sentença de 22 de setembro de 2006.

_____. **Caso La Cantuta vs. Peru**. Sentença de 29 de novembro de 2006.

_____. **Caso Heliodoro Portugal vs. Panamá**. Sentença de 12 de agosto de 2008.

_____. **Caso Anzualdo Castro Vs. Peru**. Sentença de 22 de setembro de 2009, par. 59.

_____. **Caso Radilla Pacheco**. Sentença de 23 de novembro de 2009, par. 139.

_____. **Caso Gomes Lund e outros (“Guerrilha do Araguaia”) vs. Brasil**. Sentença de 24 de novembro de 2010.

_____. **Caso Gelman vs. Uruguai**. Sentença de 24 de fevereiro de 2011.

_____. **Caso Massacre do Río Negro vs. Guatemala.** Sentença de 4 de setembro de 2012.

_____. **Caso García e familiares vs. Guatemala.** Sentença de 29 de novembro de 2012.

_____. **Caso Osorio Rivera e familiares vs. Peru.** Sentença de 26 de novembro de 2013, par. 112.

FRANZKI, Hannah; OLARTE, Maria Carolina. Understanding the political economy of traditional justice: a critical theory perspective. In: BUCKLEY-ZISTEL; BECK; BRAUN; MIETH (Org.). **Transitional Justice Theories.** Londres: Routledge.

INTERNATIONAL CENTER FOR TRANSITIONAL JUSTICE. **What is transitional Justice.** Disponível em: <<https://www.ictj.org/sites/default/files/ICTJ-Global-Transitional-Justice-2009-English.pdf>>. Acesso em: 16 nov. 2017.

ISHAQ, Vivien; FRANCO, Pablo; SOUZA, Tereza. **A escrita da repressão e da subversão.** 1964-1985. Rio de Janeiro: Arquivo Nacional, 2012.

ISHAQ, Vivien; MELO, Carolina de Campos. O caso do desaparecimento de Rubens Paiva: os avanços da investigação pela Comissão Nacional da Verdade. In: PRIORI, Mary del; MULLER, Angélica (Org.). **História dos crimes e da violência no Brasil.** São Paulo: Editora Unesp, 2017.

MARTINS, Andre Saboia; OSMO, Carla; MELO, Carolina de Campos. **Aportes y repercusiones del informe de la comisión nacional de la verdad.** Puentes (La Plata), v. especial, p. 52-55, 2015.

MELO, Carolina de Campos. **Nada além da verdade?** A consolidação do direito à verdade e seu exercício por comissões e tribunais. 352f. Tese (Doutorado em Direito)—Universidade Estadual do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2012.

_____. Truth versus/and justice: the case of the Brazilian National Truth Commission. In: JULIO, Claudia Fuentes; DRUMOND, Paula (Org.). **Human rights and conflict resolution:** bridging the theoretical and practical divide. London and New York: Routledge, 2018, p. 123-139.

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. Grupo de Trabalho Justiça de Transição: 2ª Câmara de Coordenação e Revisão, Criminal. **Crimes da Ditadura Militar.** Relatório sobre as atividades de perseguição penal desenvolvidas pelo MPF em matéria de graves violações a DH cometidas por agentes do Estado durante o regime de exceção. Brasília: MPF, 2017. p. 25. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr2/publicacoes/roteiro-atuacoes/005_17_crimes_da_ditadura_militar_digital_paginas_unicas.pdf>. Acesso em: 1º mar. 2018.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Grupo de Trabalho sobre Desaparecimento Forçado ou Involuntário. **Relatório do Grupo de Trabalho sobre Desaparecimento forçado ou involuntário:** Melhores práticas da legislação penal nacional em matéria de desaparecimentos forçados. 28 dez. 2010. Doc. A/HCR/16/48/Add.3.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS BRASIL. **Não há espaço para desaparecimentos forçados em 2017, dizem especialistas da ONU.** Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/nao-ha-espaco-para-desaparecimentos-forcados-em-2017-dizem-especialistas-da-onu/>>. 2 nov. 2017. Acesso em: 1º mar. 2018.

PADRÓS, Enrique Serra. **Como el Uruguay no hay.** Terror de Estado e Segurança Nacional – Uruguai (1968-1985): Do Pacheco à Ditadura Civil-Militar. 444f. Tese (Doutorado em História)—Instituto de Filosofia e Ciências Humanas da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2005.

SAFATLE, Vladimir; TELES, Edson. **O que resta da ditadura** – Apresentação. In: _____. O que resta da ditadura: a exceção brasileira. São Paulo: Boitempo, 2010.

TEITEL, Ruti. Transitional Justice Genealogy. **Harvard Human Rights Journal**, v. 16, p. 69, 2003.

TUROLLO JÚNIOR, Reynaldo. Dodge pede ao STF para reabrir caso que discute anistia a militares: Procuradoria quer julgar reclamação de militares acusados por morte de Rubens Paiva. **Folha de São Paulo.** São Paulo, 14 fev. 2018. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/poder/2018/02/dodge-pede-ao-stf-para-reabrir-caso-que-discute-anistia-a-militares.shtml>>. Acesso em: 19 fev. 2018.

UNITED NATIONS ORGANIZATION. General Assembly. **Resolution 3220 (XXIX).** Assistance and co-operation in accounting for persons who are missing or dead in armed conflicts. 6 nov. 1974.

_____. **Resolution 3448 (XXX).** Protection of human rights in Chile. 9. dez. 1975.

- _____. **Resolution 3450 (XXX)**. Missing persons in Cyprus. 9 dez. 1975.
- _____. **Resolution 32/118**. Protection of human rights in Chile. 16 dez. 1977.
- _____. **Resolution 32/128**. Missing persons in Cyprus. 16 dez. 1977.
- _____. **Resolution 33/172**. Missing persons in Cyprus. 20 dez. 1978.
- _____. **Resolution 33/173**. Disappeared persons. 20 dez. 1978.
- _____. **Resolution 34/179**. Human rights in Chile. 17 dez. 1979.
- _____. **Resolution 35/188**. Protection of human rights in Chile. 15 dez. 1980.
- _____. **Resolution 35/193**. Question of involuntary or enforced disappearances. 15 dez. 1980.
- _____. **Resolution 36/16**. Question of involuntary or enforced disappearances 16 dez. 1981.
- _____. **Resolution 36/164**. Missing persons in Cyprus. 16 dez. 1981.
- _____. **Resolution 37/180**. Question of involuntary or enforced disappearances 17 dez. 1982.
- _____. **Resolution 37/181**. Missing persons in Cyprus. 17 dez. 1982.
- _____. **Resolution 38/94**. Question of involuntary or enforced disappearances. 16 dez. 1983.
- _____. **Resolution 39/111**. Question of involuntary or enforced disappearances. 14 dez. 1984.
- _____. **Resolution 40/147**. Question of involuntary or enforced disappearances. 13 dez. 1985.
- _____. **Resolution 40/145**. Situation of human rights and fundamental freedoms in Chile. 13 dez. 1985.
- _____. **Resolution 41/145**. Question of involuntary or enforced disappearances 4 dez. 1986.
- _____. **Resolution 42/147**. Situation of human rights and fundamental freedoms in Chile. 7 dez. 1987.
- _____. **Resolution 42/142**. Question of involuntary or enforced disappearances. 7 dez. 1987.
- _____. **Resolution 43/159**. Question of involuntary or enforced disappearances. 8 dez. 1988.
- _____. **Resolution 44/160**. Question of involuntary or enforced disappearances 15 dez. 1989.
- _____. **Resolution 45/165**. Question of involuntary or enforced disappearances 18 dez. 1990.
- _____. **Resolution 46/125**. 17 dez. 1991.
- _____. **Resolution 47/132**. 18 dez. 1992.

17 OS CRIMES DE LESA-
HUMANIDADE E A JUSTIÇA DE
TRANSIÇÃO “A PASSOS LENTOS”:
UMA BREVE ANÁLISE SOBRE AS
DENÚNCIAS DA “GUERRILHA DO
ARAGUAIA” E DA EXTRADIÇÃO
Nº 1.362/DF

Bruno César Machado Torres Galindo¹
Homero Bezerra Ribeiro²

Resumo: Este trabalho tem como objetivo principal traçar uma análise sobre os processos de responsabilização penal no Brasil envolvendo os denominados crimes de lesa-humanidade ocorridos durante a ditadura civil-militar (1964-1985) e as barreiras que impedem seus avanços no Judiciário. Nesse sentido, proceder-se-á à análise das denúncias apresentadas pelo Ministério Público Federal (MPF) envolvendo a repressão militar sobre um grupo de opositores ao regime pertencentes ao Partido Comunista do Brasil (PCdoB) na região do Araguaia que ficou conhecida como "Guerrilha do Araguaia", bem como o processo de Extradicação nº 1.362/DF, julgado definitivamente pelo Supremo Tribunal Federal em 9 de novembro de 2016, no qual o STF negou a extradicação de um argentino acusado de cometer crimes de lesa-humanidade naquele país sob o fundamento de que o crime já estaria prescrito perante a Lei Penal brasileira.

Palavras-chave: Responsabilização Penal. Crimes de Lesa-Humanidade. Guerrilha do Araguaia.

Abstract: *The main objective of this paper is to analyse the criminal lawsuits in Brazil involving crimes against humanity during the civil-military dictatorship (1964-1985) and the barriers that impede their progress in the judiciary. In this sense, we will analyse the criminal proceedings by the Federal Prosecution Office (Ministério Público Federal – MPF) related to the military repression of a group of opponents of the authoritarian regime belonging to the Brazilian Communist Party in the region of Araguaia, known as the "Guerrilla of Araguaia", as well as the Extradition n. 1.362/DF, which was definitively adjudicated by the Federal Supreme Court on November 9, 2016, in which the Court denied the extradition of an Argentine accused of committing crimes against humanity in that country on the grounds of the alleged committed crime would already be prescribed under brazilian criminal law.*

Keywords: *Criminal Lawsuits. Crimes Against Humanity. Guerrilha do Araguaia.*

1 Professor associado da Universidade Federal de Pernambuco. Doutor em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco.

2 Professor assistente da Universidade Federal de Pernambuco. Doutorando em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco.

1 Introdução

É notório que nenhum processo criminal referente aos crimes de lesa-humanidade ocorridos durante o último período ditatorial brasileiro (1964-1985) chegou a uma sentença definitiva. Apesar da condenação do Brasil, em 2010, pela Corte Interamericana de Direitos Humanos (CADH), por, entre outros problemas, não apurar e condenar os agentes da ditadura brasileira, o fato é que não há até hoje nenhuma condenação desses delitos, apesar dos esforços do Ministério Público Federal (MPF) para apurar os casos e oferecer as denúncias.

Este ensaio tem como foco analisar os processos de responsabilização penal no Brasil, envolvendo os denominados crimes de lesa-humanidade que ocorreram na última ditadura e observar quais os obstáculos que impedem de seguirem adiante no Judiciário brasileiro. Nesse sentido, pretendemos proceder aqui à análise das denúncias apresentadas pelo MPF envolvendo a repressão militar sobre um grupo de opositores ao regime pertencentes ao partido político PC do B na região do Araguaia que ficou conhecida como “Guerrilha do Araguaia”, bem como do processo de Extradicação nº 1.362/DF, julgado definitivamente pelo Supremo Tribunal Federal em 9 de novembro de 2016. Nesse último caso, o STF negou a extradicação de um argentino acusado de cometer crimes de lesa-humanidade naquele país sob o fundamento de que o crime já estaria prescrito perante a Lei Penal brasileira.

Os casos, apesar de parecerem distantes, apresentam pontos de confluência muito importantes para entender em que situação está a responsabilização penal dos agentes que cometeram graves violações aos direitos humanos na ditadura brasileira. Apesar dos esforços de algumas instituições, como o Ministério Público Federal, o Judiciário permanece bastante resistente quando se trata da responsabilização dos crimes de lesa-humanidade, mesmo após a condenação do país perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) em 2010 por justamente não ter responsabilizado os agentes da ditadura no caso da Guerrilha do Araguaia.

Assim, este trabalho tenta, inicialmente, decifrar os fundamentos e limites da responsabilização penal dos crimes contra a humanidade para, depois, traçar uma análise às denúncias realizadas pelo Ministério Público Federal sobre o caso da Guerrilha do Araguaia e o processo de extradicação acima referido, procurando demonstrar as similaridades entre os casos e, por conseguinte, confirmar o grau de resistência do Judiciário nacional para dar seguimento aos processos de responsabilização desses delitos. Por fim, observa-se que, mesmo diante de tanta resistência, o STF pode, num futuro próximo, mudar o entendimento sobre a prescritibilidade dos delitos de lesa-humanidade, abrindo novas possibilidades em torno da justiça de transição no Brasil.

2 Justiça de transição e responsabilização penal: um profundo e inacabado debate

Inicialmente, cabe a constatação de que o conceito da justiça de transição pode variar a depender do autor que se trabalha, apesar de factualmente estarem presentes desde o desmantelamento da Alemanha nazista com os julgamentos dos oficiais que atuaram a serviço do nazismo no Tribunal de Nuremberg (TEITEL, 2000, p. 229).

Além disso, são bastante recentes as discussões em torno da justiça de transição, com uma múltipla variedade de visões, o que faz dela uma categoria analítica inacabada (QUINALHA, 2013, p. 120). Na tentativa de trabalhar com um conceito mais amplo de justiça de transição que consiga abarcar os mais diversos debates em torno do objeto, pode-se definir, assim como Bickford (2004, p. 1046-1048), que esse tipo de justiça consistiria num conjunto de medidas essenciais no intuito de superação de períodos de graves violações de direitos humanos, como conflitos armados e/ou regimes autoritários, que teria como objetivos centrais: 1) o esclarecimento da verdade, mediante, por exemplo, a abertura geral dos arquivos considerados secretos durante o período ditatorial, a criação de comissões para apurar a verdade sobre os fatos acontecidos no regime excepcional, entre outras; 2) a preservação da memória, no intuito de produzir para as gerações futuras a reflexão sobre a gravidade dos períodos de exceção, como a criação de espaços de memória; 3) reformas das instituições de segurança, introjetando uma cultura democrática; 4) reparação civil/administrativa às vítimas pelos danos causados no período de exceção; e 5) responsabilização penal dos violadores de direitos humanos (GALINDO, 2017, p. 379).

Sendo assim, a justiça de transição abrange um conjunto sistemático de medidas para demonstrar e reparar as graves violações de direitos humanos que ocorreram no passado, bem como para prevenir que haja uma espécie de *retorno antidemocrático* naquela determinada localidade. É um conceito que se volta tanto para o passado, para que não haja o esquecimento do que foi feito, como para o futuro, no sentido de modelar as instituições para que não voltem a desrespeitar direitos humanos de forma sistemática, garantindo melhorias nas condições de vida da população. O conceito não pode estar centrado apenas nas concepções de direitos individuais mas também deve buscar atender às demandas sociais, econômicas e culturais, como questões de gênero, de diversidade sexual, étnicas e religiosas, por exemplo.

Nesse mesmo debate se insere o pensamento de Abrão e Torely (2013, p. 119), que analisam o conceito de justiça de transição por meio de quatro dimensões, sendo estas: 1) "reparação"; 2) "verdade e memória"; 3) reforma das instituições; e, por fim; 4) regularização da justiça e igualdade perante a Lei. Esta última dimensão estaria responsável pela investigação, processamento e punição dos crimes praticados durante o período

de exceção. Segundo os autores, o estabelecimento da igualdade perante a lei somente estaria assegurado a partir do momento em que fosse possível a punição dos agentes comprometidos com o regime de exceção, visto que estavam, durante esse período, acima da lei e, portanto, fora de qualquer possibilidade de responsabilização. A punição assume nesse sentido o condão de garantir, dentro do processo de “regularização” do Sistema Judiciário, que ninguém esteja acima da Lei.

Nota-se, por meio dos conceitos acima, que um dos pilares centrais da justiça de transição é justamente a responsabilização penal dos agentes violadores de direitos humanos durante os períodos de exceção. Passa, assim, a justiça a de transição de um país, direta ou indiretamente, pelos aspectos criminais sobre os fatos que ocorreram no período de exceção, sobretudo pela investigação, processamento e condenação daqueles que violaram sistematicamente direitos humanos.

Quinalha (2013, p. 146-148) vai apontar o eixo de responsabilização penal na justiça de transição como o mais problemático dentre os outros, isso porque está associado não somente a questões intrinsecamente jurídicas mas também pelo alto grau de tensões políticas e sociais que permeiam a realização desse tipo de punição. Na verdade, as mais variadas disputas existentes neste período politicamente instável após o período excepcional não estão apenas presentes na questão criminal. A dimensão responsabilizadora da justiça de transição apenas torna esse ponto de tensionamento mais claro, pois é latente a discussão sobre quais os limites dessa punição em se tratando de um estado democrático em conjunto com os problemas políticos gerados por esse tipo de responsabilização.

Ora, muito se discute em relação a um dos grandes referenciais de justiça de transição que é o processo do Tribunal de Nuremberg pós-Alemanha nazista. Alguns, como Batista (1990) apontam que Nuremberg não é o modelo de justiça de transição a ser seguido, visto que, desde o primeiro momento, violou direitos em relação aos acusados de crimes contra a humanidade na Alemanha. O fato de ser constituído por um Tribunal composto post factum por juízes indicados pelas potências vencedoras da Segunda Guerra já traz muitos problemas para sua análise. Como justificar a imparcialidade desse tribunal? Como analisar a questão dos crimes contra a humanidade sendo que esse conceito não estava tipificado em nenhuma legislação nacional ou internacional? São perguntas que levantam dúvidas sobre o processo de responsabilização penal dos agentes nazistas como efetivamente democrático.

Já outros, como Ambos e Mayer (2009), defendem Nuremberg como uma das grandes referências de justiça de transição na história, e que, apesar dos problemas relativos à composição do Tribunal e da tipificação delituosa dos crimes contra a humanidade, houve a concretização da justiça em seu aspecto material, pois os principais agentes nazistas não saíram impunes de seus graves delitos.

Como se observa factualmente, a responsabilização penal dos agentes que cometeram graves violações de direitos humanos durante um período de exceção é um ponto extremamente sensível no aspecto da justiça transicional, demonstrando a permanência de instabilidade político-social por qual a nação passa naquele momento. Longe de tentar fazer alguma crítica no caso de Nuremberg, dado que não faz parte deste pequeno ensaio, é necessário pontuar a necessidade de balizas bem claras e rígidas quanto ao aspecto de responsabilização penal dos crimes de lesa-humanidade, sob pena de acontecer um retorno às violações de direitos tão marcantes do período de exceção.

A responsabilização penal, dentro do universo da justiça de transição, objetiva impor sanções a agentes responsáveis por violar sistematicamente, com o auxílio do aparato estatal ou mesmo com a omissão voluntária deste, direitos humanos de grupos opositores ou mesmo da população como um todo, gerando intimidação social. Nesse sentido, a sanção punitiva não pode ser vista como uma forma de retribuição ou mesmo de garantia de punição – respostas tão comuns nos autores de justiça de transição –, mas como uma maneira de subjugar o agente às considerações previstas pela lei. Ora, para quem se manteve, mediante o uso da violência desmedida, da tortura, das prisões sem fundamento, dentre outras arbitrariedades acima de qualquer limite legal, a responsabilização criminal em períodos democráticos surge como uma das poucas alternativas de submeter o agente às previsões legais daquele país.

Não cabe aqui tecer considerações mais profundas sobre as reflexões – às vezes sem fundamento – que boa parte dos autores fazem acerca do papel que cabe à pena na justiça de transição. É necessário criticar os discursos que evocam de forma irrefletida a questão da punição como forma de evitar a impunidade, de gerar uma mensagem “para as novas gerações”, ou mesmo, de garantir “uma resposta ou conforto para as vítimas”. Todos esses discursos guardam consigo o problema ínsito ao próprio Direito Penal que é o de ser essencialmente um ramo de autocontenção do próprio Estado, principalmente quando se fala em Estado Democrático de Direito. Não se trata de somente preservar formalmente as garantias penais e processuais penais aos acusados, sejam eles agentes de crimes contra a humanidade ou não, mas também de garantir um devido processo legal material, com respeito aos valores democráticos efetivados pela Constituição e pela legislação internacional de direitos humanos.

Nesse sentido, a noção desenvolvida por Zaffaroni, com base na ideia de que a pena não teria finalidade nenhuma a não ser o próprio controle do poder punitivo, a responsabilização dos crimes contra a humanidade teria por objetivo conferir de volta o *status* de pessoa ao sujeito (2010, p. 36). Em que pese ter praticado graves violações de direitos humanos, a pena serviria para justamente conferir a qualidade de pessoa ao imputado, evitando que fosse colocado como inimigo. Assim, o objetivo primacial da pena é evitar a

barbárie, mas por meio da própria limitação do agir punitivo, no intuito de não regredir ao passado excepcional, que seria degradante para as próprias vítimas e para a sociedade.

A justiça de transição também não pode ser resumida apenas à perspectiva criminal, sob pena de perder toda a eficácia das outras dimensões aqui apontadas. A responsabilização penal deve ser encarada como mais um elemento dentro do vasto ramo de medidas que o Estado deve adotar para romper com o passado autoritário, bem como não pode ser vista como o fim do processo transicional, como se as outras perspectivas não fossem tão ou mais importantes do que a esfera criminal.

Na verdade, quando se trata de acesso à justiça e direitos humanos, a responsabilização penal permite maior aproximação das instituições públicas com as violações sistemáticas de direitos humanos ocorridas no passado, bem como permite que as vítimas possam expressar e dar suas versões sobre os fatos que aconteceram, mas esse não é nem deve ser o único meio jurídico para tal intento. A realidade mostra que processos muito centrados apenas na questão criminal reduzem consideravelmente toda a riqueza de detalhes do esclarecimento da verdade, bem como de outras formas de expressão da memória, sobretudo à coletiva, já que reduz consideravelmente esses elementos a um meio de prova processual em busca da condenação de alguém.

Olsen, Payne e Reither (2013, p. 233) apontam que países que passaram por processos iniciais de anistia, mas que depois evoluíram para criação de comissões da verdade e julgamentos das graves violações ocorridas no passado conseguem ter índices melhores de direitos humanos e democracia, como é o caso da Argentina e do Chile.

Assim:

[...] a maioria dos países transicionais da América latina que buscaram equilíbrio de justiça (por julgamento e anistias) nos primeiros dez anos que se seguiram à transição experienciaram melhorias tanto em direitos humanos como na democracia.

[...]

Nossos resultados, então, sugerem que a América Latina representa as tendências mais amplas que nós identificamos em termos de impacto da justiça de transição: aqueles países que combinaram anistias, julgamentos e comissões da verdade mostraram as melhorias mais consistentes em direitos humanos e democracia. (OLSEN; PAYNE; REITHER; 2013, p. 233)

Sendo assim, apesar de ser um dos elementos importantes da justiça de transição, a responsabilização penal não deve ser encarada como um fim em si, de forma que invisibilize ou mesmo afaste os outros eixos, mas deve ser posta em prática em conjunto com outras questões essenciais, como a reforma das instituições públicas, a criação de espaços de memória, a criação de comissões da verdade, entre outras.

3 A responsabilização penal e o Brasil: a justiça de transição a passos lentos

Como é sabido, o Brasil ainda não puniu efetivamente os agentes que atuaram no último período ditatorial e que foram responsáveis por graves violações de direitos humanos. A persistência da Lei da Anistia (1979), com o aval do Supremo Tribunal Federal em 2010, que a considerou recepcionada pela Constituição, bem como a resistência interna de cumprir a determinação da Corte Interamericana de Direitos Humanos para rever o caso da Guerrilha do Araguaia (CIDH, 2010), demonstram que o país atravessa ainda um processo transicional inacabado e com muitas falhas. Payne, Olsen e Leigh denominam esse contexto brasileiro como uma "anistia obstinada" (2013, p. 235).

Como se observa, além da persistência dos efeitos da Lei da Anistia, mesmo após uma condenação em âmbito internacional, outra questão sensível deve ser analisada para entender a resistência do Judiciário brasileiro em analisar e julgar os crimes de lesa-humanidade ocorridos na ditadura: a prescribibilidade dos crimes.

Nesse caso, tanto a anistia como a prescrição são causas extintivas de punibilidade que autorizam a absolvição do denunciado sem que haja o julgamento do mérito da causa. Esses dois óbices são muito debatidos não somente no cenário nacional, mas se percebe também em países que passaram por processos ditatoriais semelhantes, como o caso da Argentina e do Chile. Em ambos os casos, o processo de transição contou com a criação de anistias para os envolvidos nos delitos de lesa-humanidade que foram posteriormente rechaçadas pela Corte Interamericana de Direitos Humanos. Após a virada do século, esses países começaram a investigar as denúncias efetuadas por organismos internos, como as comissões da verdade e mesmo organizações da sociedade civil, e, a partir daí, julgar e condenar os agentes responsáveis por crimes de lesa-humanidade.

Note-se que na Argentina a situação avançou-se ao ponto de, nos últimos dez anos, desde que as *Leis Punto Final e Obediencia Debida*, que concediam anistias aos agentes ditatoriais, foram definitivamente revogadas da legislação, já se somam mais de 600 condenações, sem contar ainda o grande número de investigações e processos em curso (INFOJUS, 2015).

No Chile, apesar de a Lei da Anistia continuar formalmente válida, a jurisprudência nacional conseguiu ultrapassá-la por meio da discussão sobre a imprescribibilidade dos crimes permanentes, como sequestros e ocultações de cadáveres, e dos crimes de lesa-humanidade (NEIRA, 2010). Sendo assim, mais de 90 oficiais membros das forças armadas responsáveis pela repressão à opositores na ditadura chilena já foram condenados nos últimos anos também pelos graves delitos cometidos durante o período de exceção (CHILE, 2016).

Voltando-se à realidade brasileira, há que se destacar o papel do Ministério Público Federal no tocante às investigações dos crimes de lesa-humanidade, pois o Parquet tem sido um dos poucos órgãos do Estado brasileiro a cumprir as determinações da Corte Interamericana após o julgamento do caso *Gomes Lund* em 2010.

O MPF vem reabrindo as investigações das graves violações de direitos humanos ocorridas na ditadura e denunciando os agentes nelas envolvidos. Desde 2012, quando fora protocolada a primeira denúncia perante a justiça brasileira, já somaram 27 denúncias desses crimes em face de 47 agentes em 43 delitos cometidos em diversos estados brasileiros (MPF, 2017, p. 25). Na verdade, há de ressaltar que o MPF, após a condenação da CIDH, vem tentando cumprir as recomendações emanadas por aquela corte no intuito de abrir as investigações e denunciar os agentes que atuaram causando graves violações de direitos humanos durante a ditadura.

Apesar de parecer que o tempo vai dirimindo o fôlego das investigações, percebe-se que há um crescimento do número de denúncias, sendo que 2016 foi o ano em que mais houve proposituras de ações penais (10 no total), seguido de 2015 (6 no total).

Porém, quando o aspecto é trazido ao Judiciário, percebe-se que até o exato momento, apenas 4 denúncias foram recebidas pelas instâncias inferiores, demonstrando ainda uma grande resistência dos juízes brasileiros em dar continuidade às ações penais, sobretudo nas instâncias superiores, onde o grau de sucesso das teses do MPF é ainda menor – apenas 2 decisões favoráveis nas instâncias de 2º grau e nenhuma favorável no STJ/STF (MPF, 2017, p. 27-28).

Na maioria dos casos já processados, a discussão limita-se a se deve ou não ser recebida a denúncia com base na questão da Lei da Anistia ou da prescrição criminal. Ou seja, o mérito de grande parte dos casos ainda não foi analisado porque esbarra nessas duas questões prévias. Veja-se, não se está aqui pretendendo buscar uma punição a todo o custo, culpando o Judiciário por não cumprir o papel de punir os responsáveis pelos crimes de forma irrefletida. Na verdade, busca-se que, ao menos o Judiciário cumpra seu papel de garantir o devido processo legal efetivo, com respeito às garantias do acusado, visto que não há como desconsiderar a questão baseando-se em prescrição e anistia, sob fundamentos eminentemente internos, e desprezar toda uma jurisprudência internacional da Corte IDH e os exemplos de países vizinhos que passaram por situações semelhantes.

Sobre a Lei da Anistia, deve-se observar que, mesmo após a declaração de sua constitucionalidade pelo STF em 2010, não se pode olvidar da decisão proferida pela Corte Interamericana de Direitos Humanos poucos meses depois numa posição diametralmente oposta. Ora, é salutar que a CIDH, respeitando sua própria jurisprudência interna, tenha condenado o Brasil, pois não há como os próprios agentes do Estado, responsável por graves atentados aos direitos fundamentais, concederem a si mesmos a anistia.

Nesse sentido, afirma a CIDH (2010):

147. As anistias ou figuras análogas foram um dos obstáculos alegados por alguns Estados para investigar e, quando fosse o caso, punir os responsáveis por violações graves aos DH. Este Tribunal, a CIDH, os órgãos das Nações Unidas e outros organismos universais e regionais de proteção dos DH pronunciaram-se sobre a incompatibilidade das leis de anistia, relativas a graves violações de DH com o Direito Internacional e as obrigações internacionais dos Estados.

148. Conforme já fora antecipado, este Tribunal pronunciou-se sobre a incompatibilidade das anistias com a CADH em casos de graves violações dos DH relativos ao Peru (Barrios Altos e La Cantuta) e Chile (Almonacid Arellano e outros).

149. No Sistema Interamericano de DH, do qual Brasil faz parte por decisão soberana, são reiterados os pronunciamentos sobre a incompatibilidade das leis de anistia com as obrigações convencionais dos Estados, quando se trata de graves violações dos DH. Além das mencionadas decisões deste Tribunal, a CIDH concluiu, no presente caso e em outros relativos a Argentina, Chile, El Salvador, Haiti, Peru e Uruguai, sua contrariedade com o Direito Internacional. A Comissão também recordou que se pronunciou em um sem-número de casos-chave, nos quais teve a oportunidade de expressar seu ponto de vista e cristalizar sua doutrina em matéria de aplicação de leis de anistia, estabelecendo que essas leis violam diversas disposições, tanto da Declaração Americana como da Convenção. Essas decisões, coincidentes com o critério de outros órgãos internacionais de DH a respeito das anistias, declararam, de maneira uniforme, que tanto as leis de anistia como as medidas legislativas comparáveis, que impedem ou dão por concluída a investigação e o julgamento de agentes de [um] Estado, que possam ser responsáveis por serias violações da Convenção ou da Declaração Americana, violam múltiplas disposições desses instrumentos. [...]

Não deixa dúvidas a CIDH quanto à necessidade de se rever a Lei da Anistia brasileira, sobretudo porque impossibilita a investigação dos crimes de lesa-humanidade. Cabe destacar que, mesmo considerando a citada Lei como válida, tal situação não obstaculizaria a apuração e responsabilização dos crimes considerados permanentes, tendo em vista que sua execução ainda se protraí no tempo até os dias de hoje, como é o caso dos sequestros em que não se sabe o paradeiro da vítima ou das ocultações de cadáver sem que haja a descoberta dos restos mortais dos desaparecidos. Como se observa nas de-

núncias promovidas pelo MPF, foram imputadas 7 acusações de sequestro qualificado e 6 de ocultação de cadáver, tendo apenas 3 favoráveis em primeira instância no caso de sequestro e apenas 1 favorável no caso de ocultação de cadáver (MPF, 2017, p. 33). Todas as rejeições têm por base a Lei da Anistia e a prescrição delitiva.

No tocante às denúncias de sequestro qualificado e ocultação de cadáver, vale a pena observar as denúncias já perpetradas pelo MPF sobre o caso da Guerrilha do Araguaia. Nesse caso, não só pela condenação da CIDH, mas também porque se observa que os delitos acima apontados não estariam prescritos, tampouco abarcados pela Lei da Anistia, dado sua permanência. Não caberia tratar de prescrição quando o delito ainda está sendo executado, como é da natureza dos crimes permanentes.

Até o momento foram propostas 3 denúncias tendo por base o caso da guerrilha e a perseguição violenta do Estado brasileiro contra os grupos opositores: uma pelo sequestro das vítimas Maria Célia Corrêa, Hélio Navarro, Daniel Callado, Antônio de Pádua e Telma Cordeiro, ajuizada em 14 de março de 2012; outra pelo sequestro da vítima Divino Ferreira de Souza, ajuizada em 20 de julho de 2012; e por fim outra pelo Homicídio qualificado e ocultação dos cadáveres de André Grabois, João Calatrone e Antonio Alfredo de Lima, ajuizada em 28 de janeiro de 2015. Todas sob competência das Varas Federais de Marabá/PA (MPF, 2017, p. 125).

A primeira denúncia ajuizada na 2ª Vara Federal de Marabá tinha como imputado Sebastião Curió Rodrigues de Moura, conhecido como o “Major Curió”, conhecido pelo grau de violência que empregava nas vítimas. Foi rejeitada inicialmente em 16 de março de 2012, sob a alegação da incidência da Lei da Anistia sob os fatos, além de o fato não estar caracterizado como sequestro, mas, sim, homicídio (MPF, 2017, p. 136).

Após o recurso do MPF, o juízo de Marabá se retratou da decisão³, recebendo a denúncia. Porém, em 30 de outubro do mesmo ano, a defesa do réu entrou com *habeas corpus* pedindo o trancamento da ação penal, sendo liminarmente aceita pelo Tribunal Regional Federal da 1ª região em 19 de novembro do mesmo ano, suspendeu o processo até o julgamento do mérito da ação mandamental.

Em 18 de novembro de 2013, a 4ª Turma do TRF julgou procedente o HC impetrado pela defesa, tendo por base a validade da Lei da Anistia, mesmo com o julgamento da CIDH. Nas palavras do órgão:

3. A persecução penal, vista em face do julgamento do STF, carece de possibilidade jurídica e (assim não fora) de lastro de legalidade penal, dada a evidente prescrição da pretensão punitiva estatal diante do longo tempo

3 Houve a troca de juizes na Vara de Marabá. Antes, o julgamento tinha sido proferido pelo Juiz João Cesar Otoni de Matos, agora, a Juíza Nair Cristina Corado Pimenta de Castro passou a julgar o caso. Para a Juíza, as questões relativas à aplicação ou não da anistia e da prescrição deveriam ser analisadas no mérito da causa e não preliminarmente, como fora feito (MPF, 2017, p. 136-138).

decorrido, de então (1974) a esta parte, consubstanciando, por qualquer dos fundamentos, sobretudo pelo primeiro, evidente constrangimento ilegal ao paciente (art. 648, I – CPP).

4. A decisão da Corte IDH, impondo ao Estado Brasileiro a realização, perante a sua jurisdição ordinária, de investigação penal dos fatos ocorridos na chamada Guerrilha do Araguaia, não interfere no direito de punir do Estado, nem na eficácia da decisão do STF sobre a matéria, na ADPF 153/ DF.

5. A investigação tem o sentido apenas de propiciar o conhecimento da verdade histórica, para todas as gerações, de ontem e de hoje, no exercício do denominado “dever de memória”, o que não se submete a prazos de prescrição. Não o da abertura de persecução penal em relação a (supostos) fatos incluídos na anistia da Lei 6.683, de 19/12/1979 e, de resto, sepultados penalmente pela prescrição (MPF, 2017. p. 139-140).

Após o julgamento do TRF da 4ª Região, o MPF ainda recorreu ao STJ e ao STF visando à modificação do julgado e, desde abril de 2016, o processo aguarda julgamento.

A segunda denúncia também tem como foco o sequestro de uma das vítimas da guerrilha e também foi ajuizada em 2012, tendo como denunciado Lício Augusto Ribeiro Maciel. A denúncia fora recebida pelo mesmo juízo da primeira, em 29 de agosto de 2012, tendo por base os mesmos argumentos. A defesa também interpôs HC e também conseguiu a suspensão e posteriormente o trancamento da Ação Penal pela 4ª Turma do TRF da 1ª Região sob os mesmos argumentos. O MPF também recorreu para os Tribunais Superiores e, desde novembro de 2016, aguarda julgamento (MPF, 2017, p. 143-144).

A última denúncia ajuizada em Marabá ocorreu já em 2015, sob fundamento de homicídio qualificado e ocultação de cadáver perpetrados por Lício Augusto e Sebastião Curió, os dois já denunciados anteriormente. Consta na denúncia que Lício Augusto fora responsável por matar as vítimas acima elencadas e Sebastião Curió por ocultar o cadáver destas, deixando os restos mortais em local incerto até o presente momento (MPF, 2017, p. 147-149). A denúncia fora rejeitada pela 1ª Vara de Marabá sob o fundamento da aplicação da Lei da Anistia sobre o caso, mesmo com a permanência do delito de ocultação de cadáver. O MPF recorreu da decisão e até o momento se espera a decisão da 3ª Turma do TRF da 1ª Região.

Todos os três casos analisados direcionam à dificuldade do Judiciário em observar a decisão da Corte IDH, bem como sua jurisprudência pacífica, sobretudo quando se trata da Lei da Anistia. A decisão proferida pelo STF em 2010 continua a gerar graves efeitos na jurisprudência local, sobretudo porque se torna um impeditivo prévio ao recebimento das denúncias. Ou seja, até o processamento da ação, fica obstaculizado enquanto essa grave situação não for resolvida.

4 Um tiro de misericórdia ou um grito de esperança? A recente decisão do STF na Extradicação nº 1.362/DF

Em 9 de novembro de 2016, o STF, após algumas sessões de debates e pedidos de vistas, resolve indeferir um pedido de extradição da República da Argentina de um acusado de crimes de lesa-humanidade durante o período ditatorial daquele país (1973-1983). Salvador Siciliano foi acusado de:

a) “participação ou organização de uma associação criminosa ilícita chamada ‘Triple A’ que operou entre os anos 1973 e 1975, cujo acionar para-policial se dedicou ao assassinato de toda militância de esquerda que tivesse uma atividade política pública, a eliminação dos comunistas e desafetos ao governo, mormente à ação de Lopez Rega” (fl. 216); (b) “ter cometido o sequestro de Mario Domingo Zidda, Antonio Mario Moses e Oscar Dalma-cio Meza, por ocasião de atentar junto a um grupo de quinze pessoas aproximadamente, armadas, deslocando-se em vários carros, contra o salão do Partido Socialista dos Trabalhadores [...], produzindo danos no mesmo, em 30 de maio de 1974, às 00.30 horas. As vítimas em questão apareceram com várias feridas de impacto de arma de fogo em diversas partes do corpo que lhes provocaram a morte, nesse dia, às 9.20 horas [...]” (fl. 216); (c) ter cometido o sequestro de “três pessoas do sexo feminino, que foram posteriormente liberadas, prévios golpes e ameaças, na barreira de Talar de Pacheco [...]” (fl. 216v.). (STF, 2016., p. 23).

Nesse sentido, os pedidos de Extradicação passam, no Brasil, por dois momentos: a) de análise formal, cabendo ao STF verificar os requisitos formais de admissibilidade da extradição; b) de mérito, cabendo ao Poder Executivo verificar a conveniência e oportunidade para a concessão do pedido.

No entanto, no caso concreto, a extradição já fora barrada pelo Tribunal, alegando faltar a chamada “dupla punibilidade”: estar o delito punível não só no país requerente da extradição mas também no país requerido. Assim, pelo fato de, no Brasil, os delitos já estarem prescritos, não seria possível punir o autor e, conseqüentemente não poderia o Brasil conceder a extradição do ora denunciado.

A dupla punibilidade, portanto, é um requisito fundamental para a concessão da extradição, pois recai sobre a análise da possibilidade de um país punir aquele fato como criminoso. Aqui não somente caberia fazer o exame sobre se o fato estava prescrito formalmente na lei daqueles países mas também se há a incidência ou não de alguma cau-

sa extintiva de punibilidade, o que poderia barrar a extradição antes mesmo da análise do Poder Executivo.

O STF decidiu então:

EMENTA: EXTRADIÇÃO REQUERIDA PELA REPÚBLICA ARGENTINA. DELITOS QUALIFICADOS PELO ESTADO REQUERENTE COMO DE LESA-HUMANIDADE. PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA SOB A PERSPECTIVA DA LEI PENAL BRASILEIRA. NÃO ATENDIMENTO AO REQUISITO DA DUPLA PUNIBILIDADE (ART. 77, VI, DA LEI 6.815/1980 E ART. III, C, DO TRATADO DE EXTRADIÇÃO). INDEFERIMENTO DO PEDIDO.

1. Conforme pacífica jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, “a satisfação da exigência concernente à dupla punibilidade constitui requisito essencial ao deferimento do pedido extradicional” (Ext 683, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, Dje de 21.11.2008). Nessa linha, tanto o Estatuto do Estrangeiro (art. 77, VI), quanto o próprio tratado de extradição firmado entre o Brasil e o Estado requerente (art. III, c), vedam categoricamente a extradição quando extinta a punibilidade pela prescrição, à luz do ordenamento jurídico brasileiro ou do Estado requerente.

[...] Evidentemente, todos esses delitos encontram-se prescritos, porquanto, desde sua consumação, transcorreu tempo muito superior ao prazo prescricional máximo previsto no Código Penal, equivalente a 20 (vinte) anos (art. 109, I). Não consta dos autos, ademais, que se tenha configurado qualquer das causas interruptivas da prescrição.

3. A circunstância de o Estado requerente ter qualificado os delitos imputados ao extraditando como de lesa-humanidade não afasta a sua prescrição, porquanto (a) o Brasil não subscreveu a Convenção sobre a Imprescritibilidade dos Crimes de Guerra e dos Crimes contra a Humanidade, nem aderiu a ela; e (b) apenas lei interna pode dispor sobre prescritebilidade ou imprescritebilidade da pretensão estatal de punir (cf. ADPF 153, Relator(a): Min. EROS GRAU, voto do Min. CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, Dje de 6.8.2010) [...]. (STF, 2016. p. 1-2)

Assim, por maioria de votos (6 a 5)⁴, negou a extradição do denunciado, pois a maioria dos ministros entendeu que o fato estava prescrito e, portanto, faltaria a necessária dupla tipicidade (STF, 2016, p. 24). O que mais chama atenção neste caso de extradição

4 Aderiram ao entendimento favorável à extradição os ministros Edson Fachin (Relator) Ricardo Lewandoski, Rosa Weber (que durante a votação mudou de entendimento), Luiz Roberto Barroso e Carmen Lúcia. Contrários ao entendimento os ministros Celso de Mello, Dias Toffoli, Gilmar Mendes, Teori Zavascki, Luiz Fux e Marco Aurélio.

não é somente a resistência de o Tribunal pátrio reconhecer as decisões emanadas por Cortes internacionais, como no caso da Corte IDH, mas também a possibilidade de que, no futuro, o STF possa reverter o entendimento e passe a possibilitar a instauração de processos contra os agentes responsáveis por crimes de lesa-humanidade na ditadura.

Os ministros que entenderam pelo deferimento da extradição alegaram que, tratando-se de crimes contra a humanidade, haveria a chamada imprescritibilidade com base em normas internacionais de *jus cogens*, ou seja, normas costumeiras aplicáveis internacionalmente independentemente de estarem escritas em algum tratado. Nesse sentido foi o voto do ministro Roberto Barroso:

Como eu, na linha do voto do Ministro Fachin, considero que uma norma de *jus cogens* internacional prevalece sobre a norma doméstica, eu não acho que esteja prescrito, porque eu acho que a norma brasileira de prescrição tem a sua eficácia paralisada pela prevalência da norma internacional. Portanto, não é uma superação da prescrição. Eu acho que, neste caso específico, a se admitir que tenha sido crime de lesa-humanidade, aplica-se a norma de *jus cogens* internacional.

Assim, eu acho que a questão se transforma menos em dupla punibilidade e mais na eterna discussão "monismo-dualismo". A posição do Ministro Teori é que a não internalização dessas normas internacionais no Direito brasileiro faria com que prevalecesse a norma interna da prescrição. O meu entendimento, alinhado com o do Ministro Luiz Edson Fachin, é de que, numa situação como esta, por ser *jus cogens* internacional, independe de internalização. Quer dizer, eu acho que todos os países que compartilham determinados valores civilizatórios se obrigam a entender que certos crimes de lesa-humanidade não estão sujeitos à regra interna e, sim, a esse princípio internacional (STF, 2016, p. 38).

Os ministros contrários à extradição e, portanto, vencedores, alegaram em seus favores os argumentos de que o Brasil não aderiu à Convenção sobre Imprescritibilidade dos Crimes de Guerra e dos Crimes contra a Humanidade, bem como a imprescritibilidade dos crimes praticados por grupos armados contra o Estado de Direito, trazida pela Constituição Federal, é posterior aos crimes cometidos na ditadura e, portanto, inaplicável a fatos pretéritos em virtude da irretroatividade da lei penal gravosa. Além disso, normas internacionais relativas à prescrição não podem ser aplicáveis no ordenamento interno sem o devido processo de internalização sob pena da quebra do princípio da soberania nacional.

A análise sobre o processo de extradição do argentino expõe um problema grave do Tribunal em termos de aceitação da normativa internacional. Apesar da decisão da Corte IDH em 2010 e apesar da normativa internacional ser favorável à imprescritibilidade dos crimes de lesa-humanidade, como se observa em outros julgamentos⁵, a maioria do STF ainda reverbera o pensamento refratário às normativas internacionais protetoras de Direitos Humanos, bem como às decisões proferidas por Organismos Internacionais.

A imprescritibilidade dos crimes de lesa-humanidade tem como fundamento a impossibilidade de se abrir qualquer tipo de investigação durante o período de conflito ou de abuso de poder. Ora, como responsabilizar um agente que está acima da lei durante um período de exceção? Além disso, dada a fragilidade política do período logo após os graves conflitos, esses casos somente são investigados após um longo período de transição. Por isso a imprescritibilidade dos crimes de lesa-humanidade ter por fundamento normas de *jus cogens*. A normativa internacional, nesses casos, deve amparar Estados democráticos que passam por períodos de transição para que haja o devido julgamento das violações de direitos humanos ocorridas no passado.

Essa extradição expôs o embate sobre o julgamento dos crimes de lesa-humanidade e como a questão é, de longe, ainda problemática no Tribunal. Apesar do resultado desfavorável, percebe-se que há possibilidade de futuramente o STF admitir que esses crimes sejam julgados no Brasil, deixando de aplicar a Lei da Anistia, ou até mesmo de tentar afastar seus preceitos do caso concreto, como nos casos dos crimes permanentes, com já fora explicitado aqui e já ocorrera em outros países, como o Chile.

Em 2010, apenas dois ministros votaram contra a recepção da Lei da Anistia pela Constituição (Ricardo Lewandowski e Ayres Britto), sendo a maioria favorável à permanência da Lei. Agora o placar foi menos favorável, demonstrando que pode haver mudanças num futuro próximo acerca dessas graves violações de direitos humanos ocorridas no passado.

5 Conclusão

Observa-se um processo lento e gradual de se possibilitar a responsabilização dos crimes de lesa-humanidade ocorridos durante a ditadura brasileira.

Percebe-se que, após a condenação da Corte Interamericana de Direitos Humanos, o MPF vem sendo um dos poucos órgãos que estão em conformidade com a decisão, acionando a Justiça Criminal por meio de denúncias envolvendo agentes ditatoriais.

⁵ Sobre o tema, ver o julgamento *Prosecutor vs. Tadic*, que foi julgado pelo Tribunal Penal Internacional para a ex-Iugoslávia.

Apesar do efetivo aumento do número de denúncias nos últimos dois anos, a Justiça brasileira ainda é significativamente resistente a ajustar sua conduta ao estabelecido na jurisprudência internacional.

Observa-se que a maior parte das denúncias foi rejeitada ainda em primeiro ou segundo grau de jurisdição tendo basicamente os mesmos fundamentos: a aplicação da Lei da Anistia e a prescrição dos crimes. Nota-se que até nos casos em que há crimes permanentes, como os casos denunciados tendo por base a Guerrilha do Araguaia, as ações foram declaradas extintas por esses fundamentos estarem presentes.

Também se demonstra a resistência por parte do Poder Judiciário brasileiro em cumprir a normativa internacional sobre os crimes de lesa-humanidade, inclusive a própria decisão da CIDH em 2010, por meio do processo de Extradicação nº 1.362/DF.

Nesse caso, os ministros do STF, por maioria de votos, negaram a extradicação de um argentino acusado de cometer crimes de lesa-humanidade durante a ditadura argentina entre 1973-1975 sob a alegação de que os crimes os quais foram imputados ao argentino estariam prescritos no Brasil e, portanto, baseando-se na ideia da dupla punibilidade, não haveria possibilidade de extradicação.

Ocorre que, apesar do entendimento indiretamente desfavorável à possibilidade de punição dos agentes que cometeram graves violações de direitos humanos aqui no Brasil, nota-se que houve um placar muito apertado (6 a 5) pela não aplicação da imprescritibilidade nos crimes de lesa-humanidade. Sendo assim, afigura-se possível que a Corte Suprema possa ter adiante uma maioria favorável à responsabilização dos perpetradores desses crimes, seja pelo afastamento completo da Lei da Anistia em virtude da condenação pela Corte IDH, seja por meio do reconhecimento de sua inaplicabilidade aos crimes de lesa-humanidade, que seriam imprescritíveis.

Referências

ABRÃO, Paulo; TORELLY, Marcelo D. Mutações do Conceito de Anistia na Justiça de Transição brasileira – A terceira fase da luta pela anistia. In: SILVA FILHO, José Carlos Moreira; ABRÃO, Paulo; TORELLY, Marcelo D. **Justiça de Transição nas Américas**: olhares interdisciplinares, fundamentos e padrões de efetivação. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

AMBOS, Kay; MEYER-ABICH, Nils. La superación jurídico-penal de las injusticias y actos antijurídicos nacional-socialistas y real-socialistas en Alemania. **Revista Penal**, España, n. 29, p. 3-22, jul. 2009.

BATISTA, Nilo. **Punidos e mal pagos**: violência, justiça, segurança pública e direitos humanos no Brasil de hoje. Rio de Janeiro: Revan, 1990.

BICKFORD, Louis. Transitional Justice. In: **The Encyclopedia of Genocide and Crimes Against Humanity**. USA: Macmillan Reference, 2004. v. 3.

BRASIL. Lei nº 6.683, de 28 de agosto de 1979. Concede anistia e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 28 ago. 1979. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6683.htm>. Acesso em: 2 set. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de descumprimento de Direito Fundamental nº 153**. Relator: Eros Grau. Data de Julgamento: 29 abr. 2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Processo de Extradicação nº 1.362/DF**. Relator: Edson Fachin. Data do julgamento: 9 nov. 2016. Data da Publicação: 5 set. 2017.

CHILE já condenou 94 oficiais por crimes na ditadura. **Gazeta do Povo**. 3 abr. 2006. Disponível em: <<http://www.gazetadopovo.com.br/mundo/chile-ja-condenou-94-oficiais-por-crimes-na-ditadura-9ynf6td0k1hkxz2r4n97l6y4u>>. Acesso em: 3 set. 2016.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Gomes Lund e outros (“Guerrilha do Araguaia”) vs. Brasil**. Sentença de 24 de novembro de 2010.

GALINDO, Bruno. Justiça de transição em sua gênese: a Alemanha pós-nazismo. **Revista de Direito Internacional**, v. 14, n. 1. Brasília: UniCeub, 2017, p. 377-401.

GOMES, Luiz Flávio; Mazzuoli, Valério de Oliveira. **Crimes da ditadura militar** – uma análise à luz da jurisprudência atual da corte interamericana de direitos humanos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

INFOJUS Notícias. **Dos mil imputados y 622 represores condenados por delitos de lesa humanidad**. 13 nov. 2013. Disponível em: <<http://www.infojusnoticias.gov.ar/nacionales/dos-mil-imputados-y-622-represores-condenados-por-delitos-de-lesa-humanidad-10484.html>>. Acesso em: 6 set. 2016.

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. Grupo de Trabalho Justiça de Transição: 2ª Câmara de Coordenação e Revisão, Criminal. **Crimes da Ditadura Militar**: Relatório sobre as atividades de persecução penal desenvolvidas pelo MPF em matéria de graves violações a DH cometidas por agentes do Estado durante o regime de exceção. Brasília, MPF. 2017. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr2/publicacoes/roteiro-atuacoes/005_17_crimes_da_ditadura_militar_digital_paginas_unicas.pdf>.

NEIRA, Karinna Fernández. Breve análisis de la jurisprudencia chilena, en relación a las graves violaciones a los derechos humanos cometidos durante la dictadura militar. **Estudios Constitucionales**, Chile. Ano 8, n. 1, p. 467-488, 2010.

OLSEN, Trícia D.; PAYNE, Leigh A; REITER, Andrew G. Superando a impunidade na América Latina. In: SILVA FILHO, José Carlos Moreira; ABRÃO, Paulo; TORELLY, Marcelo D. **Justiça de Transição nas Américas**: olhares interdisciplinares, fundamentos e padrões de efetivação. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2013.

QUINALHA, Renan Honório. **Justiça de Transição**: contornos do conceito. São Paulo: Outras expressões, 2013.

RUIZ, Castor M. M. Bartolomé. (In)justiça, violência e memória: o que se oculta pelo esquecimento tornará a repetir-se pela impunidade. In: SILVA FILHO, José Carlos Moreira; ABRÃO, Paulo; TORELLY, Marcelo D. **Justiça de Transição nas Américas**: olhares interdisciplinares, fundamentos e padrões de efetivação. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2013.

SIKKINK, Kathryn. **The Justice Cascade**: how human rights prosecutions are changing world politics. 2011.

TEITEL, Ruti. **Transitional Justice**. Nova York: Oxford University, 2000.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Crímines de masa**. Buenos Aires: Madres de Plaza de Mayo, 2010.

18 OS PAINÉIS ESPECIAIS
PARA CRIMES GRAVES NO
TIMOR-LESTE: BREVE BALANÇO
CRÍTICO

Sven Peterke¹
Marcilio Franca²

Resumo: Em 1999, a fim de pacificar um conflito com graves consequências humanitárias, as Nações Unidas intervieram no Timor-Leste e, logo depois, assumiram a sua administração transitória para apoiar o processo de independência da ex-colônia portuguesa, ocupada pela Indonésia por quase vinte e cinco anos. Para julgar os principais responsáveis pela tragédia humanitária, foram estabelecidos os Painéis Especiais para Crimes Graves (Special Panels for Serious Crimes – SPSC). Este texto apresenta uma visão panorâmica do desempenho jurídico-político dos SPSC para chegar enfim à conclusão de que, além dos seus inegáveis méritos, ocorreram falhas que até hoje não foram corrigidas pela comunidade internacional em muitos dos seus esquemas de justiça de transição. Esse fato impossibilita falar de um balanço completamente positivo na atuação dos Painéis e das Nações Unidas na “Terra do Avô Crocodilo”.

Palavras-chave: Timor-Leste. Justiça de Transição. ONU. Painéis Especiais.

Abstract: *In 1999, in order to pacify a conflict with serious humanitarian consequences, the United Nations intervened in Timor-Leste and soon afterwards assumed its transitional administration to support the process of independence of the former Portuguese colony, occupied by Indonesia for almost twenty-five years. The Special Panels for Serious Crimes (SPSC) were established to judge those responsible for the humanitarian tragedy. This text presents a panoramic view of the legal and political performance of the SPSC in order to arrive at the conclusion that, in addition to the undeniable merits of the SPSC, there are still a long series of failures in many transitional justice schemes, that until today have not been corrected by the international community yet. This fact makes*

1 Formou-se, após estudos e estágios nos Estados Unidos e na Finlândia, em Ciências Jurídicas pela Christian-Albrecht-Universität zu Kiel, Alemanha (2000); tem Doutorado summa cum laude em Ciências Jurídicas pela Ruhr-Universität Bochum, Alemanha (2005), onde também concluiu o Mestrado (multidisciplinar e bilíngue) em Assistência Humanitária Internacional (2001). No mais, concluiu, no Estado de Sarre, Alemanha, a capacitação para o cargo de juiz (2003-2005). Seguiram-se três anos como professor visitante na Faculdade de Direito da Universidade de Brasília (2006-2009). Estágio pós-doutoral no Instituto Max Planck para Direito Constitucional Comparativo e Direito Internacional Público em Heidelberg, Alemanha (2016-2017). Desde 2016 membro do painel de peritos, convocado pelo ministro da Polícia da África do Sul para emitir recomendações sobre a implementação de uma reforma policial. Professor associado no Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal da Paraíba.

2 Membro do Conselho Executivo da International Law Association (ILA) (Londres). Professor Visitante da Faculdade de Direito da Universidade de Turim (Itália) e Reseach Fellow no Collegio Carlo Alberto de Torino (2017/2018). Pós-doutorado em Direito pelo Instituto Universitário Europeu (EUI, Florença), onde foi Calouste Gulbenkian Fellow (2007/2008). Doutor em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (Portugal, 2006, bolsa FCT). Professor do Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal da Paraíba e líder do Labirint (Laboratório Internacional de Investigações em Transjuridicidade). Desde 1997, é procurador do Ministério Público de Contas do Estado da Paraíba. Foi aluno da Universidade Livre de Berlim (Alemanha) e estagiário-visitante do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias (Luxemburgo). Esteve no Timor-Leste, a serviço, em duas oportunidades: como consultor jurídico (Legal Advisor) da Missão da ONU em Timor-Leste (Unotil, 2005-2006) e como Senior Legal Advisor do Banco Mundial (PFMCPB/Timor, 2009).

it impossible to speak of a quite positive balance in the work of the Panels and the United Nations in the "Land of the Crocodile Grandfather".

Keywords: *Timor-Leste. Transitional Justice. United Nations. Special Panels for Serious Crimes.*

1 Introdução

No final do ano de 1999, a fim de pacificar um conflito que tomara graves proporções humanitárias, as Nações Unidas intervieram no Timor-Leste e logo depois assumiram a sua administração transitória para apoiar o processo de independência da ex-colônia portuguesa, ocupada pela Indonésia por quase vinte e cinco anos. As Nações Unidas haviam encontrado um país destruído e traumatizado, em particular, pelas atrocidades cometidas nos últimos meses da ocupação (antes da consulta popular que decidiu pela independência). Para julgar os principais responsáveis por aquelas condutas, foram estabelecidos os Painéis Especiais para Crimes Graves (*Special Panels for Serious Crimes* – SPSC), um mecanismo *sui generis* competente para aplicar tanto determinados tipos do Direito Penal Internacional como do Código Penal da Indonésia. Os SPSC encararam uma tarefa difícil, visto que havia relativamente poucos recursos financeiros e humanos à sua disposição. Em maio de 2005, o seu mandato internacional terminou, porém, uma parte relevante do trabalho ainda ficou por concluir.

O presente escrito procura apresentar uma visão panorâmica sobre o desempenho dos SPSC, primeiro, em linhas gerais, iluminando o contexto histórico e político da sua implementação, para depois expor a natureza, a organização e a jurisdição dos SPSC. Segue-se uma breve análise da jurisprudência dos SPSC, partindo da questão: até que ponto os SPSC cumpriram o seu mandato internacional de punir os principais responsáveis pelas violações de direitos humanos cometidas contra a população do Timor-Leste em 1999? Outra questão tratada no presente artigo é se sua jurisprudência contribuiu, como esperado pela doutrina, para a consolidação do Direito Penal Internacional. No entanto, a análise do desempenho dos painéis seria incompleta se fosse negligenciada a função dos SPSC de capacitar o pessoal para a justiça no Timor-Leste soberano, com o fim de dar sustentabilidade aos esforços da comunidade internacional para as iniciativas de *peace-building*. Por isso, este aspecto é discutido no fim deste escrito.

Como a maioria dos analistas, chegar-se-á enfim à conclusão de que, além dos inegáveis méritos dos SPSC, ocorreram algumas falhas que até hoje ainda não foram totalmente corrigidas pela comunidade internacional em muitos dos seus esquemas de

justiça de transição. Esse fato impossibilita falar de um balanço completamente positivo na atuação dos Painéis e das Nações Unidas na “Terra do Avô Crocodilo”³.

2 Contexto histórico e político

Em 1999, a história dos quase vinte e cinco anos de ocupação do Timor-Leste pela Indonésia (de 7 de dezembro de 1975 a 25 de outubro de 1999) chegou ao fim com outro capítulo sombrio de graves violações de direitos humanos.⁴ Após a queda do regime ditatorial do General Suharto e a eclosão de uma grave crise financeira, a pressão internacional levou o novo governo indonésio a finalmente aceitar a realização de uma consulta popular, organizada pelas Nações Unidas, referente ao futuro *status* da ex-colônia portuguesa. Em 30 de agosto de 1999, o povo do Timor-Leste votou em sua maioria (78,5%) – e apesar de numerosos atos de intimidação e violência praticados por milícias, muitas vezes, equipadas, financiadas, organizadas e até treinadas pelas forças armadas da Indonésia – a favor da plena independência do seu país.⁵ Nos dias seguintes à divulgação dos resultados do plebiscito, os grupos paramilitares (milícias) reagiram com uma sangrenta campanha de vingança, que abalou a capital Díli e se propagou pelo resto do território do Timor-Leste. Estima-se que cerca de 1.500 pessoas tenham sido assas-

3 Diz uma velha lenda timorense que um crocodilo marinho viajante, de tão cansado de nadar nas águas do Índico e do Pacífico, teria se transformado na ilha de Timor. Em 8 de outubro de 1995, enquanto ocupava uma cela na prisão indonésia de Cipinang, em Jacarta, Xanana Gusmão, ex-guerrilheiro e futuro presidente da República Democrática de Timor-Leste, escreveu um poema sobre a lenda:

AVÔ CROCODILO
 Diz a lenda
 E eu acredito!
 O sol na pontinha do mar
 abriu os olhos
 e esprou os seus raios
 e traçou uma rota
 Do fundo mar
 um crocodilo pensou buscar o seu destino
 e veio por aquele rasgo de luz
 Cansado, deixou-se estirar
 no tempo
 e suas costas se transformaram
 em cadeias de montanhas
 onde as pessoas nasceram
 e onde as pessoas morreram
 Avô Crocodilo
 – diz a lenda
 e eu acredito!
 É Timor!

(GUSMÃO, Xanana. **Mar Meu** – Poemas e Pinturas. Prefácio de Mía Couto. Porto: Granito, 1998.)

4 Vide para a história de abusos e violações de direitos humanos cometidas contra a população do Timor-Leste antes de 1999: TAYLOR, John G. *Indonesia’s Forgotten War: The Hidden History of East Timor*. London: Zed Books Ltd. 1991.

5 Report of the Joint Mission to East Timor by the Special Rapporteur of the Commission on Human Rights on Extrajudicial, summary, or Arbitrary Executions, the Special Rapporteur of the Commission on the Question of Torture and the Special Rapporteur of the Commission on the Violence Against Women, Its Causes and Consequences. **U.N. Doc. A/54/660**, December 10, 1999, § 30.

sinadas e em torno de 400 mil expulsas das suas vilas no período seguinte ao plebiscito das Nações Unidas. No mais, atos de tortura, estupros e pilhagens foram utilizados para aterrorizar a população.⁶ Nesse clima de anarquia e autojustiça foi também destruída grande parte da infraestrutura do Timor-Leste.

Consciente da catástrofe humanitária, o Conselho de Segurança das Nações Unidas resolveu, em 15 de setembro de 1999, intervir com uma força militar multinacional, a Interfet (*International Force for East Timor*).⁷ Em 20 de setembro, os primeiros contingentes de “capacetes azuis” chegaram no Timor-Leste vindos da Austrália. Logo depois, a Indonésia se retirou do território e as Nações Unidas, pela primeira vez em sua história, estabeleceram uma administração transitória integral de um território, aprovando a Resolução 1.272, de 25 de outubro de 1999, do seu Conselho de Segurança. A missão principal da administração transitória foi restabelecer o direito, a ordem e organizar a reconstrução do país até a sua independência formal, após a realização de eleições livres e democráticas⁸. Para esse fim, foi concedido à Untaet (*United Nations Transitional Administration in East Timor*) o poder de soberania sobre a totalidade do território nacional, abrangendo tanto competências executivas quanto legislativas e judiciais. O brasileiro Sérgio Vieira de Mello foi nomeado administrador transitório (e representante especial do secretário-geral) da ONU em Timor, inicialmente, com a acumulação de poderes legislativos, executivos e judiciais.⁹

Durante as suas operações de *peace-keeping*, a Interfet havia recolhido provas das crueldades cometidas por milicianos contra a população do Timor-Leste e havia detido vários potenciais réus, agora esperando as acusações. Os três relatores especiais da Comissão de Direitos Humanos da ONU que tinham visitado o país, em dezembro de 1999, recomendaram a criação de um tribunal penal internacional *ad hoc*, seguindo o modelo dos já existentes tribunais para ex-Iugoslávia e Ruanda.¹⁰ De modo parecido, a Comissão Internacional de Inquérito para Timor-Leste (*International Commission of Inquiry on East Timor*), estabelecida pelo então secretário-geral da ONU, Kofi Annan, propôs, em janeiro de 2000, a criação de um tribunal internacional de direitos humanos com

6 Id., §§ 37-38. De fato, Sérgio Vieira de Mello também tinha poderes judiciais inicialmente, já que os tribunais de Díli só foram criados em meados de 2000.

7 U.N. Doc. S/RES/1264 (1999), September 15, 1999.

8 U.N. Doc. S/RES/1272 (1999), 25 October 1999.

9 A acumulação unipessoal dos clássicos três poderes do Estado pelo Administrador Transitório das Nações Unidas foi um fato visto criticamente por parte da doutrina: vide, por exemplo BEAUVAIS, Joel C. Benevolent Despotism: A Critique of U.N. State-Building in East Timor. *N.Y.U. Journal of International Law and Politics*, v. 33, n. 4, p. 1101-1178, 2001; CHOPRA, Jarat. Building State Failure in East Timor. *Development and Change*, v. 33, n. 5, p. 979-1000, 2002.

10 Report of the Joint Mission to East Timor, op. cit., § 74.

a tarefa de apurar os crimes mais graves cometidos no contexto da consulta popular e punir os responsáveis.¹¹

Todavia, essas recomendações não foram seguidas. Na época, os tribunais *ad hoc* estavam sofrendo várias críticas, por conta, entre outros, dos seus altos custos e de sua deficiente aceitação pela população (*lack of ownership*).¹²No mais, foi considerado como tarefa importante capacitar o pessoal local (*capacity-building*), para conferir maior sustentabilidade a longo prazo dos esforços internacionais de pacificação, inclusive no que se refere à construção do futuro Poder Judiciário nacional. De fato, após décadas de ocupação, realizada por um regime ditatorial indonésio, que discriminou e, muitas vezes, excluiu os nacionais do Timor-Leste das carreiras na justiça, o país, sem dispor de um maior número de juízes, promotores, defensores públicos e advogados, estava objetivamente sem condições de lidar sozinho com o seu legado sombrio e construir um novo Estado de Direito.¹³Diante desse pano de fundo, houve boas razões para testar um modelo novo de justiça de transição.

Esse novo modelo foi constituído pelos Painéis Especiais para Crimes Graves (*Special Panels for Serious Crimes – SPSC*), que passaram a integrar o Tribunal Distrital de Díli, a capital do país, com base no Regulamento Untaet nº 2000/2015¹⁴. Os SPSC eram compostos tanto de juízes internacionais (recrutados e remunerados pela ONU) como nacionais, encarregados de julgar os principais responsáveis pelos crimes mais sérios que haviam sido cometidos no território do Timor-Leste, entre o dia 1º de janeiro e o dia 25 de outubro de 1999.¹⁵Sua implementação marca o início do chamado processo de crimes graves (*serious crime process*).

Sem dúvida, essa decisão das Nações Unidas de optar pelos SPSC foi também uma concessão política à Indonésia e a outros Estados que queriam evitar a criação de um novo tribunal penal internacional *ad hoc* por resolução vinculante do Conselho de Segurança, sob auspícios do Capítulo VII da Carta da ONU, que tivesse obrigado todos os Estados a colaborar de modo compulsório com tal subórgão.¹⁶Temendo tais consequen-

11 Report of the International Commission of Inquiry on East Timor to the Secretary General, January 2000, U.N. Doc. A/54/726, S/2000/59, January 31, 2000, § 153.

12 Vide, por exemplo: KRITZ, Neil J. Coming to Terms with Atrocities – A Review of Accountability Mechanisms for Mass Violations of Human Rights. *Law and Contemporary Problems*, v. 59, n. 4, 1996, p. 146; ZACKLIN, Ralph. The Failings of ad hoc International Tribunals. *Journal of International Criminal Justice*, v. 2, n. 2, p. 541-545, 2004.

13 STROHMEYER, Hansjörg. Collapse and Reconstruction of a Judicial System: The United Nations Missions in Kosovo and East Timor. *American Journal of International Law*, v. 95, p. 46-63, 2001.

14 Untaet Regulation 2000/15 on the Establishment of Panels with Exclusive Jurisdiction over Serious Criminal Offenses, UNTAET/REG/2000/15, 6 June 2000. Disponível em: <<http://www.un.org/en/peacekeeping/missions/past/etimor/untaetR/Reg0015E.pdf>>. Acesso em: 19 fev. 2018. Ao contrário do que o seu nome parece indicar, os regulamentos da Untaet eram uma espécie normativa com a generalidade, abstração e força normativa comparáveis à de uma lei em sentido formal.

15 Id., Section 2.3.

16 Vide LINTON, Suzannah. Unravelling the First Three Trials at Indonesia’s Ad Hoc Court for Human Rights Violations in East Timor. *Leiden Journal of International Law*, v. 17, p. 303, 2004.

ências, Jakarta prometeu à comunidade internacional estabelecer seu próprio tribunal *ad hoc* de direitos humanos para apurar os crimes cometidos em Timor.

A independência formal do Timor-Leste se deu em 20 de maio de 2002, com a posse de José Alexandre "Kay Rala Xanana" Gusmão como presidente da República e a entrada em vigor de nova constituição, elaborada por uma Assembleia Constituinte democraticamente eleita¹⁷. Logo a seguir, a Untaet foi transformada em Unmiset (*United Nations Mission of Support in East Timor*), não sendo mais uma administração supranacional, mas uma missão de apoio ao novo país.¹⁸ No mesmo ano, foram ainda iniciadas as primeiras audiências públicas da Comissão de Acolhimento, Verdade e Reconciliação de Timor-Leste (*Commission for Reception, Truth and Reconciliation in East Timor – CAVR*) como instituição complementar aos SPSC. Seu objetivo principal foi apurar casos de violações de direitos humanos cometidos durante o inteiro período da ocupação pela Indonésia e não se encontrando sob a jurisdição dos SPSC. Composto de sete comissários nacionais e 29 regionais, essa comissão funcionou até outubro de 2004, quando apresentou o seu relatório final.¹⁹

O término do trabalho dos SPSC foi determinado pelas Nações Unidas para o dia 20 de maio de 2005,²⁰ com a Unmiset, que foi imediatamente substituída pelo Unotil (*United Nations Office in Timor-Leste*), como missão menor, claramente vocacionada à construção de capacidades (*capacity building*) em setores estratégicos da Administração Pública timorense.²¹ Hoje, a Unmit (*United Nations Integrated Mission in Timor-Leste*)²², missão que sucedeu a Unotil, já concluiu o seu mandato (finalizado em 31/12/2012) e deixou o país, depois de ter assinado com o governo timorense um Plano de Transição Conjunto (*Joint Transition Plan ou JTP*). A consolidação do processo democrático timorense seguiu a partir dali um novo rumo, sem a presença de uma missão da ONU em seu território, mas ainda contando com solidário apoio daquela importante organização internacional e seus satélites.

17 Conforme bem recorda o preâmbulo da atual Constituição Timorense, a história da independência do país é bastante longa: a independência de Timor-Leste de Portugal foi proclamada inicialmente pela Frente Revolucionária do Timor-Leste Independente (Fretilin) em 28 de novembro de 1975, no vácuo da Revolução dos Cravos, que modificou radicalmente as relações de poder em Lisboa. Entretanto, a Indonésia – possivelmente incentivada pelo receio americano de mais um país comunista no sudeste da Ásia – invade a Pátria Maubere logo depois, em 7 de dezembro de 1975. A luta travada contra o inimigo invasor, inicialmente sob a liderança da Fretilin, dá lugar a partir daí a três importantes frentes: uma guerrilha rural de inspiração foquista (guevariana), protagonizada pelas Forças Armadas de Libertação Nacional de Timor-Leste (Falintil), uma frente clandestina de resistência urbana (dentro do território timorense ocupado) e uma competente frente diplomática (no estrangeiro), cujo rosto mais conhecido é o do Prêmio Nobel da Paz José Ramos Horta, atual representante especial do secretário-geral da ONU para a Guiné-Bissau.

18 U.N. Doc. S/RES/1410 (2002), May 17, 2002.

19 O relatório final é disponível em: <<http://www.etan.org/news/2006/cavr.htm>>. Acesso em: 18 fev. 2018).

20 U.N. Doc. S/RES/1543 (2004), May 14, 2004, § 6; S/RES/1573 (2004), November 16, 2004, § 1.

21 U.N. Doc. S/RES/1599 (2005), April 28, 2005.

22 U.N. Doc. S/Res/1704 (2006), August 25, 2006.

3 Os Painéis Especiais para Crimes Graves (SPSC)

3.1 Natureza, composição e estrutura organizacional

Como os SPSC foram formalmente inseridos na estrutura funcional do Tribunal Distrital de Díli²³, trata-se, do ponto de vista técnico, de órgãos nacionais do Timor-Leste, ou seja, eles não dispõem do clássico *status* de organização internacional, como os tribunais para ex-Iugoslávia, Serra Leoa e Ruanda.²⁴ Diante disso, tampouco se qualificam como verdadeiro tribunal penal internacional, embora juízes, promotores e defensores públicos internacionais gozassem de todo o estatuto de servidores internacionais da ONU. O fato de cada um dos, inicialmente²⁵, dois painéis ser composto por dois juízes internacionais e um juiz timorense²⁶ justifica a sua denominação como “tribunal misto”, “híbrido” ou “internacionalizado”.

O recrutamento e a nomeação dos juízes foram realizados pelas Nações Unidas. Os principais critérios foram, além da capacidade de ser juiz no seu Estado de origem, o “alto caráter moral, a imparcialidade e a integridade” do candidato.²⁷ Ademais, o Regulamento nº 15/2000 frisou que cada painel deveria ter sido composto por juízes especialistas em Direito Penal e Direito Internacional Público, em particular, Direito Internacional Humanitário e direitos humanos. Os idiomas admitidos perante os SPSC eram o bahasa indonésio, o inglês, o português e o tétum (a língua nativa oficial de Timor-Leste).

As investigações e as acusações foram realizadas pela Unidade Especial para Crimes Graves (*Serious Crimes Unit* – SCU). Sua composição era também mista, integrando vários procuradores, consultores, policiais etc. do exterior, todos recrutados pelas Nações Unidas.²⁸ Inserida na Procuradoria-Geral do Timor-Leste, tratava-se igualmente de um órgão formalmente nacional ou, pelo menos, híbrido.

A Defense Lawyers Unit (DLU), órgão encarregado de assistir os acusados e assegurar o respeito pelos seus direitos no processo penal, foi criado em setembro de 2002,

23 Além do tribunal distrital de Díli, havia tribunais distritais em Baucau, Maliana e Ermera, e uma Corte de Apelação (ou Tribunal de Recurso) em Díli, uma segunda instância nacional.

24 NOUWEN, Sarah M.H. Hybrid Courts. The hybrid category of a new type of international criminal courts. *Utrecht Law Review*, v. 2, n. 2, p. 202, 2006.

25 Em 2004, foi criado um terceiro painel, para acelerar o processo de encerramento do mandato até junho de 2005.

26 UNTAET Regulation n. 2000/15, op. cit., Section 22.1. Para casos de excepcional complexidade, o mesmo dispositivo permitia que a composição do painel fosse de cinco juízes: “In cases of special importance or gravity a panel of five judges composed of three international and two East Timorese judges may be established.”

27 Id., Section 22.2. Entre os juízes internacionais, havia magistrados oriundos do Brasil, Burundi, Cabo Verde, Alemanha, Itália, Portugal, Uganda e Estados Unidos.

28 UNTAET Regulation n. 2000/16 on the Regulation of the Public Prosecutor Service in East Timor. UNTAET/REG/2000/16, June 6, 2000.

após severas críticas no que se refere à garantia da igualdade de armas perante os SPSC.²⁹ Antes, a defesa era feita exclusivamente por advogados do Timor-Leste, muitas vezes, pouco familiarizados com as exigências de um tribunal com jurisdição para crimes internacionais e mesmo com algumas lacunas na formação jurídica de base.

4 Jurisdição e direito aplicável

Os SPSC possuíam jurisdição universal sobre três crimes internacionais: genocídio, crimes de guerra e crimes contra a humanidade.³⁰ Os tipos penais, estipulados pelo Regulamento nº 15/2000, foram literalmente retirados do Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional de 1998,³¹ manifestando, portanto, a expectativa da comunidade internacional dos Estados de que os SPSC construíssem o processo de consolidação do Direito Penal Internacional em Timor. Para tanto, os juízes poderiam, caso entendessem apropriado, aplicar tratados internacionais pertinentes, bem como as normas e os princípios reconhecidos pelo Direito Internacional, inclusive os estabelecidos pelo Direito Internacional dos conflitos armados.³²

Os outros três tipos criminais sob jurisdição dos SPSC foram homicídio, delitos sexuais e tortura.³³ O tipo penal da tortura foi definido pelo Regulamento nº 15/2000, porém de forma mais ampla do que na Convenção da ONU contra Tortura de 1984 – provavelmente, para fazer face à dificuldade de imputar os atos cometidos pelas milícias ao Estado indonésio.³⁴ Quanto aos crimes de homicídio e delitos sexuais, a referência foi feita no Regulamento do “Código Penal aplicável no Timor-Leste”. O objetivo era declarar aplicável o Direito Penal da Indonésia, salvo nas suas incompatibilidades com os *standards* internacionais de direitos humanos,³⁵ para sanar lacunas jurídicas e evitar insegurança jurídica até a entrada em vigor de um novo Código Penal, totalmente elaborado pelo legislador do Timor-Leste.

29 COHEN, David. “Justice on the Cheap” Revisited: The Failure of the Serious Crimes Trials in East Timor. *Asia Pacific Issues*, n. 80, p. 5, 2006. Disponível em: <<http://www.eastwestcenter.org/sites/default/files/private/api080.pdf>>. Acesso em: 18 fev. 2018.

30 UNTAET Regulation n. 2000/15, op. cit., Section 4 (Genocide), Section 5 (Crimes Against Humanity), Section 6 (War Crimes).

31 Rome Statute of the International Criminal Court, July 17, 1998, ILM 37 (1998), 1007.

32 Id. Section 3.1 (b).

33 Id., Section 7 (Torture), Section 8 (Murder), Section 9 (Sexual Offences).

34 TURNIS, David. Internationalised or ad hoc Justice for International Criminal Law in a Time of Transition: The Cases of East Timor, Kosovo, Sierra Leone and Cambodia. *Austrian Review of International and European Law*, v. 6, p. 123, 2001.

35 Foi, de fato, necessário abolir vários tipos penais, como o crime de subversão e a pena de morte. Detalhes: KALBUSCH, Marco. Friedenssicherung durch Recht: Die Verfolgung schwerer Straftaten in Osttimor. *Indonesien Information*, n. 1, 2003. Disponível em: <http://home.snafu.de/watchin/IL_1_03/Verfolgung.htm>. Acesso em: 18 fev. 2018.

Além dos tipos penais, o Regulamento nº 15/2000 fixou vários princípios gerais de Direito Penal, entre outros *nullum crimen sine lege*, *nulla poena sine crimen* e *ne bis in idem*.³⁶ Ressalte-se que as provisões sobre “responsabilidade criminal individual”, “responsabilidade superior”, “os elementos psicológicos”, “as causas de exclusão da responsabilidade criminal” e “decisão hierárquicas” (ordens superiores), entre outras, foram igualmente retiradas do Estatuto de Roma.³⁷ Como a maioria dos crimes cometidos envolveu milicianos, que obviamente tinham executado ordens dadas por superiores, esperavam-se importantes esclarecimentos doutrinários pela jurisprudência dos SPSC, assim orientando o futuro trabalho do Tribunal Penal Internacional. Isso vale particularmente, como causa de exclusão de responsabilidade para as condições de “coação” (*duress*) e como circunstâncias atenuantes para a “decisão hierárquica” (*superior orders*).³⁸

O Direito Processual Penal foi estipulado pelo Regulamento nº 30/2000,³⁹ que seguiu, em grande parte, as provisões dos tribunais *ad hoc* para ex-Iugoslávia e Ruanda, baseando-se em elementos tanto do *civil law* como do *common law*.⁴⁰ Enfim, outra particularidade foi o papel especial previsto para as vítimas. Dotadas de direitos amplos, em todos os níveis do processo, podiam até exigir determinadas investigações da SCU.

5 Análise de jurisprudência dos SPSC e do Tribunal de Recurso

Diante desse pano de fundo descrito até aqui, pergunta-se até que ponto os SPSC conseguiram realizar a sua tarefa de julgar os principais responsáveis pelos crimes cometidos no contexto do referendo timorense de 1999, ao mesmo tempo, oferecendo jurisprudência relevante para consolidação do Direito Penal Internacional. Estava claro, desde o início, que se tratava de uma tarefa difícil, sobretudo à luz das condições precárias encontradas pelas Nações Unidas para implementação daquele inovador mecanismo de justiça de transição.

³⁶ UNTAET Regulation n. 2000/15, op. cit., Sections 11-13.

³⁷ *Id.*, Section 14 (Individual Criminal Responsibility); Section 16 (Command Responsibility), Section 18 (Mental Element); Section 19 (Grounds for Excluding Criminal Responsibility), Section 21 (Superior Orders or Prescription of Law).

³⁸ Vide para uma visão geral sobre as problemáticas: WERLE, Gerhard. *Principles of International Criminal Law*, 2nd ed. The Hague: T.M.C. Asser Press 2009, §§ 554-558, §§ 582-595.

³⁹ UNTAET Regulation n. 2000/30 on Transitional Rules of Criminal Procedures, UNTAET REG/2000/30, September 25, 2000.

⁴⁰ BERTODANO, Sylvia de. Current Developments in Internationalized Courts. *Journal of International Criminal Justice*, v. 1, n. 1, p. 231, 226-244, 2003.

Quanto ao Tribunal *ad hoc* de Direitos Humanos, estabelecido em 2001 pela Indonésia, ficou logo evidente, o que a princípio era apenas previsível:⁴¹ a falta de um verdadeiro interesse do governo indonésio em se ocupar com as vítimas do Timor-Leste. Foram instaurados processos penais apenas contra 18 indivíduos, dos quais somente seis foram condenados pelo Tribunal *ad hoc*, porém todos foram considerados inocentes pelo Tribunal de Recurso e pelo Supremo Tribunal da Indonésia.⁴² À luz desse resultado acanhado, os SPSC parecem brilhar com números impressionantes: ao todo, dos 87 acusados, em 55 processos, 83 foram condenados, ou seja, 97,7% de condenações.⁴³ Provavelmente, o número total de condenados seria consideravelmente maior, se a Indonésia tivesse cumprido o *Memorandum of Understanding* de abril de 2000⁴⁴, no qual havia prometido a transferência de indivíduos acusados pela SCU por crimes internacionais. No entanto, isso não ocorreu e a maioria das 391 pessoas acusadas pelo SCU ficou fora do alcance dos SPSC.⁴⁵ Além disso, ressalva-se que os SPSC e o SCU não tiveram oportunidade de terminar os seus trabalhos, deixando nada menos do que 514 investigações incompletas.⁴⁶

Interessante é perceber que essa “taxa de sucesso” (97,7% de condenações) é precisamente o ponto de partida de uma das críticas mais severas em relação ao desempenho dos SPSC. Costuma-se mencionar que os princípios básicos de *fair trial* e *due process* foram, muitas vezes, desrespeitados e, em alguns casos, foram violados os direitos dos acusados⁴⁷, em nome da rapidez e efetividade dos julgamentos. Em outras palavras, sustenta-se ter havido a condenação injustificada ou, pelo menos, incorreta, de várias pessoas que, portanto, poderiam ter pedido redução da pena ou até absolvição, além de indenização devido ao respectivo erro judicial. Essa objeção é tão grave que precisa ser substanciada em cada caso individualmente e com base em informações passíveis de verificação. Obviamente, tal análise minuciosa ultrapassaria os objetivos dessa contribuição. Serão, a seguir, destacados alguns casos emblemáticos que demonstram, pelo

41 COHEN, David. Intended to Fail: The Trails Before the Ad Hoc Human Rights Tribunal in Jakarta. **ICTJ Occasional Paper Series**, 2003. Disponível em: <<https://ictj.org/sites/default/files/ICTJ-Indonesia-Rights-Court-2003-English.pdf>>. Acesso em: 1º dez. 2012.

42 PAMPALK, Madalena. Accountability for Serious Crimes and National Reconciliation in Timor-Leste: Progress or Wishful Thinking?. **Austrian Journal of South-East Asian Studies**, v. 3, n. 1, p. 11, 2010.

43 COHEN, David. Indifference and Accountability: The United Nations and the Politics of International Justice in East Timor. **East-West Center Special Reports**, n. 9, p. 11-12, Jun. 2006..

44 Memorandum of Understanding between the Republic of Indonesia and the United Nations Transitional Administration in East Timor regarding cooperation in Legal, Judicial and Human Rights Related Matter, 6 April 2000. Disponível em: <<http://mj.gov.tl/jornal/lawsTL/Other-Docs/mou-id-untaet.htm>>. Acesso em: 18 fev. 2018.

45 COHEN, **Indifference and Accountability**, op. cit., p.13.

46 Id., p. 15.

47 Id., p. 19, p. LINTON, Suzannah/REIGER, Caitlin. The Evolving Jurisprudence and Practice of East Timor’s Special Panels For Serious Crimes on Admission of Guilt, Duress and Superior Orders. **Yearbook of International Humanitarian Law**, v. 4, p. 45, 2001.

menos, alguns indícios de que as críticas feitas, em alguns casos pontuais, não carecem de fundamento.

5.1 Caso João Fernandes

Comumente, o primeiro caso julgado por um novo tribunal, em particular, internacional ou internacionalizado, promete ser emblemático. Muitas vezes, os juízes querem aproveitar essa oportunidade para esclarecer uma série de questões paradigmáticas, assim fixando as bases do seu futuro trabalho, tornando-o transparente e previsível. No mais, sentindo a atenção internacional, os juízes costumam expor, de modo detalhado, os fatos relevantes para as suas considerações jurídicas, destarte criando jurisprudência e, no mais, indiretamente contribuindo para a construção da memória e verdade não somente das vítimas em análise mas também do povo inteiro. Diante disso, o primeiro caso julgado pelos SPSC decepcionou por várias razões. Trata-se do caso de João Fernandes.

João Fernandes foi detido, em 18 de julho de 2000, e acusado, em 15 de novembro do mesmo ano, por ter assassinado, em 8 de setembro de 1999, Domingos Gonsalves Pereira, chefe de uma vila. Conforme o libelo acusatório, que consiste em duas páginas, João Fernandes era integrante de uma milícia cujo chefe tinha comandado o assassinato.⁴⁸ Foi também disponibilizada a arma que matou o chefe da vila. De acordo com os supracitados relatórios da ONU, sabia-se que casos como esse tinham ocorrido, em grande número, no Timor-Leste, obviamente fazendo parte de um ataque generalizado e sistemático contra a sua população timorense. Por essa razão, esperava-se a acusação do João Fernandes por crime contra a humanidade, possibilitando ao painel especial emitir uma decisão chave que determinasse o rumo do seu futuro trabalho.

No entanto, o esperado não aconteceu, porque o libelo restringiu-se a alegar o cometimento de assassinato, impedindo o Tribunal de analisar as condições de crime contra a humanidade. O painel, por sua vez, considerou suficiente tratar o caso inteiro em pouco mais de seis páginas, condenando João Fernandes a doze anos de prisão. Pode-se dizer que o número de laudas se mostrou bastante breve, levando em consideração o fato de que o painel entendeu, porém, sem análise maior dos fatos e das condições necessárias, que o acusado tinha confessado a sua culpa, assim justificando a abreviação do processo pela renúncia à presunção de inocência.⁴⁹ Nessa parte, os juízes observaram que foi impossível achar qualquer documento referente à detenção do João Fernandes

48 The Prosecutor v Joao Fernandes, Case 01/2000, Indictment, November 14, 2000, p. 2.

49 The Prosecutor v Joao Fernandes, Case 01/2000, Final Decision, January 25, 2001.

e os motivos da sua prorrogação.⁵⁰ No mais, relataram que tiveram de protelar a decisão sobre o caso, em virtude da falta de um tradutor, indicando problemas referentes aos direitos do acusado.⁵¹ A decisão indica:

The Public Prosecutor answered that in 1999 in East Timor, there were widespread and systematic attacks against the civilian population, and that Maliana case was a part of them. The public prosecutor then explained that she charged one murder because there is no evidence of crimes against humanity, the accused is detained and seek a quick justice (sic).⁵²

Enfim, a discussão de mérito foi elaborada em dois breves parágrafos, sem citar jurisprudência e doutrina algumas.⁵³

Mesmo assim, é difícil deduzir desses fatos que o direito do condenado a uma decisão fundamentada (*reasoned decision*) foi violado. Como se sabe, o controle desse direito não obedece a critérios rígidos e objetivos. Antes de mais nada, precisa ser demonstrada a natureza arbitrária da decisão judicial.⁵⁴ Por isso, é de importância fundamental a garantia de um recurso. João Fernandes tinha esse direito⁵⁵ e fez uso dele, alegando que tinha confessado que a ação não era de intento premeditado e deliberado, pois tinha executado as ordens de um comandante da milícia indonésia. Por isso, pediu a própria absolvição.

O tribunal recursal considerou seu apelo improcedente, porque interpretou que João Fernandes tinha confessado o crime, conforme as regras estabelecidas pelo Regulamento nº 15/2000. Todavia, deve constar que não se levou em consideração a possibilidade de João Fernandes não ter compreendido o que seria e o que significava uma confissão de culpa, e que talvez quisesse alegar coação, sendo essa uma causa de exclusão de pena. De fato, o juiz Frederick Egonda-Ntende criticou fortemente a decisão do tribunal no seu voto dissidente, demonstrando que foi simplesmente aceita a confissão de culpa, sem tentar encontrar, como previsto pelo regulamento e confirmado por jurisprudência internacional, provas substanciando a sua validade. No mais, entendeu que João Fernandes não estava suficientemente informado sobre as consequências da sua

50 Id., § 1.

51 Id., § 4.

52 Id., § 5.

53 Id., § 17-18.

54 European Court of Human Rights. *Helle v. Finland*, n. 20772/92, Judgment, December 19, 1997, § 55; *Taxquet v. Belgium*, Application n. 926/05, Judgment, November 16, 2010, § 90. ROBERTS, Paul. Does Article 6 of the European Convention on Human Rights Require Reasoned Verdicts in Criminal Trials?. *Human Rights Law Review*, v. 2, n. 11, p. 213, 2011.

55 UNTAET Regulation n. 2000/30, op. cit., Section 40.1.

confissão. E concluiu: “The trial court, though, in my view, made such grave errors of law amounting to a nullity within the terms of Section 54.2(e). No action by this court can at law cure those errors.”⁵⁶ Em resumo, a caso João Fernandes fora bem ao contrário do que se esperava. Restou mesmo a impressão de que o painel não conseguiu garantir um processo justo a respeito dos *standards* internacionais.⁵⁷

Infelizmente, esse primeiro caso é exemplar, em vários sentidos, no que se refere à difícil fase inicial dos processos instaurados perante os SPSC. Todos os nove libelos do ano de 2000 evitaram acusar de crimes internacionais e são de grande brevidade, assim manifestando a estratégia inicial da SCU de resolvê-los de forma mais veloz.⁵⁸ No entanto, chama atenção a brevidade das sentenças emitidas pelos SPSC, indicando que compartilhavam com a SCU o mesmo interesse em velocidade. Observa-se, enfim, o fato de que nos primeiros 14 processos nenhuma testemunha de defesa foi chamada, porque os interrogados declararam-se culpados.⁵⁹ Quase todos recorreram, porém, sem sucesso.

5.2 Os casos Manuel Gonçalves Leto Bere e Armando dos Santos

Outro exemplo é o caso do Manuel Gonçalves Leto Bere, aliás Manuel Leto Bere, decidido pelo Tribunal Recursal, em 16 de outubro de 2003.⁶⁰ Condenado na primeira instância a quatorze anos de prisão por assassinato, conforme o Código Penal da Indonésia,⁶¹ alegou que era ameaçado por milicianos e forçado a matar, assim dando, outra vez, a possibilidade de discutir a questão das decisões hierárquicas e de sua delimitação da “coaçoão” como causa de exclusão de responsabilidade criminal.

No entanto, o que deve interessar aqui é simplesmente o fato de que o tribunal recursal não só considerou o respectivo apelo improcedente mas também, sem dispor de tal competência,⁶² alterou a decisão da primeira instância para “crime contra a humanidade na forma de genocídio”, de acordo com o Código Penal de Portugal, mantendo a pena de 14 anos de prisão. Manuel Gonçalves nunca tinha sido acusado de tal crime, que, na

56 The Prosecutor v. Joao Fernandes, Case n. 01/2000, Court of Appeals, 29 June 2001, Dissenting Vote, p. 12.

57 Compare COHEN, **Indifference and Accountability**, op. cit., p. 47; LINTON/REIGER, op. cit., p. 14-22.

58 Todas as decisões dos SPSC estão disponíveis em: <<http://wcsc.berkeley.edu/east-timor/east-timor-2/>> (5.1.2013).

59 COMBS, Nancy A. **Fact-Finding Without Facts**. The Uncertain Evidenciary Foundations of International Criminal Convictions. Cambridge et al.: Cambridge University Press, 2010, p. 146.

60 The Prosecutor v. Manuel Gonçalves Leto Bere, Case n. 10/2000, Court of Appeals, October 16, 2003.

61 The Prosecutor v. Manuel Gonçalves Leto Bere, Case n. 10/2000, Final Decision, May 15, 2001.

62 Vide UNTAET Regulation n. 30/2000, Section 32.4.: “The accused shall not be convicted of a crime that was not included in the indictment, as it may have been amended, or of which the accused was not informed by the judge.”

verdade, nem é tipificado pelo Regulamento da Untaet nº 15/2000 nem pelo Direito Internacional Criminal em geral, pois genocídio e crimes contra a humanidade são, há muito tempo, considerados dois tipos distintos de crimes internacionais⁶³. Para compreender os equívocos cometidos, é mister estudar o recurso do Armando dos Santos, de 15 julho de 2003, que deu lugar a uma pesada crítica internacional.

Acusado, em 5 de junho de 2001, por homicídios e por outros atos desumanos como crimes contra a humanidade, Armando dos Santos foi condenado na primeira instância, em 9 de dezembro de 2002, a vinte anos de prisão, de acordo como o Código Penal da Indonésia, por crimes de homicídio em três casos.⁶⁴ A Procuradoria não queria aceitar a não condenação de Armando dos Santos por crime contra humanidade, como exigido no libelo,⁶⁵ e, por isso, recorreu. Os juízes do tribunal de recurso, porém, leram o libelo como se Armando dos Santos fosse acusado de algo que chamavam de “crime contra a humanidade, homicídio com premeditação, previsto pelos artigos 5.1, alínea a) do Regulamento da Untaet nº 2000/15”.⁶⁶ Todavia, o artigo 5.1 nem menciona nem exige premeditação como elemento do crime contra a humanidade. Como tudo indica, o Tribunal não tinha consciência desse detalhe⁶⁷ e, por isso, aplicou o elemento da premeditação, concluindo que nem seria possível comprovar a sua existência nem condenar Armando dos Santos por crime contra humanidade.

O tribunal recursal decidiu ainda entrar em uma controversa análise do direito aplicável, decidindo, em um primeiro momento, que o Código Penal da Indonésia era inaplicável em razão da ilegalidade da ocupação do Timor-Leste pelo país, chegando à conclusão de que o direito aplicável seria, na verdade, o Código Penal português, como lei que vigorava antes da ocupação pela Indonésia em 1975.⁶⁸ Ainda, o tribunal de Díli decidiu, em um segundo instante, que fosse impedido de aplicar o crime contra a humanidade conforme o Regulamento nº 15/2000, pois tratava-se de legislação penal retroativa.⁶⁹

Até então, todas as acusações e sentenças tinham se baseado ou no Código Penal da Indonésia ou no Estatuto do Tribunal conforme o regulamento nº 15/2000. Com sua decisão, o tribunal recursal colocou em xeque a legalidade de todos esses processos

63 Vide, por exemplo, AMBOS, Kai. *Internationales Strafrecht. Strafanwendungsrecht, Völkerstrafrecht, Europäisches Strafrecht*. 3. Aufl., München: C.H. Beck Verlag 2011, p. 219.

64 *The Prosecutor v. Armando dos Santos*, n. 16/2001, Court of Appeal, July 15, 2003.

65 *The Prosecutor v. Armando dos Santos*, n. 16/2001, Indictment, June 5, 2001, p. 7.

66 *The Prosecutor v. Armando dos Santos*, Court of Appeal, op. cit., p. 1.

67 COHEN, Indifference and Accountability, op. cit., p. 83. BERTODANO, Sylvia de. Current Developments in Internationalized Courts: East Timor – Justice Denied. *Journal of International Criminal Justice*, v. 2, n. 3, p. 910, 2004.

68 *The Prosecutor v. Armando dos Santos*, Court of Appeal, op. cit., p. 5.

69 *Id.*, p. 9.

e até os fundamentos da sua jurisdição.⁷⁰ A determinação de que as leis portuguesas vigorariam causou considerável insegurança jurídica. Após mais de 25 anos de ocupação da Indonésia, essas leis eram desconhecidas tanto pela população quanto pela maioria dos advogados, juizes e procuradores do Timor-Leste. De fato, essa opção não era seriamente discutida, sempre houve consenso de que fosse utilizado o Código Penal indonésio. O que provavelmente motivou essa interpretação foi a utilização da versão portuguesa do Regulamento que não era considerada autêntica⁷¹ e, por isso, não podia servir para fim de interpretação. A versão autêntica fala de “*applicable law*”, traduzida pela versão portuguesa com as palavras “as leis vigentes” (“*applying law*”), sugerindo analisar a pergunta: qual direito deve ser aplicado no Timor-Leste? Por isso, o tribunal recursal conclui:

Nessa base, ‘a legislação vigente no Timor-Leste antes de 25 de outubro de 1999’ só podia ser a portuguesa. E, portanto, aos casos que não estejam regulados por legislação emanada do Parlamento Nacional ou do Governo da República Democrático do Timor-Leste nem por Regulamento da UNTA-ET deve aplicar-se neste país, subsidiariamente, a legislação portuguesa.⁷²

Quanto à problemática da retroatividade dos crimes tipificados pelo Regulamento nº 15/2000, os juizes pareciam ignorar a jurisprudência internacional em relação ao assunto. Em particular, os tribunais penais internacionais para ex-Iugoslávia e Ruanda tinham recentemente confirmado a posição da comunidade internacional, bem como a da maioria na doutrina de que os crimes de genocídio, de guerra e contra a humanidade vigoram há muito tempo como Direito Internacional costumeiro.⁷³ Portanto, não se aplicava o princípio da retroatividade. De fato, essa situação jurídica era tão clara que os SPSC se recusaram a adotar a posição do tribunal recursal que logo a abandonou.

Enfim, resta ainda esclarecer como o Tribunal de Recurso chegou a condenar Manuel Gonçalves e Armando dos Santos por “crime contra a humanidade em forma de genocídio”. Como vimos, esse crime inexistia tanto no Regulamento nº 15/2000 quanto no Direito Criminal Internacional em geral, mas o Código Penal de Portugal foi considerado aplicável. Nesse código, sim, existia, na época ainda, tal tipo, razão pela qual os magistrados concluíram: “A conduta do arguido integra, assim, apenas um crime contra

70 BERTODANO, *Justice Denied*, op. cit., p. 910. CRYER, Robert; FRIMAN, Hakan; ROBINSON, Darryl; WILMSHURST, Elizabeth. **An Introduction to International Criminal Law and Procedure**. 2nd ed. Cambridge: Cambridge University Press 2010, p. 191.

71 COHEN, **Indifference and Accountability**, op. cit., p. 84.

72 *The Prosecutor v. Armando dos Santos*, Court of Appeal, op. cit., p. 6.

73 Vide, por exemplo, ICTY, *The Prosecutor v. Tadic*, Appeals Chamber, Decision of May 21, 1995, § 92; WERLE, op. cit., § 104.

a humanidade na forma de genocídio.”⁷⁴ De se considerar, porém, que o próprio direito português, em conformidade como o Direito Internacional dos Direitos Humanos, também previa e continua a prever que ninguém pode ser condenado por crimes sobre os quais não foi informado na acusação.⁷⁵ Portanto, a decisão do tribunal recursal, paradoxalmente, violou tanto o direito português quanto o direito internacional, em particular, o artigo 14 do Pacto Internacional dos Direitos Humanos como tratado aplicável, conforme a seção 3.1 b) do Regulamento.

Para reparar as principais dúvidas causadas pelo Tribunal de Recursos de Díli, o parlamento do Timor-Leste adotou, em 30 de setembro de 2003, uma lei estipulando que o direito aplicável no território nacional era aquele adotado pela Indonésia, ao menos, até a sua substituição pelo direito timorense, conforme as regras da nova constituição.⁷⁶ No que se refere aos condenados, no entanto, não houve discussão referente à possibilidade de reparar os danos sofridos. A comunidade internacional optou pelo silêncio, tendo consciência de que eles não tinham mais outro recurso à disposição para exigir qual justiça fosse feita com pleno respeito pelas garantias judiciais.

Entre as poucas vozes críticas encontrava-se aquela da juíza timorense no Tribunal de Recursos, Jacinta Correia da Costa. No caso Armando dos Santos, a magistrada havia pedido, sem sucesso, aos seus colegas internacionais, Cláudio de Jesus Ximenes (um luso-timorense) e José Maria Calvário Antunes (português), um tempo para elaborar a sua opinião dissidente. Por isso, ela anotou, ao lado da sua assinatura, uma frase indicando seu incômodo em relação à interpretação da lei aplicável.⁷⁷ Mais tarde, em Manuel Gonçalves Leto Bere, os dois juízes internacionais repetiram as mesmas conclusões. No entanto, desta vez, Jacinta Correia da Costa conseguiu anexar o seu voto dissidente. Seu conteúdo mostra sua habilidade de interpretar o direito vigente.⁷⁸ Um detalhe interessante é que esses dois juízes internacionais foram renomeados pelas Nações Unidas e também autorizados a atuar como professores no Judicial Training Center. Nesse curso de capacitação, obrigatório para todos os juízes do Timor-Leste que estivessem participando dos processos de crimes graves, Jacinta Correia da Costa foi reprovada, com todos os outros participantes.⁷⁹ Indubitavelmente, trata-se de um fato constrangedor que revela problemas no que se refere ao cumprimento da tarefa de ca-

74 *The Prosecutor v. Manuel GoncalvesLetoBere*, Court of Appeals, op. cit., p. 11.

75 Compare COHEN, **Indifference and Accountability**, op. cit., p. 87.

76 *Id.*, p. 85.

77 *The Prosecutor v. Armando dos Santos*, Court of Appeal, op. cit., p. 29. A magistrada indicou: “Regarding to Dissenting Vote about the applicable law in this process, in my opinion in this case the applicable law is the Indonesian law.”

78 *The Prosecutor v. Manuel Gonçalves Leto Bere*, Court of Appeals, op. cit., p. 14 et seq.

79 COHEN, **Indifference and Accountability**, op. cit., p. 94.

pacitar pessoal para atuar na justiça, sendo uma problemática especial ainda a ser analisada, tanto do ponto de vista jurídico-pedagógico quanto político.

5.3 O caso Joni Marques e 9 Outros (caso Los Palos)

O primeiro grande caso envolvendo crimes contra a humanidade foi registrado como Procurador v. Joni Marques e 9 Outros,⁸⁰ todavia mais conhecido como caso Los Palos, a capital de um distrito em que ocorreram várias batalhas entre os guerrilheiros das “Forças Armadas de Libertação Nacional de Timor-Leste” (Falintil) e a famigerada milícia “TEAM Alpha”. Esse grupo paramilitar era ligado às Forças Armadas da Indonésia e responsável por uma série de atos de barbárie contra a população local, entre outros, o massacre de um grupo, incluindo algumas freiras, em 25 de setembro de 1999. Vários milicianos conseguiram fugir para Timor-Oeste⁸¹, outros, porém, foram capturados e, em dezembro de 2000, acusados pela Procuradoria-Geral por crimes contra a humanidade.

Assim, iniciou-se um processo criminal complexo e de grande significado simbólico contra os dez acusados que só terminou, em 11 de dezembro de 2001, com a imposição de penas entre quatro e 33 anos e quatro meses de reclusão. O julgamento, que consiste em quase 350 páginas, demonstra que foi realizado um trabalho que diz respeito às exigências de tal processo. Por isso, é avaliado, em comparação com os julgamentos anteriores, como um passo à frente em razão da sua melhor qualidade,⁸² embora continuassem as críticas em relação à plena garantia dos *standards* internacionais em termos de contraditório e ampla defesa.⁸³

Los Palos entrou nos livros didáticos do Direito Penal Internacional em virtude do raciocínio de que fosse necessário comprovar que o ataque generalizado e sistemático, como elemento fundamental do crime contra a humanidade, fosse cometido no contexto de um conflito armado.⁸⁴ Evidentemente, os juízes não tinham consciência do fato de que o regulamento nº 15/2000 como também o Estatuto de Roma distinguem-se do Estatuto do Tribunal Penal Internacional para ex-Iugoslávia por não exigir tal elemento.

80 The Prosecutor v Joni Marques and Others (“Los Palos Case”), n. 09/2000, Final Decision, December 11, 2001.

81 A ilha Timor é dividida entre dois territórios distintos: a parte oriental da ilha constitui o Timor-Leste, a antiga colônia portuguesa hoje independente; a parte ocidental da mesma ilha, o Timor-Oeste, era uma antiga colônia holandesa e que hoje compõe uma porção (não soberana) do vasto arquipélago indonésio.

82 Judicial System Monitoring Programme. Prosecutor v Joni Marques and Others (Los Palos Case), **Trial Report**. Dili – East Timor, p. 34, March 2002.

83 Id., p. 35; NEGRI, Stefania. Equality of Arms – Guiding Light or Empty Shell? In: BOHLANDER, Michael (Ed.). **International Criminal Justice: A Critical Analysis of Institutions and Procedures**. London: Cameron May Ltd. 2007, p. 53; COMBS, op. cit., p. 146.

84 The Prosecutor v Joni Marques and Others, op. cit., § 684. Vide BANTEKAS, Ilias. **International Criminal Law**, 4th ed. Oxford and Portland, Oregon: Hart Publishing, 2010, p. 452.

Trata-se de uma diferença comumente conhecida pelos estudiosos do Direito Penal Internacional.⁸⁵

Embora, no caso concreto, a interpretação não tivesse consequências relevantes para o processo e para os acusados, Los Palos é outro exemplo que ilustra porque os tribunais especiais no Timor-Leste não conseguiram fazer contribuições significativas para evolução do Direito Penal Internacional. Pelo contrário, busca-se geralmente em vão, nas obras didáticas e na jurisprudência internacional, por citações das suas decisões como referências importantes. De modo interessante, em Los Palos, os juízes chegaram à conclusão que “there was an armed conflict in East Timor between paramilitary groups openly supported by Jakarta and others dedicated to the independence of this half-island”,⁸⁶ porém, sem analisar o significado da ocupação ilegal pela Indonésia e do cessar-fogo entre as Falintil e as Forças Armadas indonésias. Mesmo assim, a constatação de que houve um conflito armado indica a possibilidade de terem sido cometidos, no Timor-Leste, crimes de guerra, que, por essa razão, foram incluídos no Regulamento nº 15/2000. Todavia, nenhuma pessoa foi acusada por seu cometimento perante os SPSC.⁸⁷ Os motivos por essa omissão não podem ser apurados aqui, mas, obviamente, trata-se de outra circunstância que decepciona as expectativas tanto da comunidade internacional como da doutrina do Direito Internacional Público.⁸⁸

6 Conclusão

No seu relatório final, a comissão de *experts* encarregada pelo secretário-geral da ONU de rever a perseguição de violações graves de direitos humanos no Timor-Leste afirma o seguinte:

The Commission of Experts finds that the serious crimes process in Timor-Leste has ensured a notable degree of accountability for those responsible for the crimes committed in 1999. Investigations and prosecutions by SCU have generally conformed to international standards. The Special Panels have provided an effective forum for victims and witnesses to give evidence. The number and quality of some of the judgments rendered is also testimony to the ability of the Special Panels to establish an accurate historical

85 Vide AMBOS, op. cit., p. 212; WERLE, op. cit., § 794.

86 The Prosecutor v Joni Marques and Others, op. cit., § 686.

87 LA HAYE, Eve. **War Crimes in Internal Armed Conflicts**. Cambridge: Cambridge University Press 2008, p. 264.

88 BRAUN, Leonie von. Die Strafverfolgung von Menschenrechtsverbrechen aus der Praxis: Entwicklung, Struktur und Leistungsfähigkeit des Sondergerichts in Osttimor. **Humanitäres Völkerrecht-Informationsschriften**, v. 18, n. 2, p. 99, 2005.

record of the facts and events of 1999 during the short duration of its work. In general, the decisions of the Special Panels will assist in establishing clear jurisprudence and practice for other district courts dealing with serious crimes in the future.⁸⁹

Diante de todo o exposto até aqui, parece difícil ratificar tal avaliação sem reservas. Embora, seja certamente injusto criticar todo o trabalho feito sob condições precárias e até confusas, sem reconhecer que houve, sim, processos e sentenças de boa qualidade respeitando plenamente os *standards* internacionais,⁹⁰ devido ao engajamento de várias pessoas que conseguiram desdobrar as suas qualificações apesar de tantos obstáculos e circunstâncias difíceis, não se pode minimizar o fato de que o número de acusações e sentenças de baixa qualidade é alarmante em comparação com a jurisprudência de outros tribunais internacionais ou internacionalizados. A análise dos processos julgados pelos SPSC, elaborada aqui de forma pontual, aponta a existência de problemas estruturais na implementação do seu mandato. Portanto, pergunta-se quais as causas e razões que contribuíram para esse desempenho desse tribunal misto que, visto sob uma perspectiva crítica, não conseguiu satisfazer as mais elevadas expectativas. Como sempre, não há explicação simples e monocausal, mas é necessário levar em consideração uma série de fatores.

As Nações Unidas encontraram um país, e, em particular, um sistema judicial, quase totalmente destruído e em situação caótica. Vários detidos, suspeitos de terem cometido crimes graves no contexto da consulta popular timorense, estavam esperando por sua acusação formal sem dilação de prazo.⁹¹ Diante desse pano de fundo, a SCU adotou a estratégia de resolver esses casos que não envolviam “peixes grandes” de forma mais rápida, acreditando respeitar interesses tanto dos acusados como das vítimas. Até determinado ponto, parece que essa estratégia foi indiretamente incentivada pela política de pessoal das Nações Unidas de conceder aos funcionários internacionais somente contratos de prazo curto, muitas vezes, de dois a seis meses, e sem garantia de renovação, sendo também um fato que explica porque os painéis adotaram, na fase inicial, a mesma estratégia que se caracterizou pela brevidade e pouca profundidade dos primeiros julgamentos. Registre-se, ademais, que, ao contrário da maior parte dos tribunais internacionais (em que os juízes são eleitos para longos mandatos e contam com esse

89 Report to the Secretary-General of the Commission of Experts to Review the Prosecution of Serious Violations of Human Rights in Timor-Leste (then East-Timor) in 1999, UNSCOR, Annex II, UN Doc. S/2005/458, May 25, 2005, § 8. Os membros da referida comissão eram P. N. Bhagwati (Índia), Shaista Shameem (Fiji) e Yozo Yokota (Japão).

90 Como bons exemplos podem ser citados a primeira absolvição pelos SPSC, *The Prosecutor v. Paulino de Jesus*, Caso n. 06/2002, Final Decision, January 28, 2004, e *The Prosecutor v. Josep Nahak*, Case n. 01A/2005, Final Decision, March 1, 2005.

91 OSWALD, Bruce M. *The INTERFET Detainee Management Unit in East Timor*. **Yearbook of International Humanitarian Law**, v. 3, p. 347, 2000.

“respaldo” eleitoral, o que lhes garante maior independência frente à ONU), os funcionários internacionais recrutados estavam sempre vinculados a contratos de curta duração, sob influência da ONU e sem contar com garantias equivalentes à inamovibilidade. Com certeza, a falta de memória institucional nas Cortes e de continuidade no trabalho, causada por essa política de pessoal das Nações Unidas, devem ser considerados fatores agravantes, além dos problemas linguísticos, técnicos e até infraestruturais em que para a solução não foram disponibilizados recursos financeiros e humanos suficientes. É preciso também recordar que a DLU só foi criada pelas Nações Unidas, em setembro de 2002, fator importante porque nenhuma testemunha de defesa foi chamada nos primeiros 14 processos.⁹²

Como vimos, o objetivo de fazer “*quick justice*”, com consentimento (informado?) dos réus, embora provavelmente contribuísse para prevenir mais violência nessa fase transitória, foi alcançado de modo questionável, como demonstram não somente as críticas internacionais, mas, em particular, os numerosos recursos, bem como os votos dissidentes de alguns juízes. Finalmente, em 2002, houve a alteração da sua estratégia, agora focando na perseguição de crimes contra a humanidade.⁹³ No entanto, sofreu logo uma redução significativa do seu pessoal e, em novembro de 2004, só restava um investigador internacional, sem que fossem realizados maiores esforços pelas Nações Unidas de garantir a manutenção do trabalho por pessoal local qualificado. Portanto, observa-se outra vez uma considerável falta de interesse das Nações Unidas em garantir ao processo de crimes graves o tempo e os recursos financeiros e humanos necessários para cumprir o seu mandato de modo satisfatório.⁹⁴

Os esforços de acusar e julgar os principais responsáveis eram também politicamente frustrados. A Indonésia não tinha interesse em colaborar com os SPSC e descumpriu deliberadamente o MOU. O novo governo do Timor-Leste tinha outras prioridades em relação ao seu vizinho poderoso para incomodá-los com assuntos delicados, pois envolvia tanto os membros das Forças Armadas como o general Wiranto quanto figuras fortes da política interna.⁹⁵ Por exemplo, não foram encaminhadas várias ordens de prisões pelo procurador-geral do Timor-Leste que se referiam aos militares indonésios.⁹⁶

92 COMBS, op. cit., p. 146.

93 OTHMAN, Mohamed C. **Accountability for International Humanitarian Law Violations: The Case of Rwanda and East Timor**. New York: Springer 2005, p. 112.

94 BASSIOUNI, Cherif M. **International Criminal Law**. v. 3. International Enforcement. Leiden: Brill 2008, p.179; KATZENSTEIN, Suzanne. Hybrid Tribunals: Searching For Justice in East Timor. **Harvard Human Rights Law Review**, v. 16, p. 272, 2003.

95 Id., *ibid*.

96 MCAULIFFE, Pádraig. UN Peace-Building, Transitional Justice and the Rule of Law in East Timor: The Limits of Institutional Responses to Political Questions. **Netherland International Law Review**, v. 58, n. 1, p. 123, 2011.

Apesar de não ter havido uma biblioteca ou pessoal encarregado pelo gerenciamento específico dos SPSC, por exemplo, para resolver os problemas de aquisição de equipamento, de documentação e de segurança; e de não terem sido disponibilizados tradutores mais qualificados, é importante observar que esses fatores não podem explicar ou justificar alguns dos equívocos cometidos em um considerável número de sentenças. Isso poderia indicar que, em favor da velocidade, as Nações Unidas teriam recrutado pessoal menos experiente para lidar com Direito Penal Internacional. Diante disso, Cohen critica:

If the UN is to be in the tribunal business it should develop a mechanism that ensures vigorous recruitment of the best persons available and a selection process advised or staffed by internationals of sufficient experience as judges and prosecutors to know how to select individuals.⁹⁷

Caitlin Reiger e Marieke Wierda explicam:

The international judges were appointed through the standard UN recruitment process for peacekeeping missions, which does not involve targeted advertising of vacancy notices. As a result, there was a lack of qualified candidates. Furthermore, the political relationship between UNTAET and the Timorese authorities prioritized approval of international candidates by the Timor-Leste Minister of Justice, who reduced the available pool even further by insisting on considering only candidates who spoke Portuguese and were from civil law jurisdictions.⁹⁸

Ademais, as Nações Unidas prolongaram os contratos de alguns daqueles que já tinham comprovado pouca intimidade com os temas tratados.⁹⁹ Por tudo isso, portanto, pergunta-se até que ponto os SPSC conseguiram cumprir outro aspecto importante do seu mandato, isto é, o de capacitar o pessoal em condição de representar o Judiciário de um Estado Democrático de Direito.

97 COHEN, *Indifference and Accountability*, op. cit., p. 109.

98 REIGER, Caitlin; WIERDA, Marieke. *The Serious Crimes Process in Timor-Leste: In Retrospect*. Prosecutions Case Studies Series. International Center for Transitional Justice. March, 2006, p. 14.

99 COHEN, *Indifference and Accountability*, p. 87.

O objetivo de capacitar pessoal

Como é impossível avaliar todos os esforços da comunidade internacional para capacitar o pessoal judicialmente, a presente contribuição restringe-se a iluminar, de forma casual e específica, o caso dos juízes do Timor-Leste que tinham de se submeter, no fim da sua fase probatória, a um exame final.

Esse exame final ocorreu, em maio de 2004, com participação de 22 juízes, dos quais quatro tinham servido à SCU.¹⁰⁰ O resultado, a reprovação de todos os candidatos, sem exceção, provocou uma série de críticas e questões referentes à qualidade e à eficácia dos esforços internacionais feitos no Timor-Leste, pois sugeriu que não houve nenhum candidato suficientemente qualificado para servir ao Judiciário do seu Estado, embora todos tivessem recebido treinamento especial das Nações Unidas e tivessem sido orientados pelos juízes internacionais por mais de três anos. Aparentemente, os quatro juízes dos SPSC com nacionalidade do Timor-Leste tinham participado de 83 condenações sem possuir as competências mínimas para julgar sobre a liberdade dos arguidos.¹⁰¹

Todavia, como vimos, alguns deles, como a juíza Jacinta Correia da Costa, tinham se notabilizado por seus votos dissidentes no que se refere à aplicação e interpretação do Direito Internacional Criminal. Em entrevistas conduzidas após a publicação do resultado do exame final, eles expuseram suas dúvidas em relação à objetividade da prova. Enfim, 19 dos 22 candidatos recorreram.¹⁰² O juiz internacional Claudio Ximenes, presidente do Tribunal de Recurso e um dos principais responsáveis pela formação dos juízes e da elaboração do exame, respondeu que não estava surpreso pelo resultado, pois tinha certeza absoluta de que os candidatos não atendiam aos padrões de formação e conhecimento necessários.¹⁰³ Em entrevista na *TIME Pacific*, em fevereiro de 2005, ele explicou que “People are more confident when they see that if someone is not skilled, they are not allowed to serve as career judges”.¹⁰⁴ Mesmo assim, o Conselho Superior do Judiciário do Timor-Leste autorizou a permanência de três dos quatro juízes timorenses nos processos de crimes sérios.

Cohen analisou a prova aplicada escrita em duas línguas, português e tétum, e consistindo de 26 perguntas. Ele detectou 30 erros tipográficos, editoriais e de tradução.¹⁰⁵ Esse fato faz vislumbrar que possivelmente ocorrera uma série de equívocos. Pelo me-

100 *Id.*, p. 94.

101 *Id.*, *ibid.*

102 *Id.*, p. 98

103 *Id.*, p. 96.

104 *Id.*, p. 97.

105 *Id.*, *ibid.*

nos, na forma em que ela foi apresentada, causou confusão nos candidatos. Quanto ao conteúdo, a prova se referiu ao direito indonésio, bem como aos regulamentos da Unta-et, sendo, como demonstrado na época, o direito aplicável no Timor-Leste. No entanto, conforme Cohen, os avaliadores não tinham maior formação em direito indonésio. Além disso, todos os candidatos responderam em tétum que depois foi traduzido para o português, devido ao fato de que os avaliadores não compreendiam essa língua.

Sem dúvida, todos esses detalhes colocaram em xeque a objetividade da prova, tornando compreensível o motivo de a maioria dos candidatos ter recorrido, porém, sem sucesso. Em maio de 2006, o Conselho Superior da Magistratura de Timor-Leste considerou improcedentes os recursos dos candidatos, contra o voto dissidente da juíza brasileira Sandra Silvestre.¹⁰⁶

O caso descrito demonstra a existência de problemas quanto aos grandes esforços internacionais de capacitação de pessoal para o Sistema Judiciário do Timor-Leste¹⁰⁷. Até que ponto, porém, tais erros poderiam ser evitáveis, quer pela construção de um sistema melhor de recrutamento de pessoal internacional quer com maiores investimentos da comunidade internacional, é difícil dizer. Premidos pelas circunstâncias políticas e humanitárias do terreno, as Nações Unidas bem decidiram entrar nessa empreitada asiática e tiveram que fazer algumas experiências dolorosas no Timor-Leste.

7 Observações finais

Os SPSC deixaram um legado lacunoso, já que foram encerrados antes da completa conclusão de centenas de casos, deixados sem investigação e/ou julgamento. Em 2008, a pressão internacional levou as Nações Unidas a estabelecer o *Serious Crimes Investigation Team* (SCIT), que assistia o procurador-geral de Timor-Leste em terminar aquelas investigações e treinar pessoal. Dessarte, foi possível concluir, até o dia 6 de janeiro de 2012, 250 das 396 investigações pendentes (63%).¹⁰⁸ Observa-se, portanto, que as Nações Unidas reconheceram a necessidade de completar essa parte importante da sua missão no Timor-Leste. Todavia, só alguns desses casos resultaram em processos criminais e, menos ainda, na condenação dos acusados.¹⁰⁹ Alguns autores responsabilizaram o próprio governo do Timor-Leste por essa situação, não só alegando priorizar

106 *Id.*, p. 98.

107 PAMPALK, *op. cit.*, p. 15.

108 Report of the Secretary General on the United Nations Integrated Mission in Timor-Leste (for the period of Setember 20, 2012 to January 6, 2012. U.N. Doc. S/2012/43, January 18, 2012, § 34.

109 *Id.*, *ibid.* Vide também Report of the Secretary General on the United Nations Integrated Mission in Timor-Leste (for the period of Setember 21, 2010 to January 7, 2011. U.N. Doc. S/2011/32, January 25, 2011, § 42.

as relações amigáveis com a Indonésia mas também a interferência política no Judiciário.¹¹⁰

Diante da remanescente impunidade de figuras-chave das atrocidades cometidas contra a população do Timor-Leste, organizações não governamentais continuam a exigir ainda hoje o estabelecimento de um tribunal internacional.¹¹¹ No entanto, parece pouco provável uma conjuntura político-diplomática dentro das Nações Unidas favorável a outros investimentos no Timor-Leste nesse campo. Os Estados-Membros mais poderosos queriam um modelo mais barato do que o dos tribunais penais internacionais *ad hoc*.¹¹² O fato de que os SPSC não conseguiram cumprir totalmente a sua missão não parece ser suficiente para implementar agora outro modelo, na época, até criticado. Com a independência formal do Timor-Leste e o fim da missão da ONU mudaram também importantes condições políticas que não podem ser desconsideradas, em particular, internas. Pode ser que ainda chegue um momento historicamente mais oportuno para se fazer justiça que satisfaça de modo mais amplo e eficaz os interesses das vítimas e contribua para a construção da memória e verdade tanto no Timor-Leste como na Indonésia.

Referências

AMBOS, Kai. **Internationales Strafrecht. Strafanwendungsrecht, Völkerstrafrecht, Europäisches Strafrecht**. 3. Aufl., München: C.H. Beck Verlag 2011.

BANTEKAS, Ilias. **International Criminal Law**. 4th. ed. Oxford and Portland, Oregon: Hart Publishing, 2010.

BASSIOUNI, Cherif M. **International Criminal Law**. Leiden: Brill 2008. (International Enforcement, v. III).

BEAUVAIS, Joel C. Benevolent Despotism: A Critique of U.N. State-Building in East Timor. **N.Y.U. Journal of International Law and Politics**, v. 33, n. 4, p. 1101-1178, 2001.

BERTODANO, Sylvia de. Current Developments in Internationalized Courts. **Journal of International Criminal Justice**, v. 1, n. 1, p. 226-244, 2003.

BERTODANO, Sylvia de. Current Developments in Internationalized Courts: East Timor – Justice Denied. **Journal of International Criminal Justice**, v. 2, n. 3, p. 910-926, 2004.

BERTODANO, Sylvia de. East Timor: Trials and Tribulations. In: ROMANO, Cesare P. R.; Nollkaemper, André; KLEFFNER, Jan (Ed.). **Internationalized Criminal Courts and Tribunals**. Oxford: Oxford University Press, 2004.

BRAUN, Leonie von. Die Strafverfolgung von Menschenrechtsverbrechen aus der Praxis: Entwicklung, Struktur und Leistungsfähigkeit des Sondergerichts in Osttimor. **Humanitäres Völkerrecht-Informationsschriften**, v. 18, n. 2, p. 93-105, 2005.

110 MCAULIFFE, op. cit., p. 126.

111 Vide, por exemplo, a declaração da Aliança Nacional para um Tribunal Internacional (Anti) e da Anistia Internacional, de 12 de novembro de 2012, disponível em: <http://www.asia-pacific-solidarity.net/southeastasia/easttimor/statements/2012/ai_timorlestetacklingimpunit_121112.htm>. Acesso em: 5 jan. 2013.

112 BRAUN, op. cit., p. 94.

CHOPRA, Jarat. Building State Failure in East Timor. **Development and Change**, v. 33, n. 5, p. 979-1000, 2002.

COHEN, David. Indifference and Accountability: The United Nations and the Politics of International Justice in **East Timor**. **East-West Center Special Reports**, n. June 9, 2006.

COHEN, David. "Justice on the Cheap" Revisited: The Failure of the Serious Crimes Trials in East Timor. **AsiaPacific Issues**, n. 80, 2006, p. 5. Disponível em: <<http://www.eastwestcenter.org/sites/default/files/private/api080.pdf>> Acesso em: 18 fev. 2018.

COHEN, David. Intended to Fail: The Trails Before the Ad Hoc Human Rights Tribunal in Jakarta. **ICTJ Occasional Paper Series**, aug. 2003. Disponível em: <<https://ictj.org/sites/default/files/ICTJ-Indonesia-Rights-Court-2003-English.pdf>>. Acesso em: 18 fev. 2018.

COMBS, Nancy A. **Fact-Finding Without Facts. The Uncertain Evidentiary Foundations of International Criminal Convictions**. Cambridge: Cambridge University Press, 2010.

CRYER, Robert; FRIMAN, Hakan; ROBINSON, Darryl; WILMSHURST, Elizabeth. **An Introduction to International Criminal Law and Procedure**. 2nd ed. Cambridge: Cambridge University Press 2010.

HIRST, Megan; VARNEY, Howard. Justice Abandoned? An Assessment of the Serious Crimes Process in East Timor. **ICTY Occasional Paper Series**, 2005. Disponível em: <http://www.academia.edu/1395509/Justice_Abandoned>. Acesso em: 18 fev. 2018.

KALBUSCH, Marco. Friedenssicherung durch Recht: Die Verfolgung schwerer Straftaten in Osttimor. **Indonesien Information**, n. 1, 2003. Disponível em: <http://home.snafu.de/watchin/II_1_03/Verfolgung.htm>. Acesso em: 18 fev. 2018.

KATZENSTEIN, Suzanne. Hybrid Tribunals: Searching For Justice in East Timor. **Harvard Human Rights Law Review**, v. 16, p. 245-278, 2003.

KRITZ, Neil J. Coming to Terms with Atrocities – A Review of Accountability Mechanisms for Mass Violations of Human Rights. **Law and Contemporary Problems**, v. 59, n. 4, p. 127-152, 1996.

LA HAYE, Eve. **War Crimes in Internal Armed Conflicts**. Cambridge: Cambridge University Press, 2008.

LINTON, Suzannah. New Approaches to International Justice in Cambodia and East Timor. **International Review of the Red Cross**, v. 84, n. 845, p. 93-119, 2002.

LINTON, Suzannah. Unravelling the First Three Trials at Indonesia's Ad Hoc Court for Human Rights Violations in East Timor. **Leiden Journal of International Law**, v. 17, p. 303-361, 2004.

MCAULIFFE, Pádraig. UN Peace-Building, Transitional Justice and the Rule of Law in East Timor: The Limits of Institutional Responses to Political Questions. **Netherland International Law Review**, v. 58, n. 1, p. 103-135, 2011.

NEGRI, Stefania. Equality of Arms – Guiding Light or Empty Shell? In: BOHLANDER, Michael (Ed.). **International Criminal Justice: a critical analysis of institutions and procedures**. London: Cameron May Ltd. 2007.

NOUWEN, Sarah M. H. Hybrid Courts. The hybrid category of a new type of international criminal courts. **Utrecht Law Review**, v. 2, n. 2, p. 190-214, 2006.

OSWALD, Bruce M. The INTERFET Detainee Management Unit in East Timor. **Yearbook of International Humanitarian Law**, v. 3, p. 347-361, 2000.

OTHMAN, Mohamed C. **Accountability for International Humanitarian Law Violations: The Case of Rwanda and East Timor**. New York: Springer 2005.

PAMPALK, Madalena. Accountability for Serious Crimes and National Reconciliation in Timor-Leste: Progress or Wishful Thinking? **Austrian Journal of South-East Asian Studies**, v. 3, n. 1, p. 8-30, 2010.

RATNER, Steven; ABRAMS, Jason S.; BISCHOFF, James L. **Accountability for Human Rights Atrocities in International Law**. Beyond the Nuremberg Legacy. 3rd ed. Oxford/New York: Oxford University Press, 2009.

REIGER, Caitlin; WIERDA, Marieke. The Serious Crimes Process in Timor-Leste: In Retrospect. Prosecutions Case Studies Series. **International Center for Transitional Justice**, Mar. 2006.

ROBERTS, Paul. Does Article 6 of the European Convention on Human Rights Require Reasoned Verdicts in Criminal Trials?. **Human Rights Law Review**, v. 2, n. 11, p. 213, 2011.

STROHMEYER, Hansjörg. Collapse and Reconstruction of a Judicial System: The United Nations Missions in Kosovo and East Timor. **American Journal of International Law**, v. 95, p. 46-63, 2001.

TAYLOR, John G. **Indonesia's Forgotten War: The Hidden History of East Timor**. London: Zed Books Ltd. 1991.

URNS, David. "Internationalised" or ad hoc Justice for International Criminal Law in a Time of Transition: The Cases of East Timor, Kosovo, Sierra Leone and Cambodia. **Austrian Review of International and European Law**, v. 6, p. 123-181, 2001.

WERLE, Gerhard. **Principles of International Criminal Law**. 2nd ed. The Hague: T.M.C. Asser Press, 2009.

ZACKLIN, Ralph. The Failings of ad hoc International Tribunals. **Journal of International Criminal Justice**, v. 2, n. 2, p. 541-545, 2004.

Jurisprudência

European Court of Human Rights. Helle v. Finland, Application n. 20772/92, Judgment, December 19, 1997.

European Court of Human Rights, Taxquet v. Belgium, Application n. 926/05, Judgment, November 16, 2010.

ICTY, The Prosecutor v. Tadic, Appeals Chamber, Decision of 21 May 1995.

The Prosecutor v Joao Fernandes, Case 01/2000, Indictment, 14 November 2000.

The Prosecutor v Joao Fernandes, Case 01/2000, Final Decision, 25 January 2001.

The Prosecutor v. Joao Fernandes, Case n. 01/2000, Court of Appeals, 29 June 2001.

The Prosecutor v Joni Marques and Others ("Los Palos Case"), n. 09/2000, Final Decision, Dec. 11, 2001.

The Prosecutor v. Armando dos Santos, n. 16/2001, Indictment, 5 June 2001.

The Prosecutor v. Armando dos Santos, n. 16/2001, Julgamento (Tribunal de Recurso), July 15, 2003.

The Prosecutor v. Manuel GoncalvesLetoBere, Case n. 10/2000, Final Decision, 15 May 2001.

The Prosecutor v. Manuel GoncalvesLetoBere, Case n. 10/2000, Court of Appeals, 16 October 2003.

The Prosecutor v. Paulino de Jesus, Caso n. 06/2002, Final Decision, 28 January 2004.

The Prosecutor v. JosepNahak, Case n. 01A/2005, Final Decision, 1 March 2005.

Outros documentos

Memorandum of Understanding between the Republic of Indonesia and the United Nations Transitional Administration in East Timor regarding cooperation in Legal, Judicial and Human Rights Related Matter, 6 Apr. 2000. Disponível em: <<http://mj.gov.tl/jornal/lawsTL/Other-Docs/mou-id-untaet.htm>>. Acesso em: 18 fev. 2018.

Report of the Joint Mission to East Timor by the Special Rapporteur of the Commission on Human Rights on Extrajudicial, summary, or Arbitrary Executions, the Special Rapporteur of the Commission on the Question of Torture and the Special

Rapporteur of the Commission on the Violence Against Women, Its Causes and Consequences. U.N. Doc. A/54/660, Dec. 10, 1999.

Report of the International Commission of Inquiry on East Timor to the Secretary General, January 2000, U.N. Doc. A/54/726, S/2000/59, Jan. 31, 2000.

Report to the Secretary-General of the Commission of Experts to Review the Prosecution of Serious Violations of Human Rights in Timor-Leste (then East-Timor) in 1999, UNSCOR, Annex II, UN Doc. S/2005/458, May 25, 2005.

Report of the Secretary General on the United Nations Integrated Mission in Timor-Leste (for the period of 21 September 2010 to 7 January 2011. U.N. Doc. S/2011/32, 25 Jan. 2011.

Report of the Secretary General on the United Nations Integrated Mission in Timor-Leste (for the period of 20 September 2012 to 6 January 2012. U.N. Doc. S/2012/43, 18 Jan. 2012.

Rome Statute of the International Criminal Court, 17 July 1998, ILM 37 (1998), 1007.

IV JUSTIÇA
DE TRANSIÇÃO
NO BRASIL:
MECANISMOS
NACIONAIS E
INTERNACIONAIS DE
IMPLEMENTAÇÃO

19 A INCONVENCIONALIDADE
DE LEIS DE ANISTIA
E OS REFLEXOS DO
DESCUMPRIMENTO DA
SENTENÇA DO CASO GOMES
LUND

Sérgio Tibiriçá Amaral¹
Alexia Domene Eugenio²
Beatriz Camargo Ribeiro³

Resumo: O presente artigo buscou abordar a origem e os fundamentos do Controle de Convencionalidade no Sistema Interamericano de Direitos Humanos e, diretamente relacionada ao tema, a inconventionalidade das leis de anistia colocadas em vigor em vários países da América Latina imediatamente antes ou imediatamente depois das transições dos governos repressivos para os governos democráticos. Além disso, foi feita uma análise do controle de convencionalidade dentro de tal Sistema, em especial com relação à sua aplicação pelo Estado brasileiro, que ainda não cumpriu a sentença proferida pela Corte IDH no caso da “Guerrilha do Araguaia” (Caso Gomes Lund e outros v. Brasil), motivo pelo qual pode levar o Estado a mais uma condenação perante o Tribunal das Américas, notadamente com relação ao caso 12.879 (Caso Vladimir Herzog v. Brasil), já submetido à Corte IDH e aguardando sentença. A manutenção da Lei da Anistia (Lei nº 6.683, de 28 de agosto de 1979) impede a atuação dos órgãos institucionais do Estado brasileiro para a responsabilização dos responsáveis por violações durante a ditadura militar.

Palavras-chave: Controle de convencionalidade. Ditadura militar. Leis de anistia. Inconvencionalidade. Responsabilidade internacional.

Abstract: *The present article sought to address the origins and foundations of the control of conventionality in the Inter-American Human Rights System and, directly related to the topic, the unconventionality of the amnesty laws put into force in several Latin American countries immediately before or immediately after transitions from repressive*

1 Doutor e mestre em Sistema Constitucional de Garantias pela Instituição Toledo de Ensino (ITE) de Bauru. Professor do Mestrado e Doutorado da mesma instituição. Mestre em Direito das Relações Sociais pela Unimar. Especialista em interesses difusos pela Escola Superior do Ministério Público-SP. Coordenador da Faculdade de Direito de Presidente Prudente (FDPP) do Centro Universitário Antonio Eufrásio de Toledo e professor titular da disciplina de Teoria Geral do Estado e Direito Internacional e Direitos Humanos da FDPP. Membro da Asociación Colombiana de Derecho Procesal Constitucional e da Asociación Mundial de Justicia Constitucional. E-mail: coord.direito@toledoprudente.edu.br ou sergio@unitoledo.br.

2 Advogada. Aluna especial no Programa de Mestrado da Universidade de São Paulo na Disciplina Temas Fundamentais de Direito Público Francês – Direito do Estado. Especialista em Direito Constitucional pela Faculdade Internacional Signorelli (Fisig). Especializando em Direito Civil e Processo Civil pela Faculdade de Direito de Presidente Prudente (FDPP) da Associação Educacional Toledo. Professora assistente na disciplina de Direito Administrativo e professora assistente no Grupo de Estudos sobre Direito Internacional Público e de Direitos Humanos e coach da Equipe em Competições Jurídicas Acadêmicas de Direito Internacional da FDPP. E-mail: alexiaedomene@gmail.com.

3 Discente do 3º termo do curso de Direito Faculdade de Direito de Presidente Prudente (FDPP) da Associação Educacional Toledo. Membro do Grupo de Estudos sobre Direitos Humanos. Membro da Equipe da 2ª Competição Acadêmica de Julgamento Simulado da Corte Interamericana de Direitos Humanos da OAB-SP. Membro da Equipe do IX Concurso Internacional Júnior de Derecho Procesal Constitucional. E-mail: beatrizcamargo22ribeiro@hotmail.com.

governments to democratic governments. In addition, an analysis of the control of conventionality was made within such a System, especially in relation to its application by the State of Brazil, which has not yet complied with the decision rendered by the Inter-American Human Rights Court in the case “Guerrilha do Araguaia” (Case Gomes Lund et al. v. Brazil), which may lead the State to a further conviction before the Tribunal of the Americas, notably regarding the Case 12.879 (Case Vladimir Herzog v. Brazil), already submitted to the IAHR Court and awaiting judgment. The maintenance of the Amnesty Law (Law n. 6.683, of August 28, 1979) prevents the action of the institutional bodies of the Brazilian State for the accountability of those responsible for violations during the dictatorship.

Keywords: *Control of conventionality. Military dictatorship. Amnesty laws. Unconventionality. International responsibility.*

1 Introdução

O presente artigo tem como escopo analisar o controle de convencionalidade desde sua origem, os fundamentos que embasaram sua criação e sua disseminação pelos sistemas jurisdicionais internacionais e nacionais, chegando ao patamar atual em que o controle de convencionalidade deve ser inclusive realizado de ofício pelos juízes singulares dos Estados.

É dado destaque, além da parte histórica, à aplicação do controle por parte dos órgãos do Sistema Interamericano de Direitos Humanos, em seus precedentes e opiniões consultivas, influenciando os Estados americanos a introduzir o mecanismo no seu ordenamento. Portanto, discorre-se sobre o controle feito pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos, bem como o exercido pela Corte IDH nas suas competências consultiva e contenciosa.

O controle de convencionalidade no Brasil é novo, mas embora existam casos exemplares como a revogação da prisão civil por dívidas julgada pelo Supremo Tribunal Federal, há ainda problemas no tocante à pragmatização dessa dupla checagem vertical, que leva em conta os tratados de direitos humanos e também a Lei Maior do Estado.

A Lei da Anistia nº 6.683/1979 foi declarada inválida pela Corte IDH, mas ainda vige no Brasil, e isso impede a atuação de diversos órgãos que teriam a competência de investigar e punir os responsáveis, que saboreiam a impunidade injusta conferida por essa lei. Há uma decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal afirmando que a legislação foi recepcionada pela Constituição de 1988, o que impede as apurações dos crimes cometidos durante a Ditadura Militar.

Foi feita uma análise sobre o controle de convencionalidade no Sistema Interamericano de Direitos Humanos, em especial diante de um dos maiores desafios para a Justiça do Brasil, que é o não cumprimento de uma sentença da Corte Interamericana de Direitos Humanos por estar em desacordo com uma decisão prolatada pelo Supremo Tribunal Federal.

Uma decisão do tribunal supremo brasileiro permite, no âmbito do ordenamento pátrio, que persista uma anistia para os crimes ocorridos durante a Ditadura Militar ocorrida entre os anos de 1964 e 1985, contrariando a decisão da Corte IDH e também indo no sentido contrário a vários precedentes internacionais sobre leis de anistia. Além disso, as vítimas e a sociedade brasileira encontram-se sem plena reparação devido a tal obstáculo concreto imposto aos órgãos persecutores.

Vislumbra-se que o sistema regional de proteção utilizado pelas pessoas dos países signatários do Pacto de San José (1969) e da Organização dos Estados Americanos (Carta de 1948) tem um caráter complementar, mas quando acionado deve ser respeitado. Dessa forma, expõe-se o risco, devido ao desrespeito à sentença anterior da Corte Interamericana de Direitos Humanos, de que o Brasil esteja prestes a receber mais uma condenação perante o órgão.

2 Influência da internacionalização dos direitos humanos na criação de um novo tipo de controle

O movimento de internacionalização dos direitos humanos surgiu no pós-guerra. É inegável que após as atrocidades praticadas durante a Segunda Guerra Mundial seria necessário criar mecanismos para evitar que essa história recente se repetisse. Impulsionou-se a universalização dos direitos humanos, momento em que os tratados internacionais começaram a impor limites aos Estados e a garantir direitos às pessoas. Nesse sentido, Flávia Piovesan e Luiz Flávio Gomes⁴ bem apontam que “Se a 2ª Guerra Mundial significou a ruptura com os direitos humanos, o pós-guerra deveria significar a sua reconstrução”.

Como forma de salvaguardar ainda mais os direitos humanos, criaram-se mecanismos globais de proteção, em especial a Organização das Nações Unidas, instituída com a Carta da ONU de 1948, organismo derivado da anterior Liga das Nações, mas que trouxe nova identidade ao Direito Internacional Público visando assegurar os direitos humanos.

4 GOMES, Luiz Flávio; PIOVESAN Flávia. **O Sistema Interamericano de proteção dos Direitos Humanos e o direito brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 18.

Em que pese a ONU seja organismo de grande importância, é necessário que haja sistemas regionais de proteção de direitos humanos, haja vista que cada região possui características específicas como religião, cultura, desenvolvimento, entre outras. Atualmente, os que se destacam são o Europeu, o Interamericano e o Africano. Tais sistemas se completam, somando-se ao Sistema Nacional de Proteção, com o objetivo de proporcionar maior efetividade aos direitos do homem⁵.

Porém, só há a consolidação de tais direitos se houver uma jurisdição internacional, e, nesse sentido, as Cortes internacionais detêm especial legitimidade e constituem um dos instrumentos mais poderosos na função persuadir os Estados a cumprir obrigações⁶ referentes aos direitos humanos.

Na sua atuação, os órgãos jurisdicionais internacionais se tornaram protagonistas no papel de defesa dos direitos humanos, julgando e responsabilizando Estados por atos praticados por seus agentes ou particulares, emitindo interpretações sobre diversos temas, investigando situações concretas, e o que nos toca: realizando o controle de leis nacionais com base nos tratados internacionais assinados.

2.1 Origem e fundamentos do controle de convencionalidade

O controle de convencionalidade tem como principal objetivo a compatibilização das leis internas de um país com o que está prescrito nos tratados internacionais de direitos humanos por ele ratificado e em vigor no seu território. O mecanismo surgiu como forma de impedir que o Estado utilize de sua legislação interna com o fim de deixar de observar norma prevista em uma convenção, o que está previsto também na própria Convenção de Viena dos Direitos dos Tratados em seu artigo 27.

As competências da Corte IDH estão previstas no artigo 62 da Convenção, que determina expressamente o dever de aplicar o Pacto de São José da Costa Rica e interpretá-lo, o que inclui o dever de invalidar normas referentes às chamadas “autoanistias”. Logo, o Tribunal das Américas pode conhecer qualquer demanda por violação de direitos humanos ou fatos e atos internacionalmente ilícitos e ainda interpretar as disposições incorporadas pelo Pacto, bem como determinar a revogação de normas que não são compatíveis com a Convenção e que violem o *jus cogens*, por exemplo.

5 PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e Justiça Internacional**: um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 48.

6 PIOVESAN, Flávia, op. cit., p. 72.

Tal atuação em face de normas internas dos Estados reflete o controle de convencionalidade realizado pela Corte, o qual Eduardo Andrés Velândia Canosa bem define como⁷:

Um mecanismo jurídico de aplicação obrigatória de ofício pelos órgãos jurisdicionais de um Estado Parte, onde se realiza um controle da compatibilidade entre as normas que integram a ordem jurídica interna e as normas previstas na Convenção Interamericana sobre Direitos Humanos, a mesma interpretação que foi feita pela Corte Interamericana no exercício seus poderes jurisdicionais, bem como com qualquer instrumento internacional da mesma natureza. (tradução nossa)⁸

Dessarte, apenas a compatibilidade da lei com o texto constitucional não lhe garante mais a validade no ordenamento interno. Essa garantia plena só lhe é conferida se estiver em consonância também com os tratados ratificados pelo país.

Encontram-se exemplos de controle de convencionalidade desde a década de 1970, muito embora ainda estivesse em processo de construção, e sendo um mecanismo ainda pouco aceito. Aqui, podemos citar a Decisão 74-54 DC do Conselho Constitucional da França⁹, de 15 de janeiro de 1975, que mesmo não definindo expressamente o que seria esse controle, reconheceu a existência de dois controles de natureza distinta.

O Conselho Constitucional não realizou o controle de convencionalidade, pois não se entendeu competente para tanto, mas de qualquer forma reconheceu a existência de uma análise de compatibilidade entre normas internas e internacionais, afirmando:

5. Considerando que uma lei contrária a um tratado não seria, por tudo isso, contrária à Constituição; 6. Considerando que o controle do cumprimento do princípio estabelecido no artigo 55 da Constituição não pode ser exercido no contexto do exame previsto no artigo 61, devido à diferença de natureza desses dois controles; 7. Considerando que, nessas circunstâncias, não cabe ao Conselho Constitucional, quando for submetido nos termos do artigo 61 da

7 CANOSA, Eduardo Andrés Velândia. *Derecho Procesal Constitucional*. Colombia: VC Editores Ltda, 2015, p. 109-110.

8 Texto original: "Un mecanismo jurídico de aplicación obligatoria ex officio por los órganos jurisdiccionales de un Estafo Parte, en donde se efectúa un control de compatibilidad entre las normas que integran el ordenamento jurídico interno y la normativa prevista en la Convención Interamericana de Derechos Humanos, la interpretación que de la misma ha hecho la Corte Interamericana, en uso de sus facultades jurisdiccionales, así como todo intrumento internacional de igual naturaleza".

9 CONSEIL CONSTITUTIONNEL DE FRANCE. Décision n° 74-54 DC du 15 janvier 1975: Loi relative à l'interruption volontaire de la grossesse. Disponível em: <<http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/les-decisions/acces-par-date/decisions-depuis-1959/1975/74-54-dc/decision-n-74-54-dc-du-15-janvier-1975.7423.html>>. Acesso em: 15 jan. 2018.

Constituição, a examinar a conformidade de uma lei com as estipulações de um tratado ou um acordo internacional; [...] (tradução nossa)¹⁰

Com a evolução do Direito Internacional, viu-se que era imprescindível a realização do controle, pois apenas com uma jurisdição contenciosa os direitos humanos seriam, de fato, efetivados.

Pode-se afirmar que outro fundamento basilar do controle de convencionalidade é o princípio do *pacta sunt servanda* – acordos devem ser cumpridos, previsto expressamente no artigo 26 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados¹¹. De acordo com tal princípio, somado ao artigo 27 da mesma Convenção, é obrigação dos países signatários cumprir de boa-fé o disposto nos tratados – assumindo tal compromisso internacional – não podendo alegar as normas internas como impedimento para não cumprir as normas internacionais.

2.2 Controle de Convencionalidade no Sistema Interamericano

O controle de convencionalidade é a denominação da função da Corte, no exercício de sua competência, em virtude da qual se realiza uma confrontação entre a Convenção e outros tratados de direitos humanos e uma disposição do Direito Interno. Entende-se que a Corte IDH, como ressalta Nestor Pedro Sagúes¹², importou o referido modelo europeu e o aperfeiçoou para atingir o patamar atual.

A Corte IDH inclusive já determinou na sua jurisprudência que todos os juízes e tribunais nacionais, ao aplicar o Direito Interno, devem realizar o controle de convencionalidade com relação à Convenção Interamericana, como fica claro no julgamento *Almonacid Arellano vs. Chile*¹³, de 2006, que declarou a invalidade do decreto de anistia

10 Texto original: “5. Considérant qu'une loi contraire à un traité ne serait pas, pour autant, contraire à la Constitution; 6. Considérant qu'ainsi le contrôle du respect du principe énoncé à l'article 55 de la Constitution ne saurait s'exercer dans le cadre de l'examen prévu à l'article 61, en raison de la différence de nature de ces deux contrôles; 7. Considérant que, dans ces conditions, il n'appartient pas au Conseil constitutionnel, lorsqu'il est saisi en application de l'article 61 de la Constitution, d'examiner la conformité d'une loi aux stipulations d'un traité ou d'un accord international ; [...]”

11 CANOSA, Eduardo Andrés Velandia. **Derecho Procesal Constitucional**. Colombia: VC Editores Ltda., 2015. p. 106.

12 SAGUÉS, Néstor Pedro. **El “control de convencionalidad” em el sistema interamericano, y sus anticipios em el ámbito de los derechos económicos-sociales**. Concordancias y diferencias com el sistema europeo. Biblioteca jurídica virtual del instituto de investigaciones jurídicas de la UNAM. p. 382. Disponível em: <<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/7/3063/16.pdf>>. Acesso em: 13 fev. 2018.

13 O caso *Almonacid Arellano vs. Chile* é considerado o *leading case* no que tange à “inconvencionalidade” das leis de anistia, por empregar o termo, muito embora no caso *Barrios Altos vs. Peru* já tenha sido feita análise da incompatibilidade da Lei de Anistia peruana com a Convenção Americana.

chileno¹⁴, a Lei nº 2.191 de 1978, que se referia ao perdão dos crimes cometidos durante a ditadura de Augusto Pinochet, entre 1973 e 1978.

A Corte completa sua posição no mesmo ano, no julgamento do caso *Trabajadores Cesados del Congreso vs. Peru*, quando afirma que esse reconhecimento pode ocorrer de ofício¹⁵: “los órganos del Poder Judicial deben ejercer no sólo un control de constitucionalidad, sino también ‘de convencionalidad’ ex officio entre las normas internas y la Convención Americana”.

Além desses, as sentenças pioneiras no controle de convencionalidade, que não tratam especificamente de leis de anistia são, por exemplo, as dos casos *Genie Lacayo vs. Nicaragua*; “*A Última Tentación de Cristo*” (*Olmedo Bustos y otros*) *vs. Chile*; *Myrna Mack Chang vs. Guatemala*, entre outras decisões nas quais a Corte se manifestou pela incompatibilidade de leis internas.

O controle concentrado é feito pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, sendo tratado na sua jurisprudência de forma explícita, embora a definição do alcance e abrangência tenha sido esclarecida pelo juiz Sergio Garcia Ramirez, que comparou o trabalho da Corte àquele desempenhado pelas cortes constitucionais no seu voto em apartado do julgamento do caso *Tibi vs. Ecuador*, de 7 de setembro de 2004¹⁶. Mas esse trabalho, segundo Sergio Garcia Ramirez, tem a função de conciliar a atividade judicial nacional com a ordem internacional reconhecida pela Convenção, fundadora da jurisdição interamericana e que foi aceita pelos Estados Partes em seu Poder Soberano.

Aparece pela primeira vez na jurisprudência contenciosa da Corte Interamericana, expressamente, o “controle de convencionalidade”, no Caso *Almonacid Arellano y otros vs. Chile*, esposando a necessidade de os agentes do Estado, em especial os magistrados, controlarem a aplicação das leis que contrariam a Convenção Americana. Merece destaque trecho da decisão paradigma:

124. A Corte tem consciência de que os juízes e tribunais internos estão sujeitos ao império da lei e, por isso, são obrigados a aplicar as disposições vigentes no ordenamento jurídico. Mas *quando um Estado ratifica um tratado internacional como a Convenção Americana, seus juízes, como parte do aparato estatal, também estão submetidos a ela, o que os obriga a velar para que os efeitos das disposições da Convenção não se vejam diminuí-*

14 Corte IDH. **Caso Almonacid Arellano e outros vs. Chile**. Sentencia de 26 de septiembre de 2006 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas). Serie C, n. 154. par. 145.

15 Corte IDH. **Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Peru**. Sentencia de 24 de noviembre de 2006 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas). Serie C, n. 158. par. 128.

16 Voto concurrente razonado del Juez Sergio Garcia Ramirez a la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Tibi vs. Ecuador*, del 7 de septiembre de 2004, Serie C, n. 114.

dos pela aplicação de leis contrárias a seu objeto e a seu fim e que, desde o início, carecem de efeitos jurídicos. Em outras palavras, o Poder Judiciário deve exercer uma espécie de “controle de convencionalidade” entre as normas jurídicas internas aplicadas a casos concretos e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Nesta tarefa, o Poder Judiciário deve levar em conta não apenas o tratado, mas também a interpretação que a Corte Interamericana, intérprete última da Convenção Americana, fez do mesmo. (grifo nosso)

O fundamento legal do Sistema Interamericano de Direitos Humanos é a Convenção Americana, a qual, segundo Mazzuoli e Gomes¹⁷, “é o principal tratado sobre direitos civis e políticos já concluído no Continente Americano”. Foi assinada em San José, na Costa Rica, em 1969 e entrou em vigor em âmbito internacional no ano de 1978, no entanto, só passou a integrar o ordenamento jurídico brasileiro em 1992, após sua ratificação.

Logo em seu artigo 1º, a Convenção Americana de Direitos Humanos traz a obrigação de todos os Estados Partes respeitar e garantir os direitos e liberdades nela reconhecidos: “A obrigação de respeitar é de cunho negativo e a de garantir o exercício dos direitos é uma obrigação positiva”¹⁸.

Ou seja, respeitar os direitos e liberdades nela contidos significa que os Estados Partes devem agir conforme as normas nela elencadas. Já a obrigação de garantia, por sua vez, diz respeito às ações concretas que o Estado deve tomar para organizar todo seu aparato governamental, de maneira que seja capaz de assegurar juridicamente o livre e pleno exercício dos direitos humanos¹⁹, conforme a Convenção propõe respeitar.

O artigo 2º, no que lhe concerne, traz a obrigação de todo Estado Parte adequar seu direito interno às normas da Convenção. Não há como pensar que os Estados, a partir do momento que ratificam um instrumento internacional, como o Pacto de San José da Costa Rica, já estejam com seu Direito Interno compatibilizado com o disposto no Tratado. Por esse motivo é preciso que se adequem, para estarem em consonância com o documento que acabaram de assinar e adentrou em seu ordenamento jurídico.

Nesse sentido, a Corte entende que é necessário que o Estado tome duas medidas, quais sejam: (i) a suspensão de normas e práticas que estejam em discordância com a

17 GOMES, Luiz Flávio; MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Comentários à Convenção Americana sobre Direitos Humanos**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 18.

18 GOMES, Luiz Flávio; MAZZUOLI, Valério de Oliveira, op. cit., p. 22.

19 A corte traz esse entendimento logo em seu primeiro caso contencioso, cf. Corte IDH. Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras, pars. 165-166.

Convenção; e (ii) a criação de normas que colaborem para a efetividade dos direitos nela elencados, estando estabelecidas na jurisprudência da Corte Interamericana²⁰.

E, justamente, ambos os dispositivos – artigos 1 e 2 – também servem de base para o exercício do controle de convencionalidade das normas internas, já que o Estado assumiu a obrigação de cumprir a Convenção e se comprometeu a adequar suas normas internas em conformidade com o sistema de proteção internacional.

2.3 Reflexos do controle de convencionalidade no Brasil

Como vimos, o Brasil ratificou a Convenção Americana de Direitos Humanos, conhecida como Pacto de San José da Costa Rica, de 1969, em 25 de setembro de 1992, e aceitou a competência da Corte IDH em 10 de dezembro de 1998. Com isso, o Direito Internacional dos Direitos Humanos passou a ganhar maior notoriedade no contexto do Direito Interno, o que culminou por fomentar debates referentes à posição hierárquica dos tratados internacionais no ordenamento interno.

Nesse sentido, faz-se menção ao § 3º do art. 5º da Constituição Federal, que estabelece que os tratados de direitos humanos, aprovados por 3/5, em dois turnos em cada uma das casas do Congresso Nacional, serão equivalentes às emendas constitucionais. Ocorre que os tratados anteriores a essa novidade normativa do art. 5º tiveram seu *status* reavaliado e considerados pelo Supremo Tribunal Federal com caráter de supralegalidade²¹, mas não de Emenda Constitucional – e aí se colocou o Pacto de São José ou Convenção Americana de Direitos Humanos.

A despeito de haver tal dicotomia entre tratados anteriores e posteriores ao § 3º do art. 5º, o Brasil está obrigado a cumprir em seu ordenamento interno o disposto do Pacto de San José da Costa Rica, sob pena de ser responsabilizado internacionalmente. E com o advento do referido parágrafo, os tratados e convenções internacionais que versem sobre direitos humanos serão equivalentes a emendas à Constituição se forem aprovados pelo quórum nele elencado²², além de trazer, inclusive, o controle jurisdicional concentrado da convencionalidade²³:

20 Corte IDH. **Caso Castillo Petrucci e outros vs. Peru**. Sentença de 30 de maio de 1999. Mérito, Reparações e Custas. Série C, n. 52. par. 186.

21 Conforme a decisão do STF, no HC nº 87.585/TO, julg. 03.12.2008, e especialmente no RE 466.343-1/SP, julg. 03.12.2008.

22 Até o presente momento, apenas a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova York, em 30 de março de 2007 e aprovados pelo Decreto nº 6.949, de 25 de agosto de 2009.

23 MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **O controle jurisdicional da convencionalidade das leis**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 73.

A Emenda Constitucional 45/2004, que acrescentou o § 3º ao art. 5º da Constituição, trouxe a possibilidade de os tratados internacionais de direitos humanos serem aprovados com um quórum qualificado, a fim de passarem (desde que ratificados e em vigor no plano internacional) de um status materialmente constitucional para a condição (formal) de tratados equivalentes às emendas constitucionais. E tal acréscimo constitucional trouxe ao direito brasileiro um novo tipo de controle à normatividade interna, até hoje desconhecido entre nós: o controle de convencionalidade.

Claro que tal inovação legislativa supramencionada por Valério Mazzuoli mexeu com o Judiciário como um todo nos termos de aplicação e interpretação de Tratados Internacionais de Direitos Humanos.

A partir desse momento, iniciou-se o debate sobre o *status* desses Tratados e a realização do controle de convencionalidade nas maneiras tanto concentrada como difusa. O controle concentrado originalmente é aquele feito diante da Corte Interamericana, no momento em que é lhe apresentado um processo transnacional, e no Brasil, aquele feito pelo Supremo Tribunal Federal, em ações diretas, com teses abstratas.

O controle difuso, por sua vez, apresenta-se em processos internos. O controle de convencionalidade e a equiparação de tratados de direitos humanos à norma constitucional permite que qualquer juiz ou tribunal decida não aplicar uma lei interna ao caso concreto pelo fato de esta estar em desacordo com a Convenção Americana de Direitos Humanos, dando aplicação direta ao tratado.

E dessa maneira aconteceu no Brasil com a prisão civil por dívida, pois a Constituição Federal prevê, em seu art. 5º, inciso LXVII, a prisão civil em duas hipóteses: referente à dívida alimentar e ao depositário infiel. A discussão se deu pelo fato de saber se a prisão do depositário infiel era ou não permitida, pois de um lado tínhamos a Constituição Federal autorizando, e, de outro, o Pacto de San José da Costa Rica, ratificado pelo Brasil em 1992, proibindo expressamente em seu artigo 7.7.

No julgamento do RE 466.343-SP, o STF não aplicou a disposição contida na Constituição Federal no art. 5º, inciso LXVII, parte final, mas sim o referido tratado internacional. Além disso, instituiu a Súmula Vinculante nº 25, sedimentando a vedação à prisão civil do depositário infiel. Como consequência, toda legislação empregada para regulamentar a prisão civil do depositário infiel, seja direta ou indiretamente, deixa de ser aplicada (como o art. 652 do Código Civil pátrio). Foi uma decisão *pro homine*, que protegeu os direitos da pessoa conforme a norma menos restritiva.

Contudo, e de forma contraditória, a mesma interpretação não foi realizada em face de outra conhecida situação de análise entre norma interna e norma internacional, que

é a convencionalidade da Lei da Anistia, a Lei nº 6.683/1979, que ainda vigora no Brasil, e mais: foi declarada recepcionada pelo Supremo Tribunal Federal na ADPF 153 em 2010 – o que será aprofundado a seguir.

Assim, nossa Corte maior entendeu que a prisão civil do depositário infiel era incompatível, mas a norma que impede a investigação e punição de torturadores, homicidas, repressores seria constitucional e não passível de revisão²⁴. Tal posição do STF vai em colisão com o entendimento consolidado dos órgãos do Sistema Interamericano de Direitos Humanos, como se demonstra na sua vasta jurisprudência, analisada a seguir.

3 Inconvencionalidade das leis de anistia e a responsabilização do estado brasileiro

Anistia e Amnésia são palavras que apresentam a mesma origem. Ambas derivam do grego “amnestía”, que significa esquecimento, conforme definição etimológica²⁵. Bem como o significado literal da palavra, o esquecimento é o principal objetivo das leis de anistia, esconder os fatos do passado. O instituto da Anistia, em matéria penal, visa promover o esquecimento dos acontecimentos do passado, ou seja, tais leis impedem que haja um enfrentamento dos atos do passado, negando à sociedade o acesso ao direito à memória, à verdade e à apuração das violações cometidas.

A anistia, ao funcionar como uma “borracha”, ignora as violações perpetradas pelos anistiados e causa mais danos que benefícios, haja vista que “apaga” o crime e representa a renúncia do Estado ao direito de punir²⁶. E, como resposta ao espectro da impunidade que surgiu a partir das anistias em branco e autoanistias em vários países da América do Sul, um forte preceito anti-impunidade entre os juristas condenou tais anistias como incompatíveis com a justiça, além de serem péssimas apostas para as sociedades que buscam pacificar adversários antigos e consolidar uma cultura de respeito pelo Estado de Direito²⁷.

A Corte Interamericana, no Caso Velásquez Rodríguez²⁸, o primeiro caso contencioso a ser julgado pelo órgão, deixou assentado que é dever do Estado

24 STF é contra revisão da Lei da Anistia por sete votos a dois. 29 abr. 2010. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=125515>>. Acesso em: 20 jan. 2018.

25 FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Minidicionário da Língua Portuguesa**. 7. ed. Curitiba: Positivo, 2008, p. 123.

26 MARX, Ivan Cláudio. **Justicia Transicional: Necesidad y Factibilidad del juicio a los crímenes cometidos por los agentes del Estado durante la última ditadura militar em Brasil**. La Plata: Al Margen, 2013, p. 44.

27 PENSKY, Max. O status das anistias internas no Direito Penal Internacional. In: PAYNE Leigh A.; ABRÃO Paulo; TORELLY Marcelo D. (Org.). **A Anistia na Era da Responsabilização: O Brasil em Perspectiva Internacional e Comparada**. Brasília: Centro de Estudos Latino-Americanos; Oxford: Universidade de Oxford, 2011, p. 80-81.

28 Corte IDH. **Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras**. Sentença de 29 de julho de 1988. Mérito. Série C, n. 4. par. 174.

prevenir razoavelmente as violações dos direitos humanos, investigar seriamente, com os meios à sua disposição, as violações cometidas no âmbito da sua jurisdição, a fim de identificar os responsáveis, impô-los as sanções pertinentes e assegurar a vítima uma reparação adequada.

Vislumbra-se o caráter intrinsecamente inconveniente das leis de anistia, pois estas impossibilitam que exista uma investigação acerca das violações cometidas e, consequentemente, não há punição aos responsáveis das violações de direitos humanos cometidas, mantendo os órgãos com a competência de investigar e processar de mãos atadas em face das atrocidades praticadas e sujeitas à punição grave conforme a lei.

Outrossim, os Estados deixam de cumprir sua obrigação de respeitar e proteger as vítimas de violações de direitos humanos. Segundo a Anistia Internacional, essa obrigação inclui três elementos²⁹: a “Verdade”, que significa expor os fatos do passado relativos a violações de direitos humanos; a “Justiça”, que implica em investigar as violações e tomar medidas legais contra os responsáveis; e a “Reparação”, que consiste em oferecer reparação às vítimas e famílias em 5 formas: “restituição, compensação, reabilitação, satisfação e garantias de não repetição”.

Providenciando uma jurisdição adequada às vítimas, além do cumprimento dessas funções reparatórias, o Estado estará realizando um controle preventivo para evitar novas tentativas de instalação de sistemas ditatoriais e de práticas atentatórias a direitos humanos, como a dignidade da pessoa humana, a liberdade política e a liberdade de expressão e pensamento.

3.1 **Jurisprudência consolidada da Corte IDH com relação a anistias e o Caso Gomes Lund**

A aprovação das leis de anistia imediatamente antes ou imediatamente depois das transições dos governos repressivos para os governos democráticos demonstra a preocupação dos Estados em se prevenir para que suas condutas ilegais não sejam punidas.

O Sistema Interamericano tem adotado, cada vez mais, uma linha firme contra os sucessores de governos repressivos, no sentido de impedir que os violadores de direitos humanos se mantenham impunes.

O Caso Barrios Altos vs. Peru foi o primeiro a declarar as leis de anistia incompatíveis com a Convenção Americana de Direitos Humanos, mas ainda sem usar o termo “incon-

29 AMNISTÍA INTERNACIONAL. **Verdad, justicia y reparación**: creación de una comisión de la verdad efectiva. 11 junio 2007. Índice AI: POL 30/09/2007. Disponível em: <<https://www.amnesty.org/es/documents/document/?indexNumber=pol30%2F009%-2F2007&language=es>>. Acesso em: 17 jan. 2018, p. 07.

vencionais”³⁰. A Corte iniciou a agora absoluta opinião que são disposições que visam excluir a responsabilidade e, com isso, impedir investigação e punição de responsáveis por violações de direitos humanos, que incluem tortura, execução extralegais e desaparecimentos forçados.

A Corte IDH, poucos anos depois, no caso *Almonacid Arellano vs. Chile*, trouxe pela primeira vez o termo “Controle de Convencionalidade” no sentido de que compete ao Judiciário exercer esse Controle entre as normas jurídicas internas que se aplicam ao caso concreto e à Convenção, conforme já mencionado em tópicos anteriores³¹. Nesse sentido, declarou que as leis de anistia são inconventionais, pois³²:

119. Leis de anistia com as características descritas [...] conduzem à desproteção das vítimas e à perpetuação da impunidade dos crimes de lesa humanidade, razão pela qual são manifestamente incompatíveis com a letra e o espírito da Convenção Americana e indubitavelmente afetam direitos nela consagrados.

Novamente, a Lei da Anistia do Estado peruano foi analisada pela Corte no caso *La Cantuta vs. Peru* e mais uma vez declarada incompatível com a Convenção Americana de Direitos Humanos, como foi no caso *Barrios Altos*. No caso *La Cantuta*, considerou que leis de autoanistia são “*ab initio* incompatíveis” e sua própria promulgação é “*per se* uma violação da Convenção”³³.

Indo mais longe, a Corte IDH adota a posição, com a qual concordamos, de que a aplicação das leis de anistia pelos órgãos estatais e por funcionários públicos são também violações da Convenção, como forma manifestamente contrária às obrigações assumidas pelos Estados ao assinarem o Pacto de São José da Costa Rica.

A respeito do Brasil, a Corte Interamericana de Direitos Humanos já julgou o Estado brasileiro por diversas violações de direitos humanos e pelo entendimento da Justiça brasileira sobre a Lei nº 6.683, de 29 de agosto de 1979, a Lei da Anistia, considerada inválida, no caso conhecido como “Guerrilha do Araguaia”.

Esse foi mais um caso que demonstrou o posicionamento contrário do Sistema Interamericano de Direitos Humanos em relação às leis de anistia. Sérgio Tibirichá e Alana

30 Corte IDH. **Caso Barrios Altos vs. Peru**. Sentença de 3 de setembro de 2001. Mérito. Série C, n. 75. par. 41.

31 Corte IDH. **Caso Almonacid Arellano e outros vs. Chile**. Sentencia de 26 de septiembre de 2006 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas). Serie C, n. 154. par. 124.

32 Corte IDH. **Caso Almonacid Arellano e outros vs. Chile**, op cit. par. 119.

33 Corte IDH. **Caso La Cantuta vs. Peru**. Sentença de 29 de novembro de 2006. Mérito, Reparações e Custas. Série C, n. 162. par. 174.

Valério explicam bem, especificamente sobre as conclusões da Corte na sentença do caso Gomes Lund³⁴ (2015, p. 378):

A Comissão confirma que o caso Guerrilha do Araguaia representa uma oportunidade importante para consolidar a jurisprudência interamericana sobre as leis de anistia em relação aos desaparecimentos forçados e a execução extrajudicial, e a resultante obrigação dos Estados de fazer a sociedade conhecer a verdade, e investigar, processar e sancionar as graves violações de direitos.

O repertório da Corte IDH é extenso, como vemos no caso *Gelmán vs. Uruguai*, em que mais uma vez a Corte IDH reafirmou seu entendimento a respeito das leis de anistia³⁵, por impedirem investigação e sanção de responsáveis por violações de direitos humanos, o que é contrário às obrigações básicas de meio e resultado de investigar e processar. A impunidade afeta o próprio Estado de Direito, o que torna tais leis carecedoras de efeitos jurídicos.

Pela forma como a jurisprudência da Corte IDH vem tratando o tema, constata-se que esse órgão é totalmente contrário às leis que impossibilitam investigações acerca de violações cometidas, pois impedem que haja punições a tais violadores e reparação às vítimas e seus familiares. Como forma de elucidação, o MPF realizou um levantamento e, até 2017, foram iniciadas 27 ações penais contra 47 agentes que estariam envolvidos em 43 crimes, entretanto nenhuma delas foi julgada procedente até a data de finalização³⁶.

3.2 Violações reconhecidas pela Corte IDH e o descumprimento da decisão por parte do Brasil

As sentenças proferidas no exercício do controle de convencionalidade possuem efeito vinculante, pois devem ser acolhidas por todos os Estados Partes. Nesse sentido, explica Sven Peterk que “suas decisões são finais, ou seja, incontestáveis”³⁷.

34 TIBIRIÇÁ AMARAL, Sérgio; FAGUNDES VALÉRIO, Alana. A Lei de Anistia no Brasil: Supremo Tribunal vs. Corte IDH. In: CANOSA, Eduardo Andrés Velandía. **Derecho Procesal Constitucional**. Colômbia: VC Editores Ltda, 2015, p. 378.

35 Corte IDH. **Caso Gelmán vs. Uruguai**. Sentença de 24 de fevereiro de 2011. Mérito e Reparações. Série C, n. 221, par. 226.

36 MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. Grupo de Trabalho Justiça de Transição: 2ª Câmara de Coordenação e Revisão, Criminal. **Crimes da Ditadura Militar**. Relatório sobre as atividades de persecução penal desenvolvidas pelo MPF em matéria de graves violações a DH cometidas por agentes do Estado durante o regime de exceção. Brasília: MPF, 2017. p. 25. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr2/publicacoes/roteiro-atuacoes/005_17_crimes_da_ditadura_militar_digital_paginas_unicas.pdf>. Acesso em: 8 mar. 2018.

37 PETERKE, Sven. **Manual Prático de Direitos Humanos Internacionais**. Brasília, DF: ESMPU, 2009, p. 73.

Contudo, o Brasil deixou de cumprir a determinação de revogar a sua Lei da Anistia, que ainda está em vigor e causa um conflito entre o Sistema Interamericano e o Brasil, porque todas as condenações de inconveniência de leis de anistia foram acatadas pelos países... Especificamente, até 2017, ainda não foi cumprida a parte da sentença da Corte IDH que se refere à incompatibilidade da anistia com a Convenção:

325. [...]

3. As disposições da Lei de Anistia brasileira que impedem a investigação e sanção de graves violações de direitos humanos são incompatíveis com a Convenção Americana, carecem de efeitos jurídicos e não podem seguir representando um obstáculo para a investigação dos fatos do presente caso, nem para a identificação e punição dos responsáveis, e tampouco podem ter igual ou semelhante impacto a respeito de outros casos de graves violações de direitos humanos consagrados na Convenção Americana ocorridos no Brasil. (grifo nosso)

Na sequência, no parágrafo 325.4-7 da sentença, há uma determinação de invalidar a Lei da Anistia brasileira, que deve ser declarada não recepcionada, e a Corte declarou quais violações foram cometidas e que devem ser investigadas e punidas com a revogação da Lei de Anistia, entre elas o desaparecimento forçado, a violação do reconhecimento da personalidade jurídica, da vida, da integridade pessoal e da liberdade pessoal.

O desaparecimento forçado de pessoas ocorrido no regime militar viola o direito à integridade pessoal, pois desrespeita a integridade psíquica e moral dos familiares, que têm a certeza de suas mortes, mas estão privados de seus corpos, como está na sentença: “a privação do acesso à verdade dos fatos sobre o destino de um desaparecido constitui uma forma de tratamento cruel e desumano para os familiares próximos”³⁸, sendo dever do Estado democrático reconhecer tal fato e proporcionar aos familiares uma rápida e eficaz reparação.

Nesse sentido, Fernando G. Jayme³⁹ diz que uma das violações “mais frequentes nesses regimes é a prática do desaparecimento de pessoas [...]”. A atuação das autoridades e da jurisdição interna dos estados é incapaz de evitar ou apresentar uma solução adequada, no sentido de julgar os responsáveis por tais atos hediondos, e compele as vítimas ou seus familiares a recorrerem à proteção supletiva e complementar do Sistema Interamericano dos Direitos Humanos, que tem na Corte seu órgão soberano.

38 Corte IDH. **Caso Gomes Lund e outros (“Guerrilha do Araguaia”) vs. Brasil**. Sentença de 24 de novembro de 2010. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Série C, n. 219, par. 240.

39 JAYME, Fernando G. **Direitos humanos e sua efetivação pela Corte Interamericana de direitos humanos**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p. 124.

Desde o julgamento do caso Gomez Palomino Vs. Peru, de 2005, a Corte utilizou outros tratados da OEA para invalidar normas. No caso foi usada a Convenção Interamericana sobre o Desaparecimento Forçado de Pessoas, aprovada em Belém do Pará em 1994. E como corrobora Valério de Oliveira Mazzuoli⁴⁰, o caso Gudiel Álvarez e outros (Diário Militar) Vs. Guatemala, de 2011, serviu para a Corte reforçar o entendimento de que devem ser usados como parâmetros outros tratados, como as Convenções sobre Desaparecimento Forçado e para Prevenir e Punir a Tortura.

O Caso Gomes Lund também gerou a violação ao direito à liberdade de expressão, conforme entendimento da Corte⁴¹, que se trata da “liberdade de buscar, receber e difundir informações e ideias de qualquer natureza”, sendo direito de qualquer cidadão o acesso às informações sob o domínio do Estado, ressalvadas as restrições autorizadas pela Convenção. Assim, para a Corte, nos países democráticos deve vigorar o “princípio da máxima divulgação”, e prevalecer “a presunção de que toda informação é acessível, sujeita a um sistema de exceções”⁴².

Para a Corte, a investigação dos fatos é uma forma de reparar a violação sofrida, o que infelizmente não ocorreu, já que, como dito anteriormente, a Ação Ordinária proposta com o intuito de obter acesso aos documentos oficiais atinentes às ações militares perpetradas contra a Guerrilha do Araguaia apresentou demora excessiva, violando os artigos 8.1 e 13 da Convenção⁴³.

No que diz respeito aos documentos considerados secretos ou confidenciais pelo Brasil, a Corte relembrou que, em se tratando de violações de direitos humanos, o Estado não pode se negar a oferecer as informações solicitadas, independentemente de o documento ser considerado por ele secreto ou confidencial, seja por interesse público, seja pela segurança nacional⁴⁴.

Por fim, a Corte condenou o Brasil pela violação dos arts. 1, 2, 3, 4, 5, 7, 8, 13 e 25 da Convenção, confirmando os pedidos da Comissão de condenação do Brasil a pagar indenização pelos danos materiais e imateriais sofridos e restituição das custas e gastos processuais em âmbito interno e perante o Sistema Interamericano, assim como: “tipificar o delito de desaparecimento forçado de pessoas em conformidade com os parâmetros interamericanos”, “realizar um ato público de reconhecimento de responsabilidade internacional a respeito dos fatos do presente caso”, “oferecer o tratamento médico e

40 MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **O controle jurisdicional da convencionalidade das leis**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 68.

41 Corte IDH. **Caso Gomes Lund e outros (“Guerrilha do Araguaia”) vs. Brasil**, op cit. par. 197.

42 Corte IDH. **Caso Gomes Lund e outros (“Guerrilha do Araguaia”) vs. Brasil**. Sentença de 24 de novembro de 2010. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Série C, n. 219. par. 199.

43 Corte IDH. **Caso Gomes Lund e outros (“Guerrilha do Araguaia”) vs. Brasil**, op cit. pars. 184-185, 201, e 220-225.

44 Corte IDH. **Caso Gomes Lund e outros (“Guerrilha do Araguaia”) vs. Brasil**, op cit. par. 202.

psicológico ou psiquiátrico que as vítimas requeiram”, “realizar todos os esforços para determinar o paradeiro das vítimas desaparecidas e, se for o caso, identificar e entregar os restos mortais a seus familiares” e “conduzir eficazmente, perante a jurisdição ordinária, a investigação penal dos fatos do presente caso a fim de esclarecê-lo”.

O Brasil tenta se justificar, pois cumpriu boa parte das condenações estabelecidas na sentença, mas isso não o exime do fato de que continua em vigor a Lei de Anistia. Por exemplo, o Brasil promoveu as reparações financeiras, que vêm sendo integralmente cumpridas pelo Estado.

Além disso, nas abordagens da justiça de transição criou a Comissão da Verdade e fez outras ações, entre as quais: a) a abertura de vários arquivos do período; b) a atuação da Comissão Especial de Mortos Desaparecidos (Lei nº 9.140/1995), que tem um acervo importante sobre vítimas e sobre as atrocidades sofridas; c) o trabalho da Comissão de Anistia, no âmbito do Ministério da Justiça (Lei nº 10.559/2002), que também reúne relevante material; d) a publicação do livro *Direito à Memória e à Verdade*, lançado pela Secretaria Especial de Direitos Humanos da Presidência da República em 2007; e) a criação do Centro de Referência das Lutas Políticas no Brasil, denominado Memórias Reveladas, institucionalizado pela Casa Civil da Presidência da República e implantado no Arquivo Nacional, em 2009; e f) a instituição, por Decreto Presidencial, do 3º Programa Nacional de Direito Humanos (PNDH) – Instituído pelo Decreto Presidencial nº 7.037/2009 e disponível em: <<http://portal.mj.gov.br/sedh/pndh3/pndh3.pdf>>.

Contudo, a manutenção da Lei da Anistia em âmbito interno se dá por um julgamento do Supremo Tribunal Federal na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 153, que foi contrário à decisão de revogação Lei da Anistia, e que, na realidade, aborda sua importância no contexto de reconstrução democrática.

Em seu voto, o então ministro Eros Grau, relator da ADPF, coloca – de certo modo contraditoriamente – a impreterível necessidade de se expor a verdade e de como devem ser repudiadas todas as modalidades de tortura, encerrando seu voto: “É necessário não esquecermos, para que nunca mais as coisas voltem a ser como foram no passado”⁴⁵. Entretanto, julga improcedente a ação e reconhece a validade da Lei da Anistia, surgindo desde então um grave confronto da justiça interna com a justiça internacional e engessando os órgãos persecutores internos.

Em publicação do Ministério Público Federal de 2017, observa-se que das decisões judiciais que negam o processamento das ações penais referentes aos crimes da ditadura, sem exceções, o fundamento é o mesmo: “causas de extinção da punibilidade

45 Supremo Tribunal Federal. **Voto do Ministro Relator Eros Grau na ADPF n. 153**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiarnoticiastf/anexo/adpf153.pdf>>. Acesso em: 6 mar. 2018. p. 73.

da anistia e da prescrição”⁴⁶, sem referir-se à natureza permanente dos crimes, nem a provas ou qualquer face do mérito.

3.3 Perspectivas de responsabilização do Estado por descumprir decisão anterior

Desde a condenação internacional no caso da Guerrilha do Araguaia, o Brasil foi acionado mais algumas vezes, sendo o mérito remetido 4 vezes perante o órgão jurisdicional interamericano⁴⁷. Em 2016, foi condenado pelo caso dos “Trabalhadores da Fazenda Brasil Verde”; em 2017 foi condenado pelo caso “Cosme Rosa Genoveva, Evandro de Oliveira e outros (Favela Nova Brasília)”; e mais recentemente, em 2018, foi condenado pelo caso do Povo Indígena Xucuru. Ainda estão pendentes de sentença o caso Vladimir Herzog e outros.

Especialmente quanto ao caso Herzog, o Brasil pode ser mais uma vez condenado pelo mesmo motivo do caso Gomes Lund: a atuação do Estado durante o período no regime ditatorial, e por não ter revogado a Lei da Anistia, que é o que impede a concretização da justiça e mantém impunidade por violações de direitos humanos.

Hector Fix-Zamudio explica que a Comissão faz a “instrução e a investigação das violações dos direitos humanos”⁴⁸ antes do julgamento na Corte. O caso Herzog foi apresentado à Comissão em 10 de julho de 2009, e em 8 de novembro de 2012 foi aprovado o Relatório nº 80/12, pelo qual declarou a admissibilidade da petição. Em seguida, após ser dado prazo para as partes se manifestarem sobre o mérito, foi emitido o Relatório nº 71/15, em que a Comissão concluiu que o Estado seria responsável, fazendo recomendações ao Estado brasileiro⁴⁹. Deixando de atender às recomendações feitas, o caso foi enviado à Corte, e agora aguarda a sentença.

Com relação aos fatos que levaram o Brasil a assumir a posição de “réu” novamente, Vladimir Herzog foi jornalista, professor e cineasta. Nascido em 27 de junho de 1937, na

46 MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. Grupo de Trabalho Justiça de Transição: 2ª Câmara de Coordenação e Revisão, Criminal. **Crimes da Ditadura Militar**. Relatório sobre as atividades de persecução penal desenvolvidas pelo MPF em matéria de graves violações a DH cometidas por agentes do Estado durante o regime de exceção. Brasília: MPF, 2017. p. 23. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr2/publicacoes/roteiro-atuacoes/005_17_crimes_da_ditadura_militar_digital_paginas_unicas.pdf>. Acesso em: 1 mar. 2018.

47 Lista de casos contra o Brasil perante a Corte IDH. Disponível em: <<http://www.oas.org/pt/cidh/decisiones/demandas.asp>>. Acesso em: 21 fev. 2018.

48 FIX-ZAMUDIO, Héctor. **Reflexões comparativas sobre los sistema interamericano y europeo de protección de los derechos humanos <in> Derecho Internacional de los Derechos Humanos**. Cultura y Sistemas Jurídicos Comparados, (Méndez Silva – coordenador). Cidade do México: Instituto de Investigações Jurídicas, 2008, p. 203.

49 Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH). **Relatório nº 71/15, Caso 12.879**. Mérito. Vladimir Herzog e outros vs. Brasil. 28 de outubro de 2015. Disponível em: <<https://www.oas.org/es/cidh/decisiones/corte/2016/12879FondoPt.pdf>>. Acesso em: 10 fev. 2018.

cidade de Osijsk, na atual Croácia, emigrou para o Brasil com os pais em 1942, sendo criado em São Paulo e se naturalizando brasileiro. Estudou Filosofia na Universidade de São Paulo (USP) e iniciou a carreira de jornalista em 1959, no jornal *O Estado de S. Paulo*, conforme biografia do Instituto Vladimir Herzog.

Conforme os fatos admitidos pela Comissão em seu Relatório de Mérito, em 17 de outubro de 1975, um colega de trabalho de Vladimir Herzog, o jornalista Paulo Sérgio Markun, foi detido por agentes do Destacamento de Operações de Informação/Centro de Operações de Defesa Interna do II Exército em São Paulo (DOI-Codi/SP) e pediu a seu pai que informasse a Vladimir Herzog que ele também estava sendo apontado como militante do Partido Comunista Brasileiro e que possivelmente seria preso⁵⁰.

Em 24 de outubro de 1975 à noite, duas pessoas vestidas de civis chegaram à casa de Herzog à sua procura, e foram informados por sua esposa de que este estava na TV Cultura. Na mesma noite, dois agentes do DOI-Codi/SP foram à TV Cultura e solicitaram que Herzog os acompanhasse para prestar depoimento, sob suspeita de integrar e manter contato com membros do PCB. Mas, como os diretores do canal de televisão indicaram aos agentes que a presença de Herzog era indispensável ao programa que estava sendo transmitido, dessarte ficou acordado que o jornalista se apresentaria “voluntariamente” na manhã seguinte ao DOI/Codi/SP⁵¹.

No dia seguinte, Vladimir Herzog se apresentou DOI-Codi/SP. Ao chegar, fora recebido por um soldado que, após verificar seus documentos de identidade e comunicar-se com alguém por um interfone, disse-lhe que deveria ficar⁵². De acordo com as testemunhas ouvidas, os jornalistas Rodolfo Osvaldo Konder e George Benigno Jatahy Duque Estrada, que também estavam detidos no DOI-Codi/SP em 25 de outubro de 1975, foram levados à mesma sala de interrogatórios onde estava Vladimir Herzog e coagidos a aconselharem Herzog de que “não adiantava sonegar informação”, e que dissesse “o que sabia”. Após serem retirados da cela, puderam ouvir os gritos do jornalista, e o interrogador que exigia que Vladimir reconhecesse sua participação numa das bases do PCB.

Consta no depoimento de Konder que “de lá, puderam ouvir nitidamente os gritos de Vladimir, e ouvir quando o interrogador pediu que lhe trouxessem a ‘pimentinha’ e solicitou a ajuda de uma equipe de torturadores”, mas, posteriormente, os ruídos cessaram⁵³.

50 Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH). **Relatório nº 71/15, Caso 12.879**. Mérito. Vladimir Herzog e outros vs. Brasil. 28 de outubro de 2015. Disponível em: <<https://www.oas.org/es/cidh/decisiones/corte/2016/12879FondoPt.pdf>>. Acesso em: 10 fev. 2018. par 76.

51 CIDH. **Relatório nº 71/15, Caso 12.879. Mérito. Vladimir Herzog e outros vs. Brasil**, op cit. par. 78.

52 CIDH. **Relatório nº 71/15, Caso 12.879**. Mérito. Vladimir Herzog e outros vs. Brasil, op cit. par 79.

53 Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH). **Relatório nº 71/15, Caso 12.879**. Mérito. Vladimir Herzog e outros vs. Brasil. 28 de outubro de 2015. Disponível em: <<https://www.oas.org/es/cidh/decisiones/corte/2016/12879FondoPt.pdf>>. Acesso em: 10 fev. 2018. par 80.

Vladimir Herzog foi encontrado morto no mesmo dia, horas mais tarde. O II Exército publicou uma nota oficial informando que “cerca das 16:00hs, ao ser procurado na sala onde fora deixado desacompanhado, Vladimir Herzog foi encontrado morto, enforcado, tendo para tanto utilizado uma tira de pano”⁵⁴ – sugerindo o suicídio como *causa mortis*.

A história do jornalista Vladimir Herzog confunde-se com a de tantos outros trabalhadores, estudantes, artistas, intelectuais brasileiros que se insurgiram contra o regime de exceção que, durante 21 anos, impediu qualquer tipo de liberdade dos cidadãos. Não obstante, nenhum acontecimento contribuiu tanto para a indignação e para a necessidade do retorno da democracia quanto a bárbara morte do jornalista, nas dependências do DOI-Codi do II Exército, em São Paulo.

Como visto anteriormente, várias foram as decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos no sentido de determinar aos países do Cone Sul que praticaram violações de direitos humanos durante o regime militar investigassem os fatos ocorridos e reparassem os danos cometidos. No entanto o Brasil, diferente de outros países, ainda não puniu aqueles que contribuíram para a perpetração de tais feitos.

Uma conquista referente ao caso Herzog foi obtida por meio da Comissão Nacional da Verdade (CNV), órgão criado em razão da condenação no caso Gomes Lund, que obteve em ação judicial perante a 2ª Vara de Registros Públicos de São Paulo a retificação da certidão de óbito de Vladimir Herzog⁵⁵, posteriormente confirmada pela instância recursal, pelo corregedor-geral do Tribunal de Justiça de São Paulo à época, desembargador José Renato Nalini, que rejeitou o recurso e definiu o caso a favor da CNV e da família Herzog.

No novo documento, entregue à família de Vladimir em 15 de março de 2013 pela CNV, consta agora como *causa mortis* “lesões e maus tratos sofridos durante o interrogatório em dependência do 2º Exército (DOI-Codi)”, substituindo oficialmente “asfixia mecânica”, versão divulgada pela ditadura, em 1975, quando foi encontrado morto.

O Estado brasileiro colocou em cumprimento boa parte da condenação da Corte no caso Gomes Lund, no entanto, isso não o exime da responsabilidade pelo fato mais importante. Como o Brasil ainda mantém vigente a Lei da Anistia – declarando-a válida e produzindo efeitos – permite que aqueles que cometeram crimes de lesa-humanidade continuem impunes, sem responsabilização, sendo incompatível com o Sistema de Proteção que a Corte e a Comissão IDH vêm colocando em prática.

O Brasil não cumpriu com seu dever de investigar, processar e sancionar os responsáveis pelo assassinato de Vladimir Herzog, bem como não reconheceu voluntariamente sua responsabilidade pela morte, tendo sido por meio de ação judicial obtida nova

54 CIDH. **Relatório Nº 71/15, Caso 12.879.** Mérito. Vladimir Herzog e outros vs. Brasil, op cit. pars. 83-84.

55 Sentença da 2ª vara de Registros Públicos do TJ/SP. Processo n. 0046690-64.2012.8.26.0100. Juiz Márcio Martins Bonilha Filho. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/arquivo_artigo/art20120925-01.pdf>. Acesso em: 19 fev. 2018.

certidão de óbito. A omissão do Estado brasileiro na realização de justiça dos crimes cometidos durante a ditadura militar está prestes a levar o país a mais uma condenação na Corte IDH.

No mês de fevereiro de 2018, a procuradora-geral da República, Raquel Dodge, pediu à presidência do Supremo Tribunal Federal que desarchive e julgue uma Reclamação feita em 2014 ao Supremo por cinco agentes acusados de envolvimento na morte do ex-deputado Rubens Paiva, em janeiro de 1971, durante o período da ditadura militar (1964-1984), em face de ação penal que tramitava em 1ª instância, na qual tais militares são acusados de participar do homicídio e da ocultação de cadáver, fraude processual e de formação de quadrilha.

A defesa dos militares, por seu lado, afirma que deve prevalecer o entendimento do STF de 2010 que decidiu pelo alcance, vigência e validade da Lei da Anistia, de 1979, mesmo contrariando os tratados de direitos humanos no âmbito da OEA.

O então relator, que faleceu no ano passado, ministro Teori Zavasck, proferiu decisão liminar suspendendo a ação penal⁵⁶, mas agora a chefe do Ministério Público pede o julgamento do mérito da Reclamação e que não se siga o decidido na ADPF 153. Há outras possibilidades de apreciação, com os diversos julgamentos na Corte IDH e a nova composição do Supremo Tribunal Federal, o que poderia refletir em novos posicionamentos. É o que se espera nesse processo de reconstrução essencial a um Estado democrático.

4 Conclusão

Neste trabalho, discutimos o surgimento e os fundamentos do Controle de Convencionalidade no Sistema Interamericano de Direitos Humanos e como tal conceito está diretamente relacionado com as leis de anistia postas em vigor em vários países da América Latina após o período ditatorial.

O caso do desaparecimento do então deputado Rubens Paiva surge como uma oportunidade para reabertura de uma importante discussão doutrinária, já que a reclamação se encontra arquivada e há uma certificação de trânsito em julgado, o que é indevido, pois não houve apreciação do mérito da controvérsia.

A Lei da Anistia precisa de uma nova reflexão, visto que a doutrina é unânime em afirmar que os crimes de tortura são imprescritíveis e a decisão do STF de 2010 precisa abordar a temática.

Em vários julgamentos da Corte IDH, ficou patente que as leis de anistia são inconventionais, pois impedem que haja investigação dos crimes cometidos durante determi-

⁵⁶ Liminar suspende ação penal sobre desaparecimento de Rubens Paiva. 29 set. 2014. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=304838>>. Acesso em: 13 mar. 2018.

nado período e, conseqüentemente, uma punição aos responsáveis por tais feitos. Além disso, o Estado deixa de cumprir sua obrigação de prevenir e reparar as violações de Direitos Humanos.

Lutar para que períodos ditatoriais jamais se repitam é essencial para o fortalecimento da jovem democracia brasileira, bem como das democracias dos países sul-americanos que viveram a tensão dos regimes de exceção de seus respectivos países. Ainda que de forma contraditória à decisão final, o Supremo Tribunal Federal, na ADPF nº 153, assentou que não devemos esquecer, para não repetirmos os erros do passado, que foram gravíssimos e merecem repúdio.

No tocante à conexão de crimes, importante ressaltar que a Corte sempre decidiu que a ocultação de cadáver, diante da não localização dos corpos, como na Guerrilha do Araguaia e no caso Rubens Paiva, define a natureza de crime permanente. Isso afasta por completo a alegação de preciação.

Assim, vemos que há necessidade da adoção de diversas estratégias para alcançar a efetividade dos direitos das vítimas e da sociedade na justiça de transição, sendo de vital importância para o Sistema de Justiça Local Brasileiro e para a comunidade internacional o cumprimento da decisão da Corte no caso Gomes Lund Vs. Brasil. É preciso reconhecer que há crimes permanentes em voga e que a anistia não pode ser um obstáculo à sua persecução.

A Lei da Anistia brasileira é inconveniente segundo os parâmetros da Corte IDH, e o Brasil, sujeitando-se à jurisdição desse tribunal, precisa acatar e cumprir a determinação, abandonando o confronto iniciado com a decisão da ADPF nº 153 que foi na contramão da posição da Corte Interamericana, sob risco de sofrer nova condenação em razão dessa situação.

Referências

AMNISTIA INTERNACIONAL. **Verdad, justicia y reparación**: creación de una comisión de la verdad efectiva. 11 junio 2007. Índice AI: POL 30/9/2007. Disponível em: <<https://www.amnesty.org/es/documents/document/?indexNumber=pol30%2F009%2F2007&language=es>>. Acesso em: 17 jan. 2018.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**. Poder Executivo, Brasília, DF, 5 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 8 mar. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 466.343-SP**. Pleno. Relator Min. Cezar Peluso. Brasília, 22 de novembro de 2006. Informativo do STF nº 449. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/noticias/informativos/antiores/info449.asp>>. Acesso em: 10 jan. 2018.

_____. **Habeas Corpus 87.585-TO**. Relator Min. Marco Aurélio. Brasília, 3 de dezembro de 2008. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=597891>>. Acesso em: 13 jan. 2018.

BRASIL. **Voto do Ministro Relator Eros Grau na ADPF n. 153**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticianoticiastf/anexo/adpff153.pdf>>. Acesso em: 6 mar. 2018.

_____. **STF é contra revisão da Lei da Anistia por sete votos a dois**. 29 de abril de 2010. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=125515>> Acesso em: 20 jan. 2018.

_____. **Liminar suspende ação penal sobre desaparecimento de Rubens Paiva**. 29 de setembro de 2014. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=304838>>. Acesso em: 13 mar. 2018.

CANOSA, Eduardo Andrés Velandia. **Derecho Procesal Constitucional**. Colombia: VC Editores Ltda., 2015.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (CIDH). **Relatório nº 71/15, Caso 12.879**. Mérito. Vladimir Herzog e outros. Brasil. 28 de outubro de 2015. Disponível em: <<https://www.oas.org/es/cidh/decisiones/corte/2016/12879FondoPt.pdf>>. Acesso em: 10 fev. 2018.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (Corte IDH). **Caso Velásquez Rodríguez vs Honduras**. Sentença de 29 de julho de 1988. Mérito. Série C, n. 4.

_____. **Caso Genie Lacayo Vs. Nicaragua**. Sentença de 29 de janeiro de 1997. Mérito, Reparações e Custas. Série C N. 30.

_____. **Caso Castillo Petrucci e outros vs. Perú**. Sentença de 30 de maio de 1999. Mérito, Reparações e Custas. Série C N. 52.

_____. **Caso La Última Tentación de Cristo (Olmedo Bustos y otros) Vs. Chile**. Sentença de 5 de fevereiro de 2001. Mérito, Reparações e Custas. Série C N. 73.

_____. **Caso Barrios Altos vs. Peru**. Sentença de 3 de setembro de 2001. Mérito. Série C N. 75.

_____. **Caso Myrna Mack Chang Vs. Guatemala**. Sentença de 25 de novembro de 2003. Mérito, Reparações e Custas. Série C N. 101.

_____. **Caso Tibi Vs. Ecuador**. Sentença de 7 de setembro de 2004. Exceções preliminares, Mérito Reparações e Custas. Série C N. 114.

_____. **Caso Gómez Palomino Vs. Perú**. Sentença de 22 de novembro de 2005. Mérito, Reparações e Custas. Série C N. 136.

_____. **Caso Almonacid Arellano e outros v. Chile**. Sentença de 26 de setembro de 2006. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Série C N. 154.

_____. **Caso Trabajadores Cesados del Congreso**. Sentença de 24 de novembro de 2006. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Série C N. 158.

_____. **Caso La Cantuta vs. Peru**. Sentença de 29 de novembro de 2006. Mérito, Reparações e Custas. Série C N. 162.

_____. **Caso Gomes Lund e outros (“Guerrilha do Araguaia”) vs. Brasil**. Sentença de 24 de novembro de 2010. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Série C N. 219.

_____. **Caso Gelmán vs. Uruguay**. Sentença de 24 de fevereiro de 2011. Mérito e Reparações. Série C N. 221.

CONSEIL CONSTITUTIONNEL DE FRANCE. **Décision nº 74-54 DC du 15 janvier 1975**: Loi relative à l'interruption volontaire de la grossesse. Disponível em: <<http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/les-decisions/acces-par-date/decisions-depuis-1959/1975/74-54-dc/decision-n-74-54-dc-du-15-janvier-1975.7423.html>>. Acesso em: 15 jan. 2018.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Minidicionário da Língua Portuguesa**. 7. ed. Curitiba: Positivo, 2008.

FIX-ZAMUDIO, Héctor. Reflexiones comparativas sobre los sistema interamericano y europeo de protección de los derechos humanos. In: MÉNDEZ SILVA, Ricardo (Coord.). **Derecho Internacional de los Derechos Humanos**. Cultura y Sistemas Jurídicos Comparados. Cidade do México: Instituto de Investigações Jurídicas, 2008.

GOMES, Luiz Flávio; MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Comentários à Convenção Americana sobre Direitos Humanos**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

GOMES, Luiz Flávio; PIOVESAN Flávia. **O Sistema Interamericano de proteção dos Direitos Humanos e o direito brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

INSTITUTO VLADIMIR HERZOG. **Caso Herzog**. Disponível em: <<http://vladimirherzog.org/casoherzog/>>. Acesso em: 11 fev. 2018.

JAYME, Fernando G. **Direitos humanos e sua efetivação pela Corte Interamericana de direitos humanos**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

MARX, Ivan Cláudio. **Justicia Transicional**: Necesidad y Factibilidad del juicio a los crímenes cometidos por los agentes del Estado durante la última ditadura militar em Brasil. La Plata: Al Margen, 2013.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **O controle jurisdicional da convencionalidade das leis**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. Grupo de Trabalho Justiça de Transição: 2ª Câmara de Coordenação e Revisão, Criminal. **Crimes da Ditadura Militar**. Relatório sobre as atividades de persecução penal desenvolvidas pelo MPF em matéria de graves violações a DH cometidas por agentes do Estado durante o regime de exceção. Brasília: MPF, 2017. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr2/publicacoes/roteiro-atuacoes/005_17_crimes_da_ditadura_militar_digital_paginas_unicas.pdf>. Acesso em: 1 mar. 2018.

PENSKY, Max. O status das anistias internas no Direito Penal Internacional. In: PAYNE Leigh A.; ABRÃO Paulo; TORELLY Marcelo D. (Org.). **A Anistia na Era da Responsabilização**: O Brasil em perspectiva internacional e comparada. Brasília: Centro de Estudos Latino-Americanos; Oxford: Universidade de Oxford, 2011.

PETERKE, Sven. **Manual Prático de Direitos Humanos Internacionais**. Brasília, DF: ESMPU, 2009.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e Justiça Internacional**: um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

SAGUÉS, Néstor Pedro. **El “control de convencionalidad” em el sistema interamericano, y sus anticipios em el âmbito de los derechos económicos-sociales**. Concordancias y diferencias com el sistema europeo. Biblioteca jurídica virtual del instituto de investigaciones jurídicas de la UNAM. Disponível em: <<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/7/3063/16.pdf>>. Acesso em: 13 fev. 2018.

TIBIRIÇÁ AMARAL, Sérgio; FAGUNDES VALÉRIO, Alana. A Lei de Anistia no Brasil: Supremo Tribunal vs. Corte IDH. In: CANOSA, Eduardo Andrés Velandia. **Derecho Procesal Constitucional**. Colômbia: VC Editores Ltda, 2015.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. **Sentença do Processo n. 0046690-64.2012.8.26.0100**. Juiz Márcio Martins Bonilha Filho. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/arquivo_artigo/art20120925-01.pdf>. Acesso em: 19 fev. 2018.

20 JUSTIÇA DE TRANSIÇÃO
NO BRASIL: PELA NECESSIDADE
DO DIÁLOGO ENTRE CORTES NO
“CASO VLADIMIR HERZOG”

*Luiz Eduardo Camargo Outeiro Hernandez*¹

Resumo: O objetivo do presente artigo é ressaltar a necessidade da promoção do diálogo entre Cortes em temas em que se verificam aparentes conflitos normativos entre normas do ordenamento jurídico internacional e do ordenamento jurídico interno. Nesse sentido, o diálogo entre Cortes permite a superação do voluntarismo estatal e o desenvolvimento da cooperação entre Cortes internacionais e nacionais, evitando-se a hierarquização das ordens jurídicas internacional e estatal. Por meio de pesquisa teórica e empregando o método dedutivo, conclui-se que há necessidade de um diálogo entre Cortes em casos de aparente conflito normativo entre normas do ordenamento jurídico internacional e do ordenamento jurídico interno, como no caso "Vladimir Herzog", visando à sua superação, com o fim de se promover a efetiva implementação da decisão internacional.

Palavras-chave: Justiça de Transição. Direitos Humanos. Corte Interamericana. Brasil. Diálogo entre Cortes.

Abstract: *The purpose of this article is to emphasize the necessity to promote a dialogue between Courts on issues where there are apparent normative conflicts between norms of the international legal order and of the internal legal order. In this sense, the dialogue between Courts allows the overcoming of state voluntarism and the development of cooperation between international and national Courts, avoiding the hierarchy of international and state legal orders. By means of theoretical research and using the deductive method, it is concluded that there is a need for a dialogue between Courts in cases of apparent normative conflict between the norms of the international legal order and the internal juridical system, as in the case "Vladimir Herzog", aiming at to overcome it, in order to promote the effective implementation of the international decision.*

Keywords: *Transitional Justice. Human Rights. Inter-American Court. Brazil. Dialogue between Courts.*

1 Mestre em Direito pela Universidade Católica de Brasília (UCB). Procurador da República. Membro do Grupo de Trabalho "Justiça de Transição" da 2ª Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal e membro do Grupo de Trabalho "Cerrado" da 4ª Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal.

1 Introdução

O constitucionalismo moderno consolidou a noção de Constituição, fruto das ideias do Iluminismo e das revoluções burguesas dos séculos XVII e VIII, desenvolvidas na Inglaterra, nos Estados Unidos e na França (SARMENTO; SOUZA NETO, 2012, p. 68).

O artigo 16 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 estabeleceu que qualquer sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos, nem estabelecida a separação dos poderes, não tem Constituição. Tais diretrizes conformam o denominado constitucionalismo moderno.

O constitucionalismo moderno fixa-se em três pilares: separação de poderes, garantias de direitos individuais e legitimação do governo (SARMENTO; SOUZA NETO, 2012, p. 72). No entanto, os avanços dos estudos doutrinários, aliados às circunstâncias fáticas da pós-modernidade, sinalizam para uma possível crise da noção de Constituição do constitucionalismo moderno, uma vez que questões jurídicas múltiplas são solucionadas por ordens jurídicas diversas, surgindo um aparente conflito normativo.

Nesse contexto, o presente artigo tratará do tema “A Justiça de Transição no Brasil: Pela Necessidade do Diálogo entre Cortes no Caso ‘Vladimir Herzog’”.

Buscar-se-á a pesquisa do problema: Há necessidade de um diálogo entre Cortes em casos de aparentes conflitos normativos entre normas do ordenamento jurídico internacional e do ordenamento jurídico interno, como no caso “Vladimir Herzog”?

A hipótese inicial é no sentido de que há necessidade de um diálogo entre Cortes em casos de aparentes conflitos normativos entre normas do ordenamento jurídico internacional e do ordenamento jurídico interno, como no caso “Vladimir Herzog”, visando à prevenção, ou à superação, do conflito normativo, com o fim de se promover a implementação da decisão internacional e a efetivação da justiça de transição no Brasil.

Para tanto, será empregado o método dedutivo, partindo-se de premissas gerais para se alcançar a conclusão. A pesquisa adotará a metodologia concernente ao levantamento bibliográfico por meio da consulta a livros, revistas, periódicos e outras fontes de mesmas espécies, que ajudarão a sustentar e esclarecer os aspectos teóricos da temática, sempre buscando a análise crítica da literatura atual. Ainda, serão realizadas as análises críticas das decisões da Corte Interamericana e da decisão do Supremo Tribunal Federal na análise da Lei da Anistia.

A motivação consiste no fato de que, após a decisão da Corte Interamericana de Direitos Humanos no caso “Gomes Lund”, a República Federativa do Brasil se viu obrigada a punir os responsáveis pelos crimes cometidos durante o período ditatorial. No entanto, sua integral implementação esbarra no entendimento proferido na Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 153, julgada improcedente pelo Supremo Tribunal Federal em 28 de abril de 2010, sob o fundamento de que não caberia ao Tribunal

rever a Lei da Anistia (Lei nº 6.683, de 28 de agosto de 1979), papel este a cargo do Poder Legislativo.

Ainda, no Supremo Tribunal Federal, encontra-se pendente o julgamento dos embargos de declaração opostos na ADPF nº 153, bem com a apreciação do mérito da ADPF nº 320, cujas ações impugnam a validade da anistia e aplicação do instituto da prescrição, em que pese a decisão no caso "Gomes Lund" e mais recentemente, a decisão no caso "Vladimir Herzog"².

No presente artigo, apresenta-se como contribuição a perspectiva do diálogo entre Cortes na análise do aparente conflito de ordens jurídicas, decorrentes das decisões da Corte Interamericana e da Suprema Corte local, como poderá ocorrer, respectivamente, no caso "Vladimir Herzog" e no julgamento da Lei da Anistia.

O trabalho se desenvolverá em cinco seções essenciais. Na primeira seção, apresenta-se brevemente o conceito de justiça de transição e o caso "Vladimir Herzog". Na segunda seção, será apresentado o sistema de decisão do controle de convencionalidade, desenvolvido pela Corte Interamericana de Direitos Humanos. Na terceira, será analisada a relação da decisão da Corte Interamericana de Direitos Humanos no caso "Vladimir Herzog" com o Estado brasileiro. Já a quarta seção tratará da concepção do diálogo entre Cortes e suas implicações no caso "Vladimir Herzog". Por fim, concluir-se-á, demonstrando que há necessidade de um diálogo entre Cortes em casos de aparentes conflitos normativos entre normas do ordenamento jurídico internacional e do ordenamento jurídico interno, como no caso "Vladimir Herzog", visando à concretização da decisão internacional.

2 Justiça de transição e o caso "Vladimir Herzog"

A noção de justiça de transição compreende o conjunto de processos e mecanismos associados às tentativas da sociedade em chegar a um acordo quanto ao grande legado de abusos cometidos no passado, a fim de assegurar que os responsáveis prestem contas de seus atos, que seja feita a justiça e que se conquiste a reconciliação. Tais mecanismos podem ser judiciais e extrajudiciais, com diferentes níveis de envolvimento internacional (ou nenhum), bem como abarcar processos judiciais individuais, reparações, busca da verdade, reforma institucional, investigações de antecedentes, a destruição de um cargo ou a combinação de todos esses procedimentos (ONU, 2009, p. 325).

² Decisão disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_353_por.pdf>.

Nesse sentido, a justiça de transição é o complexo de mecanismos que incluem, entre outros, punições de autores de crimes em processos de transição de regimes políticos, indenizações às vítimas e o restabelecimento da verdade, em um ambiente de redemocratização. Trata-se de uma resposta às violações sistemáticas ou generalizadas dos direitos humanos, não se configurando propriamente como tipo de justiça, mas uma forma abordá-la (MARTIN, 2017, p. 334).

O caso “Vladimir Herzog” relaciona-se com a análise da responsabilidade internacional da República Federativa do Brasil pela detenção arbitrária, tortura e morte do jornalista Vladimir Herzog, ocorrida em dependência do Exército, em 25 de outubro de 1975, e a contínua impunidade dos fatos, em virtude de uma lei de anistia promulgada durante a ditadura militar brasileira.

Em 10 de julho de 2009, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos recebeu uma petição apresentada pelo Centro pela Justiça e pelo Direito Internacional (Cejil/Brasil), pela Fundação Interamericana de Defesa dos Direitos Humanos (FIDDH), pelo Centro Santo Dias da Arquidiocese de São Paulo e pelo Grupo Tortura Nunca Mais de São Paulo contra a República Federativa do Brasil, por violações dos artigos I, XVIII, XXV e XXVI da Declaração Americana sobre os Direitos e Deveres do Homem; dos artigos 1, 2, 5, 8 e 25 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos; e dos artigos 1, 6 e 8 da Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura. Por essa razão, em 22 de abril de 2016, o caso foi submetido à Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Após o trâmite regular perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos, em 15 de março de 2018, concluiu-se que o Estado brasileiro é responsável pela violação dos direitos consagrados nos artigos I, IV, VII, XVIII, XXII e XXV da Declaração Americana e dos direitos previstos nos artigos 5.1, 8.1 e 25.1 da Convenção Americana, em conexão com os artigos 1.1 e 2 do mesmo instrumento. Ainda, concluiu que o Estado é responsável pela violação dos artigos 1, 6 e 8 da Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura.

Pela primeira vez, a Corte Interamericana de Direitos Humanos reconheceu contra a República Federativa do Brasil, que os fatos registrados contra Vladimir Herzog devem ser considerados crime contra a humanidade, conforme a definição do Direito Internacional, o que tornam proibidas as aplicações da Lei de Anistia nº 6.683/1979 e de outras excludentes de responsabilidade.

Portanto, o caso “Vladimir Herzog” apresenta-se como mais um episódio relacionado com a busca da efetivação da justiça de transição no Brasil, que poderá encontrar obstáculos, tendo em vista a Lei da Anistia e o resultado do julgamento da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 153, o que determina a busca de soluções para a resolução do aparente conflito normativo que pode advir do julgamento perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos.

3 Sistema de decisão e a Corte Interamericana de Direitos Humanos: o controle de convencionalidade

O controle de convencionalidade trata-se de sistema de decisão elaborado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, como adaptação, no plano internacional, do controle de constitucionalidade desenvolvido pelos órgãos jurisdicionais dos Estados nacionais, incumbidos dessa missão (LOIANNO, 2008, p. 113).

Esse paralelo entre o controle de constitucionalidade e a tarefa da Corte Interamericana foi expresso no parágrafo terceiro do voto arrazoado concorrente apresentado por Sergio García Ramírez no caso *Tibi vs. Equador*, de 7 de setembro de 2004, nos seguintes termos:

Em certo sentido, a tarefa da Corte se assemelha à que realizam os tribunais constitucionais. Estes examinam os atos impugnados – disposições de alcance geral – à luz das regras, princípios e valores das leis fundamentais. A Corte Interamericana, por sua vez, analisa os atos que chegam ao seu conhecimento sobre normas, princípios e valores dos tratados nos quais funda sua competência contenciosa. Dito de outra maneira, se os tribunais constitucionais controlam a “constitucionalidade”, o tribunal internacional de direitos humanos resolve acerca da “convencionalidade” de tais atos. Através do controle de constitucionalidade, os órgãos internos procuram conformar a atividade do poder público – e, eventualmente, dos agentes sociais – à ordem que envolve o Estado de Direitos em uma sociedade democrática. O tribunal interamericano, por sua vez, pretende conformar essa atividade à ordem internacional acolhida na convenção fundadora da jurisdição interamericana e aceita pelos Estados partes no exercício de sua soberania.

Evoluindo, a Corte Interamericana de Direitos Humanos desenvolveu o conceito de controle de convencionalidade a partir da decisão proferida em 2006 no caso *Almanacid Arellano vs. Chile*, que se caracterizou como um controle eminentemente repressivo (SAGÜÉS, 2014, p. 24).

Nesse contexto, as leis contrárias à Convenção Americana de Direitos Humanos são carecedoras de efeitos jurídicos, devendo o Poder Judiciário exercer “[...] uma espécie de controle de convencionalidade entre as normas internas aplicadas a casos concretos e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos” (CIDH, 2006, Série C, nº. 154, § 124).

A compatibilidade das leis internas com os tratados internacionais de direitos humanos (MAC-GREGOR, 2011, p. 582-584) em vigor no país compreende o objeto do denominado controle de convencionalidade, configurando-se como complementar e coadjuvante do conhecido controle de constitucionalidade.

Ao exercê-lo, o Poder Judiciário deve referênciar à Convenção Interamericana de Direitos Humanos e ainda à interpretação que a Corte Interamericana realiza como sua intérprete última, conformando-se em um verdadeiro “bloco de convencionalidade” (MAC-GREGOR, 2011, p. 582-586).

O “bloco de convencionalidade” qualifica-se como parâmetro do controle de convencionalidade, cujo exercício representa um dever a ser realizado de ofício pelos juízes nacionais sobre todas as normas internas (CIDH, 2006, Série C nº 158, § 128). Portanto, é um dever-poder difuso desempenhado por todos os órgãos jurisdicionais do Estado, ou seja, um “controle difuso de convencionalidade” (MAC-GREGOR, 2011, p. 577).

No julgamento do caso *Cabrera García e Montiel Flores vs. México*, a Corte deixou claro o entendimento de que o controle de “convencionalidade” deve ser exercido por todos os órgãos jurisdicionais do Estado, resguardadas as respectivas competências:

225. Esta Corte estabeleceu em sua jurisprudência que está ciente de que as autoridades nacionais estão sujeitas ao império da lei e, portanto, são obrigadas a aplicar as disposições vigentes no ordenamento jurídico. Mas quando um Estado é parte um tratado internacional, como a Convenção Americana, todos os seus órgãos, incluindo seus juízes, também estão submetidos a isso, o que os obriga a velar que os efeitos das disposições da Convenção não se vejam afetados pela aplicação de regras contrárias ao seu objeto e fim. Os juízes e órgãos vinculados à administração da justiça em todos os níveis estão obrigados a exercer *ex officio* “controle de convencionalidade” entre as normas nacionais e a Convenção Americana, evidentemente no âmbito das respectivas competências e regulações processuais correspondentes. Nesta tarefa, os juízes e órgãos vinculados à administração da justiça devem levar em conta não apenas o tratado, mas também a interpretação que do mesmo há feito a Corte Interamericana, interprete última da Convenção Americana (CIDH, 2010, Série C nº 200, § 225).

Os órgãos das justiças nacionais possuem competência para o exercício do controle de convencionalidade relativamente aos tratados de direitos humanos aos quais o país se encontre vinculado (MAZZUOLI, 2011, p. 148), servindo de parâmetro seja para o controle concentrado, nos casos de aprovação daqueles por quórum qualificado de emenda constitucional, seja para o controle difuso, nos demais casos (MAZZUOLI, 2011, p. 151).

Nesse sentido, é o voto arrazoado proferido por Sergio García Ramírez no Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro e outros) Vs. Peru:

4. Em outras ocasiões comparei a função dos tribunais internacionais de direitos humanos com a missão de tribunais constitucionais internos. Estes são encarregados de assegurar o Estado de Direito através de julgamentos sobre a subordinação de atos de autoridades à lei suprema da nação. No desenvolvimento justiça constitucional tem aparecido uma jurisprudência de princípios e valores – princípios e valores do sistema democrático – que ilustra a direção do Estado, fornece segurança aos indivíduos e define o curso e fronteiras no trabalho de órgãos do Estado. De outro ângulo, o controle de constitucionalidade, como avaliação e decisão sobre o ato de autoridade submetido a julgamento, é confiado a um órgão de elevada hierarquia dentro da estrutura judiciária do Estado (controle concentrado) ou se atribuí aos diversos órgãos jurisdicionais em relação às matérias que tomam conhecimento de acordo com as suas respectivas competências (controle difuso) (CIDH, 2006, Série C, nº 158).

Constata-se que os órgãos jurisdicionais são elevados à condição de órgãos interamericanos ao exercerem o "controle de convencionalidade". Os juízes de um Estado são investidos na função de juízes interamericanos ao desempenharem a missão de zelar pela integridade da Convenção Interamericana, de seus Protocolos adicionais e da interpretação dada pela Corte Interamericana a esses instrumentos normativos internacionais (MAC-GREGOR, 2011, p. 570).

É oportuno constatar que o controle de convencionalidade, apresentado até o momento, desenvolve a questão da compatibilidade da norma interna com o *corpus juris* interamericano do ponto de vista da hierarquia das normas jurídicas (CIDH, 1999. Série A, nº 16, § 115).

Essa hierarquia teria como substrato inclusive a supraconstitucionalidade (SAGUÉS, 2010, p. 457) da Convenção Americana de Direitos Humanos. Não foi por outra razão que a Corte Interamericana determinou a modificação da Constituição Política do Chile de 1980, a qual previa em seu art. 19, inciso 12, um "[...] sistema de censura para a exibição e publicidade da produção cinematográfica" (CIDH, 2001. Série C, nº 73, § 60), dispositivo este que foi alterado em razão da decisão.

Assim entendeu a Corte Interamericana no Caso "A Última Tentação de Cristo" (Olmedo Bustos e outros) Vs. Chile:

97. A respeito do artigo 13 da Convenção, a Corte considera que o Estado deve modificar seu ordenamento jurídico com o fim de suprimir a censura prévia, para permitir a exibição cinematográfica e a publicidade do filme “A Última Tentação de Cristo”, já que está obrigado a respeitar o direito à liberdade de expressão e a garantir seu livre e pleno exercício a toda pessoa sujeita à sua jurisdição.

98. Em relação aos artigos 1.1 e 2 da Convenção, as regras do direito interno chileno que regulamentam a exibição e publicidade da produção cinematográfica ainda não foram adaptadas ao disposto na Convenção Americana no sentido de que não pode haver censura prévia. Por isso, o Estado continua descumprindo os deveres gerais a que se referem estas disposições convencionais. Em consequência, o Chile deve adotar as medidas apropriadas para reformar, nos termos do parágrafo anterior, seu ordenamento jurídico interno de maneira acorde ao respeito e ao desfrute do direito à liberdade de pensamento e de expressão consagrado na Convenção.

Conquanto que se possa extrair das decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos a propensão à hierarquia, há muito, o Tribunal Regional de Direitos Humanos já se manifestou não ter “[...] o caráter de tribunal de apelação ou de cassação dos organismos jurisdicionais de caráter nacional” (CIDH, 1997. Série C, nº 30, § 94). Frise-se que os Estados não são chamados perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos na qualidade de partes de um processo penal, visto que a decisão da Corte não impõe penas aos agentes inculcados por violações dos direitos humanos (GOZAÍNI, 2008, p. 82).

Entretanto, como alertou Mireille Delmas-Marty ao analisar o papel do juiz supranacional:

[...] mais do que um mero intérprete do Tratado Internacional, àquele magistrado será dado o poder de confrontar a Convenção com a norma de direito interno, e dessa forma, influenciar e predeterminar o direito doméstico, indicando inclusive, alguns limites a serem respeitados pelo legislador nacional (DELMAS-MARTY, 1998, p. 87).

Do que foi analisado, pode-se concluir que é atribuída competência para os órgãos jurisdicionais brasileiros para aferirem a compatibilidade das leis internas com os tratados de direitos humanos vigentes no país, significando que as leis nacionais e os tratados internacionais de direitos humanos são analisados como normas jurídicas, que,

no entanto, sofrem um juízo de compatibilidade, próprio daquele que se desenvolve no âmbito do controle de constitucionalidade das leis.

4 A decisão da Corte Interamericana de Direitos Humanos no caso "Vladimir Herzog" e o Estado brasileiro

A Corte Interamericana de Direitos Humanos também se utiliza da expressão "controle de convencionalidade" em um sentido mais amplo do que aquele estudado no tópico anterior, sem, contudo, excluí-lo (CIDH, 2010. Série C, nº 219, § 176).

Dessarte, a Corte Interamericana de Direito Humanos realiza o "controle de convencionalidade" quando analisa a alegada incompatibilidade de uma lei nacional com as obrigações internacionais contidas na Convenção Americana.

A demanda apresentada pela Comissão Interamericana perante a Corte Interamericana no caso "Vladimir Herzog" não pretendia revisar ou anular a decisão do Supremo Tribunal Federal na ADPF 153, mas objetivou estabelecer se o Estado brasileiro violou determinadas obrigações internacionais dispostas em diversos preceitos da Convenção Americana, em prejuízo da vítima e de seus familiares, inclusive, considerando o direito à vida, à integridade, à segurança, à integridade da pessoa, à justiça e à verdade, previstos nos artigos 1, 4, 5, 7, 8, 22 e 25 da Convenção Americana, bem como analisou violações aos artigos 1, 6 e 8 da Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura.

A Corte Interamericana ainda analisa quaisquer decisões judiciais de um Estado que lhe reconheça a competência, de qualquer grau de jurisdição e seja qual for a qualidade do órgão ou a que título desenvolve sua competência, como mero fato, visando aferir a responsabilidade internacional do Estado demandando perante a Corte. Foi nesse sentido que a Corte Interamericana já reconheceu a responsabilidade internacional do Estado da República Federativa do Brasil no caso "Vladimir Herzog".

A seguir, buscar-se-á conectar e entrelaçar as bases teóricas apresentadas, de modo a se obter a confirmação da hipótese do presente trabalho, segundo a qual há necessidade de um diálogo entre Cortes em casos de aparentes conflitos normativos entre normas do ordenamento jurídico internacional e do ordenamento jurídico interno, como no caso "Vladimir Herzog", visando à prevenção, ou à superação, do conflito normativo, com o fim de se promover a implementação da decisão internacional e efetivação da justiça de transição no Brasil.

5 Diálogo entre Cortes e o caso "Vladimir Herzog"

O diálogo entre Cortes busca superar o voluntarismo estatal, na medida em que valoriza a cooperação entre Cortes internacionais e nacionais. Ainda, procura evitar a hierarquização das ordens jurídicas internacional e estatal, evitando um unilateralismo internacionalista (NEVES, 2009, p. 133) ou uma interpretação nacionalista dos tratados internacionais de direitos humanos (RAMOS, 2011, p. 224).

É oportuno consignar os esclarecimentos de André de Carvalho Ramos sobre a doutrina internacionalista acerca da questão da concorrência entre jurisdições:

[...] KUMM sustenta que não faz sentido, em um marco normativo plural, buscar um "arbitro final" qualquer. Para o autor, um processo de integração deve realçar outros valores que não somente o da segurança jurídica e uniformidade da interpretação da norma. Assim, o eventual aprimoramento da interpretação normativa compensa incoerências pontuais entre a jurisprudência dos órgãos judiciais em situação de conflito. No mesmo diapasão, CARLIER critica os defensores de uma hierarquização monista entre as jurisdições concorrentes no tocante à proteção de direitos humanos. Para o autor canadense é possível contemplar, na proteção de direitos humanos, tanto o pluralismo normativo (diversidade na redação e enumeração de direitos espalhados nos inúmeros tratados) quando o pluralismo processual, o que auxilia no incremento da proteção oferecida ao indivíduo (RAMOS, 2008, p. 459).

Por outro lado, a necessidade de o Supremo Tribunal Federal promover cotejo entre leis de anistia aos agentes da ditadura militar com a Convenção Americana de Direitos Humanos, bem como com a jurisprudência da Corte Interamericana, ou seja, de se estabelecer um diálogo entre cortes, abrindo-se à influência da ordem internacional, possui fundamento no art. 5º, § 2º e § 3º, da Constituição Federal.

A Corte Interamericana de Direitos Humanos na medida em que reconheceu a responsabilidade internacional da República Federativa do Brasil, e fixou, entre outras obrigações: a de conduzir eficazmente perante a jurisdição ordinária, a investigação penal dos fatos do caso "Vladimir Herzog" visando esclarecê-los; de determinar as correspondentes responsabilidades penais; bem como de aplicar efetivamente as sanções e consequências que a lei prevê, não poderá permitir que essa decisão seja simplesmente ignorada pela mais alta Corte do país, com base no julgamento da ADPF nº 153, sob pena

de incidir novamente na responsabilização internacional do Estado brasileiro, agora por não cumprir de boa-fé as decisões do órgão interamericano.

É necessária a promoção do diálogo entre Cortes, por meio de uma decisão dialógico-cooperativa, entre o Supremo Tribunal Federal e a Corte Interamericana de Direitos Humanos, no caso "Vladimir Herzog", a fim de evitar o conflito normativo decorrente da colisão entre a decisão da Corte Interamericana, que reconheceu a responsabilidade do Estado brasileiro quanto aos fatos analisados, e o entendimento fixado pelo Supremo Tribunal Federal na ADPF nº 153.

Portanto, a falta do desenvolvimento do diálogo entre Cortes, em casos de aparentes conflitos normativos entre normas do ordenamento jurídico internacional e do ordenamento jurídico interno, como no caso "Vladimir Herzog", pode impedir a concretização da decisão internacional no plano interno, frente ao fechamento do Supremo Tribunal Federal aos influxos da ordem internacional e das decisões emitidas pela Corte Interamericana de Direitos Humanos.

6 Conclusão

O presente trabalho partiu do seguinte problema apresentado na introdução: Há necessidade de um diálogo entre Cortes em casos de aparentes conflitos normativos entre normas do ordenamento jurídico internacional e do ordenamento jurídico interno, como no caso "Vladimir Herzog"?

Para responder a essa problematização, partiu-se da noção de justiça de transição e verificou-se que o controle de convencionalidade trata-se de um sistema de decisão elaborado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, como adaptação, no plano internacional, do controle de constitucionalidade desenvolvido pelos órgãos do Poder Judiciário, incumbidos dessa missão. Além disso, o controle de convencionalidade se constitui um dever a ser realizado de ofício pelos juízes nacionais sobre todas as normas internas. Portanto, é um dever-poder difuso desempenhado por todos os órgãos jurisdicionais do Estado.

Nesse prisma, é atribuída competência para os órgãos jurisdicionais brasileiros para aferirem a compatibilidade das leis internas com os tratados de direitos humanos vigentes no país, significando que as leis nacionais e os tratados internacionais de direitos humanos são analisados como normas jurídicas, que, no entanto, sofrem um juízo de compatibilidade, próprio daquele que se desenvolve no âmbito do controle de constitucionalidade das leis.

Constatou-se que o diálogo entre Cortes permite a superação do voluntarismo estatal e o desenvolvimento da cooperação entre Tribunais internacionais e nacionais, evitando-se a hierarquização das ordens jurídicas internacional e estatal.

Por conseguinte, a hipótese inicial mostrou-se válida, podendo-se concluir que há necessidade de um diálogo entre Cortes em casos de aparentes conflitos normativos entre normas do ordenamento jurídico internacional e do ordenamento jurídico interno, como no caso “Vladimir Herzog”, visando à prevenção ou à superação do conflito normativo com o fim de se promover a implementação da decisão internacional e efetivação da justiça de transição no Brasil.

Referências

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS – CIDH. **Caso Genie Lacayo Vs. Nicaragua**. Mérito. Reparaciones e Custas. Sentencia de 29 de janeiro de 1997. Série C, n. 30.

_____. **O Direito à informação sobre a assistência consular no marco das garantias do devido processo legal**. Opinião Consultiva OC-16-99, de 1º de outubro de 1999. Série A, n. 16.

_____. Caso **“A Última Tentação de Cristo” (Olmedo Bustos e outros) Vs. Chile**. Exceções Preliminares. Fondo. Reparaciones e Custas. Sentencia de 5 de fevereiro de 2001. Série C, n. 73.

_____. **Caso Tibi Vs. Ecuador**. Exceções Preliminares, Mérito, Reparaciones e Custas. Sentencia de 7 de setembro de 2004. Série C, n. 114.

_____. **Caso Almonacid Arellano e outros Vs. Chile**. Exceções Preliminares. Mérito. Reparaciones e Custas. Sentencia de 26 de setembro de 2006. Série C, n. 154.

_____. **Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro e outros) Vs. Peru**. Exceções Preliminares. Mérito. Reparaciones e Custas. Sentencia de 24 de novembro de 2006. Série C, n. 158.

_____. **Caso Gomes Lund e outros (“Guerrilha do Araguaia”) Vs. Brasil**. Sentencia de 24 de novembro de 2010. Série C, n. 219.

_____. **Caso Cabrera García e Montiel-Flores Vs. México**. Exceções Preliminares. Fondo, Reparaciones e Custas. Sentencia de 26 de novembro de 2010. Série C, n. 200.

_____. **Caso Herzog e outros Vs. Brasil**. Sentencia de 15 de março de 2108.

DELMAS-MARTY, Mireille. **Trois défis pour un droit mondial**. Paris: Éditions Du Seuil, 1998.

GOZAÍNI, Osvaldo Alfredo. El impacto de la jurisprudencia del sistema interamericano em el derecho interno. In: ALBANESE, Susana (Coord.). **El control de convencionalidad**. Buenos Aires: Editora Ediar, 2008.

LOIANNI, Adelina. El marco conceptual del control de convencionalidad em algunos fallos de la Corte Suprema argentina “Arancibia Clavel”, “Simón”, “Mazzeo”, p. 113. In: ALBANESE, Susana (Coord.). **El control de convencionalidad**. Buenos Aires: Editora Ediar, 2008.

MARTIN, Nuria B. La justicia transicional: ¿La renuncia de lo irrenunciable? **Questio Iuris**, v. 10, n. 1, 2017.

MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer. Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano”. **Revista Estudios Constitucionales**, Santiago, v. 9, n. 2, p. 531-622, 2011.

MAZZUOLI, Valério de O. **O controle jurisdicional da convencionalidade das leis**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS – ONU. Conselho de Segurança. O Estado de Direito e a justiça de transição em sociedades em conflito ou pós-conflito. Relatório do Secretário Geral S/2004/616. **Revista Anistia Política e Justiça de Transição**, Brasília, n. 1, p. 320-351, jan./jun. 2009.

NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2009.

RAMOS, André de Carvalho. **Direitos Humanos na integração econômica** – Análise comparativa da proteção de direitos humanos e conflitos jurisdicionais na União Europeia e Mercosul. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2008.

_____. Crimes da Ditadura Militar: a ADPF 153 e a Corte Interamericana de Direitos Humanos. In: GOMES, Luiz Flávio; MAZZUOLI, Valério de Oliveira (Coord.). **Crimes da Ditadura Militar**: uma análise à luz da jurisprudência atual da Corte Interamericana de Direitos Humanos. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

SAGÜÉS, Nestor Pedro. El "Control de convencionalidad" como instrumento para la elaboración de un ius commune interamericano. In: BOGDANDY, Armin Von; MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer; ANTONIAZZI, Ariela Morales (Coord.). **La Justicia Constitucional y su Internacionalización**. Hacia un Ius Constituionale Commune en América Latina? México: Instituto de Investigación Jurídica da UNAM, 2010. Tomos II.

_____. Nuevas fronteras del control de convencionalidad: el reciclaje del derecho nacional y el control legisferante de convencionalidad. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, v. 1, n. 2, p. 23-32, maio/ago. 2014.

SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. **Direito Constitucional: teoria, história e métodos de trabalho**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2012.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – STF. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 153 Distrito Federal. Relator: Min. Eros Grau. Julgada em 29 abr. 2010. **Diário de Justiça Estadual**, n. 145, divulgação 5 ago. 2010, publicação 6 ago. 2010. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticianoticiastf/anexo/adpf153.pdf>>. Acesso em: 30 jun. 2017.

21 O PODER JUDICIÁRIO E A DIMENSÃO DA MEMÓRIA E DA VERDADE NA JUSTIÇA DE TRANSIÇÃO BRASILEIRA

*Marcelo Pires Torreão*¹

Resumo: Este artigo objetiva analisar como o Poder Judiciário é capaz de influenciar as dimensões da justiça de transição, em especial quanto à memória e à verdade. A retrospectiva histórica mostra uma redução de autonomia do Poder Judiciário durante a ditadura mas também certa convivência desse poder com o regime de exceção. O estudo mostra que as decisões proferidas pelo Judiciário têm capacidade de interferir diretamente no processo de justiça de transição brasileira nos quatro pilares conceituais. Conclui-se pela necessidade de mudança do pensamento institucional, a fim de que o Poder Judiciário, consciente e comprometido com o processo transicional, possa reduzir conflitos e construir uma democracia socialmente legitimada.

Palavras-chave: Justiça de Transição. Dimensões. Poder Judiciário. Conflitos. Sociedade. Ditadura. Instituições.

Abstract: *This article aims to analyze how the Judiciary Power can perform the dimensions of Transitional Justice, especially in concerning to memory and truth. A historical research shows a reduction of the independency of the Judiciary during the dictatorship, but also some permission for the exception regime. The scrutiny shows that the Judiciary decisions have capacity of interfering directly in the Brazilian process of transitional justice in its four conceptual grounds. Hence, there is a need of change thereof the institutional thinking, in order to create an awareness and a commitment from the Judiciary in the transitional process to reduce conflicts and build a socially legitimized democracy.*

Keywords: *Transitional Justice. Dimensions. Judiciary. Conflicts. Society. Dictatorship. Institutions.*

¹ Advogado. Mestrando em Direito, Estado e Constituição pela Universidade de Brasília (UnB). Integrante do Grupo de Pesquisa sobre Justiça de Transição no Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Brasília (PPGD-UnB).

1 Introdução

Este artigo pretende responder à seguinte indagação: qual tem sido o papel do Poder Judiciário diante das dimensões da justiça de transição no Brasil, em especial no que diz respeito à memória e à verdade? Para tanto, foram coletados julgados recentes e utilizou-se a metodologia bibliográfica-documental. A hipótese que se quer defender é que o Judiciário tem sido chamado a se pronunciar em todas as dimensões desse tema tão difícil. Entre as causas dos conflitos existentes na sociedade brasileira atual, uma parte significativa decorre dos déficits transicionais e, nessa linha de raciocínio, as instituições judiciais possuem protagonismo importante para que se alcance um efetivo Estado Democrático de Direito.

Inicialmente, apreciar-se-á um breve relato sobre a conduta do Judiciário durante o período autoritário. Na sequência, uma observação mais apurada de cada uma das dimensões apontadas e a relação do Judiciário com cada uma delas. Ao final, apresenta-se uma reflexão sobre a necessidade de que o Poder Judiciário compreenda sua função no processo transicional em busca de um país democrático e pacífico.

2 O Poder Judiciário na ditadura militar

Desde a Constituição de 1824, estava expressa a independência do chamado Poder Judicial, além da harmonia dos demais poderes políticos do Império². Essas características foram repetidas em todas as cartas constitucionais seguintes.

Na Constituição Federal de 1946, o Poder Judiciário passou a ser composto pelo Supremo Tribunal Federal, Tribunal Federal de Recursos, além dos juízes e tribunais de competência especializada nas áreas militar, eleitoral e trabalhista³. Não existia a figura dos juízes federais de primeira instância⁴. A previsão constitucional da justiça estadual limitava-se a um quadro de princípios que deveriam ser observados pelos Estados ao elaborarem as normas das respectivas organizações judiciárias⁵. O diploma constitucional de 1946 foi o primeiro a expressar o princípio constitucional da inafastabilidade do Poder Judiciário no capítulo das garantias individuais dos cidadãos⁶.

2 Constituição de 1824. Arts. 10 e 151.

3 Constituição Federal de 1946. Art. 94.

4 A Justiça Federal de primeira instância havia sido extinta pelo art. 185 da Constituição Federal de 1937.

5 Constituição Federal de 1946. Art. 124.

6 Constituição Federal de 1946. Art. 141.

A partir do Golpe Militar de 1964, esse princípio constitucional que garantia o amplo e livre acesso ao Poder Judiciário passou a ser mitigado. As primeiras alterações ocorreram já na edição do Ato Institucional nº 1, quando foram suspensas as garantias legais e constitucionais de estabilidade e vitaliciedade, de modo a permitir a demissão, dispensa ou aposentadoria de qualquer servidor público⁷. Os fatos ou fundamentos que tivessem justificado esse tipo de penalidade não poderiam ser revisados pelo Poder Judiciário, que estava limitado a analisar apenas as formalidades do ato de demissão⁸. Os atos de cassação de mandatos legislativos e de suspensão dos direitos políticos também foram expressamente excluídos do controle judicial⁹.

O Ato Institucional nº 2 foi o responsável por recriar a Justiça Federal de primeira instância, integrada por juízes nomeados pelo presidente da República¹⁰. Esse ato ampliou o número de ministros do Supremo Tribunal Federal de onze para dezesseis e criou o Superior Tribunal Militar, composto por quinze ministros nomeados pelo chefe de Governo¹¹. Após a edição do Ato Institucional nº 2, quaisquer práticas governamentais fundamentadas em ato de natureza institucional passaram a ser excluídas da revisão judicial¹².

No Ato Institucional nº 3, mais uma vez, foi afastada a competência do Poder Judiciário para apreciar as medidas institucionais do governo autoritário¹³. O Ato Institucional nº 5 eliminou a possibilidade de atuação judicial para analisar as medidas de segurança adotadas pelo ministro da Justiça¹⁴. Esse ato institucional proibiu o controle judicial não apenas dos atos fundamentados em normas institucionais mas também de todos os efeitos que delas decorressem¹⁵. Essa ampliada vedação foi reproduzida nos Atos Institucionais de números 6 e 7, que contaram com idêntica redação¹⁶.

Com a edição do Ato Institucional nº 6, a composição do Supremo Tribunal Federal foi reduzida de dezesseis para onze ministros e foi mantida a competência exclusiva da Justiça Militar para o julgamento de crimes contra a segurança nacional, sem a possibili-

7 Ato Institucional nº 1. Art. 7º.

8 Ato Institucional nº 1. Art. 7º, § 4º.

9 Ato Institucional nº 1. Art. 10.

10 Art. 6º do Ato Institucional nº 2, que modificou o art. 105 da Constituição de 1934.

11 Art. 7º do Ato Institucional nº 2 e art. 6º do Ato Institucional nº 2, que alterou o art. 98 da Constituição Federal.

12 Ato Institucional nº 2. Art. 19.

13 Art. 6º do Ato Institucional nº 3.

14 Ato Institucional nº 5. Art. 5º.

15 Ato Institucional nº 5. Art. 11.

16 Art. 4º do Ato Institucional nº 6; art. 9º do Ato Institucional nº 7.

lidade de interposição de recursos para o Supremo Tribunal Federal¹⁷. O Ato Institucional nº 11 extinguiu a Justiça de Paz eletiva¹⁸. Nos atos institucionais de números 12 a 17, foi repetida a impossibilidade de análise judicial de qualquer efeito decorrente da aplicação de normas institucionais¹⁹.

Portanto, entre os anos de 1964 a 1969, as sucessivas edições de atos institucionais interferiram diretamente na atividade judicial. Essas alterações normativas ocorreram em duas linhas, uma com a finalidade de reduzir o controle judicial comum e outra com o objetivo de ampliar a atuação da justiça federal de primeira instância e da justiça militar especializada naquelas questões de interesse do governo ditatorial.

Por um lado, a exclusão da revisão judicial em matérias de interesse do governo militar revelava a redução do campo de atuação e da independência dos órgãos do Poder Judiciário da época. A mesma finalidade estava estampada na diminuição do número de ministros do Supremo Tribunal Federal, ocasionada após a saída de cinco magistrados daquela corte por motivações políticas²⁰.

Por outro, houve um alargamento da estrutura organizacional judiciária que permitiu a inclusão de magistrados de plena confiança do governo ditatorial na Justiça Federal de primeira instância e no Superior Tribunal Militar. Além do reforço estrutural, foram ampliadas as competências da Justiça Militar, braço direito do Poder Executivo para o julgamento de todas as questões relacionadas à suposta segurança nacional.

As alterações impostas por atos institucionais exerceram grande pressão sobre o Poder Judiciário. Em um cenário ilustrado por repressões, arbitrariedades e violências, o Judiciário mostrava-se cada vez menos capaz de exercer as atividades de julgamento com liberdade e plenitude.

Todavia, mesmo diante dos temores do totalitarismo e da redução de competências, o Poder Judiciário continuou a ser o principal detentor da função judicante, por meio da aplicação de normas e da solução de litígios. Justamente no exercício da função jurisdicional, esse poder apresentou-se, em várias oportunidades, de forma conivente com o regime de exceção e silenciou quanto a graves violações a direitos humanos ocorridas durante o governo militar.

17 Ato Institucional nº 6, que alterou o art. 112, § 1º, da Constituição de 1967.

18 Ato Institucional nº 11. Art. 4º.

19 Art. 5º do Ato Institucional nº 12; art. 2º do Ato Institucional nº 13; art. 3º do Ato Institucional nº 14; art. 4º do Ato Institucional nº 15; art. 8º do Ato Institucional nº 16; art. 4º do Ato Institucional nº 17.

20 No dia 16 de janeiro 1969, os ministros Hermes Lima, Victor Nunes Leal e Evandro Lins e Silva, considerados de orientação esquerdista pelos militares, foram compulsoriamente aposentados com fundamento no Ato Institucional nº 5. Em protesto a essas aposentadorias, os ministros Gonçalves de Oliveira e Antônio Carlos Lafayette de Andrada também deixaram a corte.

Uma das linhas de investigação da Comissão Nacional da Verdade dedicou-se a estudar a atuação do Poder Judiciário na ditadura²¹. Nesse exame, a comissão observou que, antes mesmo da edição dos primeiros atos institucionais, já existiam decisões do Supremo Tribunal Federal, nas quais não se conhecia de *habeas corpus* impetrados por pacientes civis acusados de crimes políticos, com base no conveniente entendimento de que a autoridade coatora era militar²². Além disso, o Supremo Tribunal Federal oscilou quanto à possibilidade de conhecer da matéria em casos de excesso de prazo para prisão²³.

Em outro exemplo, o Supremo Tribunal Federal analisou a forma de nomeação de juízes federais. Embora o Ato Institucional nº 2 e a Lei nº 5.010/1966 estabelecessem a nomeação de juízes por ato do presidente da República, a Constituição Federal de 1967 passou a exigir a aprovação em concursos de provas e títulos para investidura nesses cargos. Nos anos de 1967 e 1968, o Supremo Tribunal Federal decidiu pela prevalência das nomeações de juízes por ato presidencial, com base no frágil fundamento de que os atos institucionais estariam revigorados e sobrepostos ao texto constitucional superveniente²⁴.

O Supremo Tribunal Federal também tinha conhecimento de casos de tortura durante as prisões e as tomadas de depoimentos dos perseguidos políticos. Nesses julgados, foram desconsiderados os relatos de torturas apresentados pelos presos políticos, conforme trecho da Comissão Nacional da Verdade no capítulo que analisa os julgamentos dos Recursos Ordinários Criminais na Corte Suprema:

Muitos dos processos contra os perseguidos políticos que tramitaram na Justiça Militar com acusações de crimes contra a segurança nacional continham denúncias de tortura apresentadas pelos réus, como constatou a pesquisa Brasil: nunca mais. Alguns votos de ministros do STF em recursos

21 “[...] essa política de Estado teve repercussão nos outros poderes – notadamente, no Judiciário –, que, por força de suas atribuições constitucionais, tiveram de lidar com as graves violações de direitos humanos, examinando, por meio de procedimentos próprios, situações dessa natureza. Para a CNV, é relevante a constatação de que, em que pesem o caráter antidemocrático do regime, com a consequente hipertrofia do Executivo e a censura que se estabeleceu sobre os meios de comunicação social, no âmbito do Poder Judiciário se deu, à época em que ocorriam, a apreciação dessas condutas ilícitas por parte de agentes públicos” (BRASIL, 2014, p. 934).

22 Vale observar o seguinte trecho da Comissão Nacional da Verdade: “Em suma, eis o quadro do STF às vésperas da edição do AI-2: uma corte que se mostrou hesitante no que diz respeito ao critério a ser utilizado na definição de competência para julgar crimes políticos cometidos por civis, mas preocupou-se em controlar algumas das arbitrariedades e excessos praticados no âmbito do inquérito policial-militar” (Ibidem, p. 942).

23 Constam registros de pessoas que permaneceram presas por mais de quatro meses, embora o prazo para a instrução fosse de sessenta dias. Posteriormente, o entendimento do Supremo Tribunal Federal evoluiu para afirmar que “cabe ao Supremo Tribunal Federal, nos casos excepcionais em que a demora do julgamento do *habeas corpus* importa em coação ilegal expressiva, conhecer antes que outra autoridade dela possa tomar conhecimento”, conforme decisão proferida no *Habeas Corpus* 41.879 (Ibidem, p. 941).

24 O julgamento refere-se ao Mandado de Segurança nº 18.973, no qual o Supremo Tribunal Federal decidiu que: “o advento da Constituição e a adoção de um sistema novo não justificaria a interrupção da aplicação de um processo apoiado em um texto legal que tem seu fundamento no ato institucional, aprovados esses atos pela Constituição que os revigora” (Ibidem, p. 938).

criminais mostram que eles tiveram acesso a essas denúncias, sem que tomassem providências a seu respeito e, no mais das vezes, sem que condenassem expressamente o uso da violência contra os presos políticos. Por exemplo, no RC 1.113, julgado em 3 de setembro de 1971, o voto do ministro relator Raphael de Barros Monteiro indicou que as evidências de tortura não seriam razão suficiente para a desconsideração da confissão, se outros elementos a corroborassem [...]

Dessa forma, não há dúvida de que as notícias das graves violações de direito humanos praticados pela ditadura militar contra perseguidos políticos chegaram ao conhecimento do STF. Em alguns dos acórdãos acima mencionados, a prática de tortura por agentes do Estado foi expressamente admitida por ministros no contexto dos debates a respeito das provas admissíveis para a condenação de pessoas pela prática de crimes contra a segurança nacional, sem que se determinasse que fossem investigadas as denúncias de tortura. (BRASIL, 2014, p. 947)

As demais instâncias também foram responsáveis por emitir julgamentos que legitimaram práticas desumanas do Estado e que se olvidaram da aplicação de garantias mínimas às vítimas desses excessos. O caso da Guerrilha do Araguaia ilustra bem a postura do Poder Judiciário durante a ditadura militar quanto à dimensão da memória e verdade. Esse processo foi ajuizado no ano de 1982, última década do regime militar, pelos familiares de mortos e desaparecidos da guerrilha com a finalidade de condenar a União a indicar os locais das sepulturas dos seus parentes²⁵. Em 1985, a sentença de primeiro grau extinguiu esse processo sem julgamento de mérito por impossibilidade jurídica do pedido. Segundo o fundamento da sentença, não existia qualquer norma que obrigasse a União a indicar o local onde estariam os corpos dos falecidos²⁶.

O Poder Judiciário tinha ciência de várias atrocidades cometidas pelo Poder Executivo e sucumbiu à repressão autoritária, seja por meio da chancela judicial dos atos do governo militar, seja por meio de silenciosa omissão. Ao agir dessa forma, o Judiciário foi essencial para transmitir certa aparência de justiça e legalidade aos abusos que insistiam em prevalecer na ditadura militar. Com controle parlamentar e endosso judicial, o autoritarismo do governo foi capaz de prosperar por mais de duas décadas, em prejuízo

25 Processo 82.00.24682-5, que tramitou perante a 1ª Vara Federal da Seção Judiciária do Distrito Federal.

26 Apenas no ano de 1993, portanto após a Constituição Federal de 1988, essa sentença foi reformada pelo Tribunal Regional Federal da 1ª Região. O acórdão de segunda instância foi mantido nos tribunais superiores. Ainda assim, apenas no ano de 2006 foram especificadas as providências que deveriam ser adotadas pela União em primeira instância. Novos recursos foram interpostos. A fase de cumprimento de sentença teve início no ano de 2009.

da democracia e dos cidadãos brasileiros. O Relatório da Comissão da Verdade expressa essa mesma conclusão:

Destarte, sublinha-se que, em conjunto, as decisões do Poder Judiciário, quando do período ditatorial, refletem, muitas vezes, seu tempo e seus senhores; são expressões da ditadura e de seu contexto de repressão e violência. Os magistrados que ali estiveram – ou melhor, que ali permaneceram – frequentemente eram parte dessa conjuntura, inclusive porque, por meio da ditadura militar, foi-lhes garantido um assento naqueles tribunais. Quem quer que tenha sido nomeado para o STF, por exemplo, durante a ditadura, tinha clareza das circunstâncias a que estavam jungidos e quais votos eram esperados da sua lavra; sabiam da ausência de garantias dos magistrados; conheciam as reformas promovidas na composição e atribuições do tribunal; e, sobretudo, eram cômnicos acerca de quem deveriam servir. Nesse contexto, conclui-se que a omissão e a legitimação institucionais do Poder Judiciário em relação às graves violações de direitos humanos, então denunciadas, faziam parte de um sistema hermético mais amplo, cautelosamente urdido para criar obstáculos a toda e qualquer resistência ao regime ditatorial, que tinha como ponto de partida a burocracia autoritária do Poder Executivo, passava por um Legislativo leniente e findava em um Judiciário majoritariamente comprometido em interpretar e aplicar o ordenamento em inequívoca consonância com os ditames da ditadura. (BRASIL, 2014, p. 957)

Em certo grau, a sociedade civil foi responsável pelos abusos do governo ditatorial, seja por meio da participação direta, seja por meio de omissões que permitiram tais repressões. Com o Poder Judiciário não foi diferente, o que reforça a natureza civil-militar da ditadura²⁷. Decisões judiciais legitimaram atos praticados pela ditadura, aproximaram-se dos interesses governamentais e abandonaram a aplicação de direitos àqueles contrários ao regime.

Em razão da inevitável parcela de participação do Poder Judiciário no passado ditatorial, esse poder deve se integrar às alterações institucionais que buscam a melhor transição do regime autoritário para o Estado Democrático de Direito. Além da responsabilidade institucional, o Poder Judiciário deve ter consciência de que, ao exercer as

27 Parte da doutrina tem destacado o apoio de setores da sociedade civil durante todo o período da ditadura militar. Esse amparo ocorreu em empresas (siderúrgicas, petroleiras, bancárias e automobilísticas), organizações sociais (instituições religiosas, representativas de classe) e nos órgãos públicos, inclusive no Poder Judiciário. Sobre a participação civil na ditadura militar, conferir o documentário Cidadão Bolesen, 2009, direção Chaim Litewski.

funções jurisdicionais, em um contexto de redemocratização e fortalecimento de direitos humanos, terminará por exercer relevante papel no processo transicional brasileiro.

3 O Poder Judiciário e as dimensões da justiça de transição

A justiça de transição compreende o conjunto de mecanismos capazes de enfrentar o passado autoritário e construir um caminho de democracia e respeito aos direitos humanos, com diversas vertentes: judiciais ou extrajudiciais; nacionais ou transnacionais; preventivos ou repressivos; individuais ou coletivos; sociais ou institucionais. A partir dessa variedade e amplitude de atuação, a doutrina tem classificado as medidas de justiça de transição em quatro principais pilares: a) reparação às vítimas; b) processamento dos perpetradores de violações a direitos humanos; c) reforma das instituições; e d) memória e verdade (ALMEIDA; TORELLY, 2010, p. 42). Essas quatro dimensões são harmônicas entre si e possuem equitativa importância para a justiça transicional.

Conforme menciona Paulo Abrão, o sistema de justiça transicional brasileiro concentra-se especialmente nas competências do Poder Executivo (2015, p. 377). De fato, grande parte das atividades de justiça de transição no Brasil são mais facilmente perceptíveis na atuação desse poder. Por exemplo, a reparação às vítimas em geral centraliza-se na atuação conjunta da Comissão de Anistia com o Ministério da Justiça²⁸. No campo da memória, as Caravanas de Anistia²⁹ e o Arquivo Nacional³⁰ estão igualmente sob a responsabilidade do Ministério da Justiça.

Os autores Eneá de Stutz e Almeida e Marcelo Torelly vão além e observam que as duas dimensões da reparação às vítimas e do processamento dos perpetradores de violência possuem características que se identificam mais com a atuação judicante, seja por meio de julgamentos administrativos, como ocorre com a Comissão de Anistia, seja por meio de julgamentos realizados perante o Poder Judiciário.

Já as outras duas dimensões da reforma das instituições e da construção da memória possuem um perfil mais político e gerencial, que se traduzem em identidade maior com os Poderes Executivo e Legislativo. Com isso, seguem os autores, é possível identificar o terreno fértil para cada grupo de atividades transicionais:

28 Lei nº 10.559/2002. Arts. 10 e 12.

29 Sobre as Caravanas da Anistia, ver: COELHO, Maria José H.; ROTA, Vera (Org.). **Caravanas da anistia: o Brasil pede perdão**. Brasília, 2012.

30 Portaria nº 2.433/2011, do Ministério da Justiça.

Cada um destes conjuntos apresenta características próprias, porém, grosso modo, pode-se dizer que os dois primeiros conjuntos [reformas institucionais e políticas de memória] agregam um perfil mais político (traduzindo-se em medidas que dependem da aprovação da maioria, diretamente ou representada), enquanto os dois últimos [reparação às vítimas e processamento dos perpetradores] um perfil mais legal (uma vez que pode-se, formalmente, depreender sua necessidade desde o próprio ordenamento jurídico). Com essa constatação é possível identificar os fóruns privilegiados para a implementação de cada conjunto de medidas. Enquanto as reformas institucionais e administrativas, bem como as políticas para a reconciliação, memória e esquecimento são prioritariamente conduzidas pelos poderes Legislativo e Executivo, as políticas de reparação às vítimas tendem a ser implementadas por tribunais (mesmo quando tribunais administrativos com competência extraordinária, situados no Executivo, num modelo que a classificação de Elster definiria como de justiça administrativa legal) e a responsabilização por crimes e atrocidades, prioritariamente, processadas pelo sistema regular de justiça nacional (sendo o uso do sistema internacional um indício de ineficiência do nacional). Desta feita, não faz sentido imaginar um tribunal conduzido pelo Poder Legislativo, ou, ainda, que o Judiciário seja o agente a deliberar sobre quais reformas deve o Estado empreender para que as violações aos direitos humanos não tornem a acontecer. (ALMEIDA; TORELLY, 2010, p. 42)

À mesma conclusão é possível chegar a partir das reflexões temporais trazidas pelo filósofo belga François Ost (1999). O autor esclarece que, em um primeiro momento, o juiz sentencia com um olhar para o passado, enquanto o legislador projeta uma promessa para o futuro. Com o mesmo cuidado, esse filósofo lembra que a norma proposta pelo legislador também reescreve o passado e a decisão do juiz é igualmente capaz de influenciar os eventos futuros:

Por aí se vê que a retroactividade do julgamento, longe de ser uma anomalia como no caso da lei, é pelo contrário da própria essência da decisão. O legislador prepara o futuro, cabe-lhe reescrever o passado; o juiz, pelo contrário, diz o direito para o passado (desligando assim aquilo que havia sido desajeitada ou injustamente ligado), e é com problemas que se pronuncia por via de regra geral válida para o futuro. (OST, 1999, p. 191)

É possível compreender que os dois pilares que dizem respeito à reposição às vítimas e à justiça contra os perpetradores pareceriam se relacionar mais ao tempo pretérito, ao passo que os pilares da memória e das reformas institucionais se voltariam mais para as promessas de um futuro e um compromisso de não repetição. Contudo, a partir das reflexões destacadas acima, pode-se inferir que as indenizações às vítimas e as prisões de torturadores sejam igualmente capazes de imprimir um novo sentido ao futuro de uma sociedade, assim como as políticas de lembrança e as reformas das instituições apresentam-se como soluções viáveis para uma releitura da memória social sobre um passado coletivo.

Com esse pensamento, não é difícil compreender que os três poderes, Legislativo, Executivo e Judiciário, devem atuar nas quatro dimensões da justiça de transição de forma integrada e harmônica. Uma das características da justiça de transição é justamente permitir uma abertura conceitual e repensar institutos jurídicos tradicionais. Basta lembrar da possibilidade da reparação de danos ou do processamento de violadores de direitos humanos, mesmo após o transcurso de prazos prescricionais ou decadenciais, por exemplo. Essa amplitude e excepcionalidade típicas da justiça transicional foi exposta em conferência realizada pela Organização das Nações Unidas:

Apesar de seu caráter recente, essa 'justiça especial' tem como fundamento quatro 'pilares' essenciais que, em contrapartida, fornecem diversos mecanismos com os quais uma sociedade marcada pelo ódio e devastadora violência possa começar um processo de conciliação e normalização. De forma mais concreta, o objetivo da justiça de transição é lidar com o pesado legado de abusos de uma maneira mais abrangente e completa, que compreende o direito à verdade, o direito à justiça, o direito à reparação e as garantias de não repetição com o advento de reformas institucionais. Entretanto, a área da justiça transicional é suficientemente abrangente e aberta para permitir outras abordagens inovadoras a fim de atingir um ou mais de seus objetivos. (MOTTET; POUT, 2011, p. 12)³¹

A mudança de um regime opressor para uma tentativa de reconciliação traduz-se em um passo tão importante na busca da democracia que simplesmente se mostra incompatível com a simplicidade de um pensamento acadêmico ortodoxo, antigas previsões

31 Tradução livre deste original em francês: "En dépit de son caractère récent, cette 'justice spéciale' repose sur quatre 'piliers' essentiels qui, à leur tour, fournissent de nombreux mécanismes sur lesquels une société meurtrie par la haine et la violence dévastatrices pourra amorcer un processus d'apaisement et de normalisation. Plus concrètement, l'objectif de la justice transitionnelle est de faire face au lourd héritage des abus d'une manière large et holistique qui englobe le droit à la vérité, le droit à la justice, le droit à la réparation, et les garanties de non-répétition par l'avènement de réformes institutionnelles. Cependant, le domaine de la justice transitionnelle est suffisamment large et ouvert pour permettre de prendre en compte de nouvelles approches innovatrices et susceptibles de répondre à l'un ou plusieurs de ses objectifs".

legislativas ou decisões judiciais intransigentes (SILVA, 2015, p. 473). Trata-se de uma trajetória de natureza excepcional, a ensejar o requestionamento de concepções jurídicas:

Esta normalização da justiça transicional não elucida todas as dúvidas do jurista na etapa anterior. Porque, se já não há diferença entre o funcionamento do Estado de Direito em uma sociedade democraticamente consolidada e outra em transição, o que se desprende é uma perda de rigor na aplicação do Estado de Direito em uma sociedade democrática consolidada. Afinal, a justiça transicional está ligada a circunstâncias políticas excepcionais, daí a flexibilidade na sua aplicação; sem se esquecer, por outro lado, todas essas aderências meta-jurídicas com que se conduziram ou reconduziram a justiça transicional na etapa anterior. (MATE, 2015, p. 157)³²

O Poder Judiciário é, portanto, um dos atores responsáveis pelo processo transicional brasileiro. Com um passado tão influenciado quanto influenciador da ditadura militar, o Judiciário surge no cenário de redemocratização com as tarefas de garantir a proteção aos direitos humanos, permitir o desenvolvimento da ordem democrática social e buscar a redução de desigualdades. O princípio constitucional da inafastabilidade, tão tolhido na ditadura, retorna na constituinte de 1988 com qualidade de cláusula pétreia, sem aparentes limites no texto constitucional³³ e termina por acarretar um quadro de constante judicialização do direito brasileiro³⁴.

Defende-se, assim, que o Poder Judiciário, no exercício da atividade jurisdicional, poderá vir a ser provocado a analisar a melhor aplicação jurídica em cada um dos quatro pilares da justiça de transição³⁵. Por isso, sem prejuízo das atividades dos demais poderes, as decisões proferidas pelo Judiciário têm a capacidade de interferir diretamente

32 Tradução livre do seguinte texto escrito em espanhol: "Esta normalización de la justicia transicional no despeja todas las dudas del jurista en la etapa anterior. Porque si ya no hay diferencia entre el funcionamiento del Estado de Derecho en una sociedad democraticamente consolidada y otra en transición, lo que se desprende es una pérdida de rigor en la aplicación del Estado de Derecho en una sociedad democrática consolidada. Al fin y al cabo, la justicia transicional va ligada a circunstancias políticas excepcionales, de ahí la flexibilidad en su aplicación; sin olvidar, por otro lado, todas esas adherencias meta-jurídicas con las que se ha cargado o recargado la justicia transicional en la etapa anterior" (TEITEL, 2011, p. 169).

33 Disposição do art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal de 1988. Diz-se sem aparentes limites porque ainda existem situações em que há limites ao Judiciário. Por exemplo, em casos de transgressão praticada por militar, o Poder Judiciário comum apenas realiza o controle formal da prisão.

34 O Conselho Nacional da Justiça efetuou o levantamento "Justiça em Números", que registrou aproximadamente 102 milhões de processos em tramitação no país até o ano de 2016 (BRASIL, 2016, p. 17).

35 Existe um importante trabalho realizado quanto à análise da justiça de transição no Poder Judiciário: OSMO, Carla (Org.). **Judicialização da justiça de transição na América Latina**. Brasília: Ministério da Justiça, Comissão de Anistia, Rede Latino-Americana de Justiça de Transição (RLAJT), 2016. Essa publicação merece leitura e destaque, mas adota classificações e análises temáticas diferentes da abordagem deste trabalho, que preferiu classificar a atuação do Poder Judiciário nas quatro dimensões conceituais da justiça de transição.

no curso do processo de justiça transicional brasileiro. Para reforçar esse raciocínio, são analisados alguns exemplos de atividade judicial que se identificam com cada uma das quatro dimensões do sistema de justiça de transição.

3.1 Poder Judiciário e reparação às vítimas

Provavelmente, a dimensão da reparação aos prejudicados pelo regime militar representa o campo de atuação mais frequente do Poder Judiciário. Ao analisar na esfera judicial a legalidade e a constitucionalidade dos julgamentos administrativos, o Poder Judiciário concorre com a formação do processo de justiça transicional aplicado em espécie.

Um exemplo de atuação do Poder Judiciário no tema da reparação econômica ocorreu no Supremo Tribunal Federal no julgamento do Recurso Extraordinário 553.710, classificado como Tema 394 da Repercussão Geral. Nesse julgado, vítimas de perseguição política pleiteavam o cumprimento integral e único da parte retroativa das indenizações de anistia política pelo ministro do Planejamento e pelo ministro da Defesa. O Supremo Tribunal Federal declarou a constitucionalidade do art. 12, § 4º, da Lei nº 10.559/2002, que trata da forma de pagamento dos valores pretéritos devidos aos anistiados políticos, afastou o argumento de ausência de disponibilidade orçamentária e determinou que o Poder Executivo efetuassem imediatamente o cumprimento dessa obrigação³⁶. O relator, ministro Dias Toffoli, destacou a especial situação jurídica daqueles que sofreram durante o período ditatorial, além da proteção à dignidade e aos direitos fundamentais como base da reparação econômica que deve ser cumprida integralmente³⁷.

O Poder Judiciário também tem corrigido os valores indenizatórios fixados na esfera administrativa para adequá-los aos termos da Lei nº 10.559/2002. Essa orientação vem

36 Lei nº 10.559/2002. Art. 12, § 4º: "As requisições e decisões proferidas pelo Ministro de Estado da Justiça nos processos de anistia política serão obrigatoriamente cumpridas no prazo de sessenta dias, por todos os órgãos da Administração Pública e quaisquer outras entidades a que estejam dirigidas, ressalvada a disponibilidade orçamentária".

37 "Nessa linha de julgamento, a recusa de incluir em orçamento o crédito previsto na Portaria nº 84/2004, do Ministério da Justiça, afronta o princípio da dignidade da pessoa humana, por se tratar de cidadão cujos direitos preteridos por atos de exceção política foram admitidos com anos de atraso pelo Poder Público, não podendo esse se recusar a cumprir a reparação econômica reconhecida como devida e justa por procedimento administrativo instaurado com essa finalidade. A despeito de a própria doutrina reconhecer a dificuldade de delimitação do âmbito de proteção da dignidade e dos direitos fundamentais, não há dúvida de que a opção do legislador, ao normatizar e garantir os direitos a esses anistiados, foi a de propiciar àqueles que tiveram sua dignidade destroçada pelo regime antidemocrático outrora instalado em nosso país um restabelecimento mínimo dessa dignidade. É missão desta Suprema Corte, portanto, como já observado por Ingo Wolfgang Sarlet, transformar a dignidade da pessoa humana 'em realidade vivida e, quem sabe, cada vez menos violada' (Notas sobre a dignidade da pessoa humana na jurisprudência do STF. In: SARMENTO, Daniel; SARLET, Ingo Wolfgang (Coord.). **Direitos Fundamentais no Supremo Tribunal Federal**: Balanço e Crítica. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 73). Havendo o preenchimento desses pressupostos, quais sejam, o reconhecimento do débito pelo órgão da administração direta em favor do anistiado político militar e a destinação de verba em montante expressivo em lei, não há como se acolher, nos presentes autos, a tese de inviabilidade do pagamento pela ausência de previsão orçamentária para o atendimento da pretensão". BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 553.710 (Tema 394 da Repercussão Geral). Distrito Federal. Relator: Ministro Dias Toffoli. Julgamento do dia 17/11/2016. Acórdão publicado no Diário de Justiça Eletrônico do dia 31/8/2017.

sendo adotada nos julgamentos de várias categorias profissionais de anistiados, a fim de permitir a maior fidelidade possível entre o valor da reparação e o montante que é percebido por aqueles que permaneceram em atividade justamente por não terem sofrido prejuízos profissionais durante a ditadura. Em um desses casos, o órgão administrativo havia entendido que o anistiado deveria receber prestação única, e não prestação mensal, tendo em vista que atuava como dentista prático na ditadura militar, profissão essa não regulamentada. O Judiciário entendeu que a atividade de dentista prático, embora sem regulamentação, era uma atividade socialmente aceita e bastante comum para aquela época e região do Brasil, o que acarretaria a necessidade de transformação da prestação única em prestação mensal³⁸.

Noutros julgados, os tribunais entenderam que a reparação dos danos materiais pela anistia política não impede o acréscimo de reparação aos danos morais em determinadas hipóteses. Em um exemplo, o Poder Judiciário estabeleceu uma indenização adicional para uma vítima que ainda era criança durante a ditadura militar e que passou a vida em busca do pai até encontrá-lo morto em outro país. Nessa oportunidade, o Judiciário considerou insuficiente a reparação administrativa que havia sido estabelecida em prestação única e que se encontrava limitada ao ano em que o pai daquela criança havia sido preso. A sentença esclareceu a necessidade de ampliação indenizatória³⁹.

Em todos esses exemplos, o Poder Judiciário foi capaz de influenciar o resultado final da reparação a cada uma das respectivas vítimas. Ao realizar essa função, esse poder permite a realização desse importante pilar da justiça transicional.

3.2 Poder Judiciário e processamento dos violadores de direitos humanos

Alguns processos no Poder Judiciário trataram da alteração do sistema de justiça para possibilitar o processamento dos perpetradores de violação aos direitos humanos. Ganham repercussão os processos que pretendiam a responsabilização do coronel reformado Carlos Alberto Brilhante Ustra pela prática de torturas durante o período mais violento da ditadura⁴⁰.

38 BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. Apelação Cível nº 0031627-61.2008.4.01.3400. Relator desembargador Federal Jirair Aram Meguerian. Acórdão Publicado no Diário de Justiça Eletrônico do dia 18/3/2013.

39 BRASIL. Seção Judiciária do Distrito Federal. Ação Ordinária nº 63856-69.2011.4.01.3400. Juízo da 4ª Vara Federal. Trecho da sentença publicada no Diário de Justiça Eletrônico do dia 4/6/2013.

40 A maior parte dos processos, entretanto, não tiveram acolhimento do Poder Judiciário. Por exemplo, sentença proferida pela 1ª Vara Criminal Federal de São Paulo no processo 001635122.2014.4.03.6181, que rejeitou a denúncia oferecida contra o torturador com base em alegação de prescrição e anistia aos torturadores.

Outro exemplo consiste na ação penal ajuizada pelo Ministério Público Federal contra seis acusados de participar da explosão de uma bomba durante a comemoração ao Dia do Trabalho, ocasião que ficou conhecida como “Atentado ao Riocentro”. Desde o ano de 2015, esse caso aguarda apreciação no Superior Tribunal de Justiça⁴¹.

A reinterpretção das normas jurídicas que autorizam o processamento dos violadores de direitos humanos representa uma das maiores resistências do Poder Judiciário. Várias decisões são proferidas no sentido de impossibilitar esse processamento com base na simples menção ao julgamento da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 153 pelo Supremo Tribunal Federal. Ocorre que a referida ADPF não decidiu pela impossibilidade de processamento dos perpetradores de violação contra os direitos humanos no período da ditadura, mas simplesmente declarou a constitucionalidade da Lei nº 6.683/1979, a Lei da Anistia. Em outras palavras, o Supremo Tribunal Federal apenas definiu a compatibilidade dessa Lei em conformidade com a Constituição de 1988, exercendo o mandato constitucional de controle de constitucionalidade.

Informações equivocadas, provavelmente por falta de conhecimento, em especial dos meios de comunicação social, disseminaram o entendimento de que o STF declarou a anistia ampla, geral e irrestrita da Lei nº 6.683/1979 e, com isso, impediu o processamento judicial de qualquer responsabilização dos eventuais agentes públicos que ainda estejam vivos, seja tal responsabilização na esfera cível, penal ou administrativa. Nada mais equivocado. Contudo, ao menos até 2018, essa tem sido a postura do Judiciário brasileiro na dimensão da justiça transicional. A ADPF nº 153 ainda aguarda julgamento do recurso de embargos de declaração no Supremo Tribunal Federal.

3.3 Poder Judiciário e a reforma das instituições

Algumas reformas institucionais e adoções de políticas públicas no período pós-democratização foram direcionadas para setores específicos do Poder Judiciário. A título exemplificativo, citam-se a previsão constitucional dos juizados de pequenas causas e seus desdobramentos⁴², a criação do Conselho Nacional de Justiça com a finalidade de exercer controle do Judiciário e a possibilidade de descentralização judiciária por meio da justiça itinerante⁴³.

41 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 6ª Turma. Agravo em Recurso Especial 818.592. Relator ministro Rogério Schietti. Processo de origem: 0005684-20.2014.4.02.0000.

42 Art. 24, X, da Constituição Federal. Lei nº 9.099/1995, Lei nº 10.259/2001, Lei nº 12.153/2009.

43 BRASIL. Emenda Constitucional nº 45, de 30 de dezembro de 2004. Altera dispositivos dos arts. 5º, 36, 52, 92, 93, 95, 98, 99, 102, 103, 104, 105, 107, 109, 111, 112, 114, 115, 125, 126, 127, 128, 129, 134 e 168 da Constituição Federal, e acrescenta os arts. 103-A, 103B, 111-A e 130-A, e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 31 dez. 2004. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc45.htm>.

Em outros casos, o próprio Poder Judiciário analisou reformas em sua estrutura institucional. Por exemplo, no ano de 2014, o Conselho Nacional de Justiça instituiu um grupo de trabalho para estudar a reestruturação da Justiça Militar. A análise do Conselho Nacional de Justiça verificou critérios de eficiência e custo da Justiça Militar e avaliou diversas questões institucionais, desde a possibilidade de extinção das Justiças Militares Estaduais ou da absorção das atribuições da Justiça Militar em varas especializadas da Justiça Comum, até a redução do número de ministros do Superior Tribunal Militar⁴⁴.

Assim, também o pilar das reformas das instituições pode ser exercido pelo Poder Judiciário. Porém, tão relevante quanto a mudança institucional é a reforma do próprio pensamento do Judiciário para perceber que exerce um relevante papel no sistema de justiça de transição. É importante analisar de forma crítica quais são os elementos presentes nas instituições do Poder Judiciário que revelam resquícios de influência do período de exceção. Nessa reflexão, o Poder Judiciário desempenhará não apenas a realização de julgamentos mas também colaborará com os mecanismos que garantam a completude do processo transicional brasileiro.

3.4 Poder Judiciário e a dimensão da memória e verdade

A sociedade é constantemente convidada a se posicionar em relação ao seu próprio passado, como um retorno ao lar para visitar origens e atribuir um novo campo de significados aos eventos que se sucederam (ELEY, 2011, p. 558). Por meio da escolha seletiva entre elementos de lembrança e elementos de esquecimento, a memória passa a exercer a representação de uma experiência do passado, cuja compreensão social passa a fazer sentido no tempo presente. Nesse sentido, cabe à memória encontrar a verdade, a fim de articular a tensão entre o espaço das experiências vivenciadas e o horizonte das expectativas sociais (JASMIN, 2013, p. 387; 391).

Com base nessas concepções, o Poder Judiciário tem sido instado a se manifestar sobre questões que envolvem a dimensão da memória e verdade sobre o período de exceção. Em um primeiro exemplo, o Poder Judiciário, na competência da vara de registros públicos, determinou a alteração da certidão de óbito do jornalista Vladimir Herzog, assassinado por motivos políticos na ditadura militar com os seguintes fundamentos:

A objeção parcialmente oposta pela ilustrada Promotoria de Justiça, no que se refere à anotação da causa da morte, a despeito da firma argumentação

44 Relatório do Conselho Nacional de Justiça. Grupo de Trabalho instituído pela Portaria nº 216/2013. Sobre a necessidade de reformas institucionais na Justiça Militar, conferir: Torreão, 2017.

invocada, não procede. Seria verdadeiramente iníquo prolongar o martírio da viúva e dos familiares e afrontar a consciência pública nacional, a renovação da investigação sobre a 'causa mortis', quando, de há muito, ficou apurado, em termos de convicção inabaláveis, especialmente, pela via jurisdicional comum, que o jornalista Vladimir Herzog perdeu a vida em razão de maus tratos e de lesões sofridas, em circunstâncias de todos conhecidas. Apegar-se a filigranas jurídicas, na conjuntura apontada, constituiria o reconhecimento inadmissível da continuidade do sofrimento imposto pela imputação de suicídio, cuja versão não foi comprovada segundo definição judicial precedente. A Comissão Nacional da Verdade já assentou o entendimento em relação à matéria, sobre a qual não há mais o que perquirir, nesse particular. [...] A matéria, portanto, reclama o restabelecimento da verdade para adequar, 'ainda que tardia', a ocorrência ao estado de exatidão. Destarte, pelos fundamentos expostos, acolhida a manifestação da digna Comissão Nacional da Verdade, defiro o pleito proposto, para o fim de ordenar a retificação no assento de óbito do jornalista Vladimir Herzog, para contar que a morte decorreu de lesões e maus tratos sofridos em dependência do II Exército – SP. (DOI-CODI)⁴⁵

Embora a abertura de documentos ainda não ocorra dentro da extensão necessária, o Poder Judiciário também proferiu julgados nos quais determinou a exibição de importante documentação para o esclarecimento de fatos e construção de uma memória nacional. Cita-se o julgamento do Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 23.036 pelo Supremo Tribunal Federal⁴⁶. Nesse processo, dois pesquisadores buscavam ter acesso aos áudios dos julgamentos realizados pelo Superior Tribunal Militar na década de 1970 para compor a nova edição do livro "Voz Humana", em homenagem aos advogados que atuaram na defesa de acusados de crimes políticos. Em 28 de março de 2006, esse recurso foi julgado de forma favorável aos pesquisadores, "garantindo o direito líquido e certo de acessar livremente as gravações de julgamentos de presos políticos tramitadas naquela corte na década de 70"⁴⁷.

Mas o Superior Tribunal Militar apenas concedeu acesso aos áudios das sessões públicas, nas quais eram lidos os relatórios e realizadas as sustentações orais. Assim, o Superior Tribunal Militar continuou ocultando os áudios das sessões secretas,

45 Sentença proferida no Processo nº 0046690-64.2012.8.26.0100 pelo Juízo da 2ª Vara de Registros Públicos de São Paulo.

46 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RMS 23036. Rio de Janeiro. Relator: ministro Maurício Corrêa. Publicação no Diário de Justiça do dia 25/8/2006, p. 67.

47 Trecho transcrito da decisão monocrática proferida pela ministra Cármen Lúcia na Reclamação 11.949 em referência ao julgamento do Recurso Ordinário em Mandado de Segurança 23.036.

nas quais eram colhidos os votos dos ministros daquela corte militar. Por tal motivo, os pesquisadores ajuizaram a Reclamação Constitucional nº 11.949, tendo em vista que o Superior Tribunal Militar havia desrespeitado a autoridade da decisão colegiada proferida pelo Supremo Tribunal Federal.

Em 16 de março de 2017, a referida Reclamação Constitucional foi julgada procedente, de forma que o Supremo Tribunal Federal determinou que o Superior Tribunal Militar disponibilizasse não apenas os áudios das sessões públicas mas também das sessões secretas, aos pesquisadores. No voto, o ministro Celso de Mello destaca os perigos do totalitarismo militar e demonstra a importância do pilar da memória e verdade na sustentação da democracia brasileira:

É preciso sempre recordar que a experiência concreta a que se submeteu o Brasil no período de vigência do regime de exceção (1964/1985) constitui, para esta e para as próximas gerações, marcante advertência que não pode ser ignorada: as intervenções pretorianas ou militares no domínio político-institucional têm representado momentos de grave inflexão no processo de desenvolvimento e de consolidação das liberdades fundamentais. Pronunciamentos militares, quando efetivados e tornados vitoriosos, tendem, necessariamente, na lógica autocrática do regime supressor das liberdades que se lhes segue, a diminuir (quando não a eliminar) o espaço institucional reservado ao dissenso, limitando, por isso, com danos irreversíveis ao sistema democrático, a possibilidade de livre expansão da atividade política e da prática da cidadania. Com o movimento de 1964, sobreveio a ruptura da ordem jurídica plasmada no texto constitucional de 1946. É importante salientar, neste ponto, que o modelo de governo instaurado em nosso País em 1964 mostrou-se fortemente estimulado pelo 'perigoso fascínio do absoluto' (Pe. JOSEPH COMBLIN, 'A Ideologia da Segurança Nacional – O Poder Militar na América Latina', p. 225, 3ª ed., 1980, trad. de A. Veiga Fialho, Civilização Brasileira), pois privilegiou e cultivou o sigilo, transformando-o em 'praxis' governamental institucionalizada, ofendendo, frontalmente, o princípio democrático. [...]

'Informação é poder. Quando a informação é do Estado, detentor de poder soberano na sociedade política, a publicidade dos comportamentos públicos e o seu conhecimento pelos cidadãos passam a ser direito fundamental do indivíduo.

É a natureza da atividade, os fins por ela buscados pelo Estado e os meios para tanto adotados e empregados que tornam a publicidade princípio fundamental a ser observado. [...]

Cada vez mais a publicidade se espalha e se torna princípio informador do Direito, pois não se exige que a Democracia, definida como regime político no sistema constitucional, tenha ocorrência apenas nos palácios, mas que ela seja de toda a sociedade. [...]

Por outro lado, não se há desconhecer que não se pretende mais aceitar, como legítima, a democracia da ignorância, aquela na qual todos são iguais no desconhecimento do que se passa no exercício do Poder usurpado e silenciosamente desempenhado' (ROCHA, 1994, p. 242-243). [...]

Desprezou-se, desse modo, como convém a regimes autocráticos, a advertência feita por Norberto Bobbio, cuja lição magistral sobre o tema ('O Futuro da Democracia', 1986, Paz e Terra) assinala – com especial ênfase – não haver nos modelos políticos que consagram a democracia espaço possível reservado ao mistério. [...]

Com efeito, a Carta Federal, ao proclamar os direitos e deveres individuais e coletivos (art. 5º), enunciou preceitos básicos, cuja compreensão é essencial à caracterização da ordem democrática como um regime do poder visível, ou, na lição expressiva de BOBBIO ('op. cit.', p. 86), como 'um modelo ideal do governo público em público'.

Não se pode impor óbice à busca da verdade e à preservação da memória histórica em torno dos fatos ocorridos no período em que o país, o nosso País, foi dominado pelo regime militar. [...] Vê-se, portanto, que assiste a toda a sociedade o direito de ver esclarecidos os fatos ocorridos em período tão obscuro de nossa história, direito esse que, para ser exercido em plenitude, não pode sofrer o obstáculo que se lhe opôs com a recusa emanada do eminente Senhor Presidente do E. Superior Tribunal Militar, pois o ato de que ora se reclama constituiu óbice injusto à recuperação da memória histórica e ao conhecimento da verdade⁴⁸.

Um terceiro e último exemplo ilustra o papel do Poder Judiciário na dimensão da verdade e da memória. No início de 2018, foi criado um bloco carnavalesco autodenominado Porão do Dops, que homenageava agentes públicos notoriamente conhecidos pela prática de torturas durante a ditadura militar. O Ministério Público do Estado de São Paulo ingressou com ação civil pública com a finalidade de cessar qualquer divulgação de imagens que enalteçam a prática de tortura.

Em primeira instância, o pedido antecipatório do Parquet Estadual foi negado com base na afirmação de que o Poder Judiciário não poderia exercer esse juízo prévio em ra-

48 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Reclamação 11.949. Distrito Federal. Relatora: ministra Cármen Lúcia. Julgamento do dia 16/3/2017. Acórdão publicado no Diário de Justiça Eletrônico do dia 16/8/2017. Trecho do voto do ministro Celso de Mello.

ção do direito constitucional à livre manifestação de pensamento. A decisão cita, ainda, o julgamento da ADPF 153 para dizer que a Lei da Anistia, declarada constitucional pelo Supremo Tribunal, buscou a paz social, a segurança jurídica o convívio plural entre os iguais. Confira-se o seguinte trecho do ato decisório de primeira instância:

No caso em apreço, a utilização no bloco carnavalesco de figuras de pessoas conhecidas como torturadores na época da ditadura, embora lamentável, não permite um controle direto e prévio de repressão por parte do Estado, sob pena de se negar o próprio direito reconhecido com o processo de democratização, após longos anos de repressão e desrespeito aos direitos da dignidade da pessoa humana.

Por óbvio que, isto não quer dizer que este direito seja absoluto, mas se evidenciado qualquer ilicitude na manifestação em decorrência do abuso ao exercício do direito, deverá o Estado ser acionado a fim de que seja punida a conduta após a sua expressão, mas não antes de ser realizada a conduta. Inclusive, nesse sentido há inquérito policial instaurado para apurar eventual prática dos delitos de incitação ao crime e apologia, que se configurados, darão oportunidade à responsabilização do ofensor perante a justiça criminal.

No âmbito civil e, com respeito a entendimento diverso, não vislumbro, ao menos por ora, qualquer ato atentatório à dignidade das vítimas, devendo a priori ser preservado o direito constitucionalmente previsto à livre manifestação.

No mais, a apresentação do bloco se dará nos dias de carnaval, em que a manifestação popular se dá por meio de atividades artísticas em que comumente são baseadas em fatos históricos do Brasil e do Mundo, tal como vem ocorrendo nos últimos cinco anos com apresentação do 'Bloco Soviético', mesmo porque muitas vezes as manifestações assumem até caráter jocoso e até crítico do período a que se visa retratar.

Na verdade, não se tem nos autos, a real dimensão da manifestação que está por vir, inexistindo qualquer elemento concreto que evidencie a incitação ao crime de tortura ou que haverá apologia ao crime.

Já a nomeação do bloco, por si só, não configura exaltação à época de exceção ou das pessoas lá indicadas que, sequer, foram reconhecidas judicialmente como autores de crimes perpetrados durante o regime ditatorial, em razão da posterior promulgação da Lei da Anistia (que teve como finalidade buscar a paz social, a segurança jurídica o convívio plural entre os iguais), a qual posteriormente foi declarada constitucional pelo Supremo

Tribunal Federal, para reconhecer sua aplicação não apenas aos opositores ao regime da época, como também aos opressores. Neste contexto, diante da ausência da verossimilhança do alegado e perigo de dano, INDEFIRO o pedido de tutela antecipada⁴⁹.

Contra essa decisão, o Ministério Público de São Paulo interpôs recurso de agravo de instrumento, cujo pedido antecipatório foi acolhido pelo desembargador relator do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. O magistrado ressaltou o caráter preventivo da medida judicial, que não guarda nenhuma incompatibilidade com o princípio da liberdade de expressão e livre manifestação do pensamento, para proibir que o bloco carnavalesco pudesse se utilizar de expressões ou imagens que pudessem ser entendidas como apologia à tortura. Segue trecho da referida decisão:

Nos estritos termos do que pode ser definido nesta fase procedimental do presente recurso de Agravo de Instrumento, concedo, por ora, efeito ativo parcial, para determinar que os réus Douglas Garcia Bispo dos Santos e Edson Salomão se abstenham de utilizar expressões, símbolos e fotografias que possam ser claramente entendidas como “apologia ao crime de tortura” ou a quaisquer outros ilícitos penais, seja através das redes sociais, seja mediante desfile ou manifestação em local público, notadamente através do Bloco Carnavalesco “Porão do Dops”.

Saliento que a providência tem natureza preventiva e não implica em censura prévia à livre manifestação do pensamento, que sempre poderá ocorrer na forma da lei, sujeitando-se os infratores à responsabilidade civil e penal por cada ato praticado⁵⁰.

Essa decisão de segunda instância protege a memória social brasileira construída ao longo de décadas para buscar a verdade na identificação de atos de violação aos direitos humanos cometidos durante o regime militar. Ao mesmo tempo evita que se instale um esquecimento dos piores tempos da história brasileira, esse ato decisório também protege a sociedade de uma falaciosa lembrança saudosista da ditadura ou de retrocessos democráticos. Portanto, as decisões proferidas pelo Poder Judiciário colaboram para a construção de uma memória coletiva e para a busca da verdade.

49 Decisão proferida no Processo nº 1006232-75.2018.8.26.0100 pela 39ª Vara Cível de São Paulo, publicada no dia 31/1/2018.

50 Decisão proferida no Processo nº 1006232-75.2018.8.26.0100 pela 39ª Vara Cível de São Paulo, publicada no dia 31/1/2018.

4 Conclusão

O Poder Judiciário guarda características residuais do regime ditatorial, a exemplo do tradicionalismo, formalismo, exacerbado positivismo e distanciamento da sociedade (LUNARDI, 2012, p. 168). A atividade judicial não deve ser vista como um campo de vingança, mas sim como terreno de atuação social (FABRIZ, 2006, p. 38). Essa legitimação democrática jamais será alcançada se as instituições permanecerem resistentes à compreensão do próprio processo transicional (SOUZA JÚNIOR, 2008, p. 14). Se a sobrevivência das democracias depende em parte da vitalidade de seus sistemas institucionais, o Poder Judiciário deve realizar uma autoanálise crítica e identificar os predados que o impedem de dar sequência ao processo transicional brasileiro (PRZEWORSKI, 1997, p. 125). Conforme leciona Paulo Abrão, a necessidade de construções e reconstruções institucionais também recaem sobre o Poder Judiciário (ABRÃO, 2015, p. 384).

Vanessa Dorneles Schinke lembra que o Poder Judiciário não pode se esquivar de enfrentar todas as consequências que o delicado processo transicional demanda, inclusive com as responsabilidades institucionais dentro do seu próprio poder. Se permanecer avesso a tais mudanças, com posturas contrárias às medidas de verdade ou de reparação, por exemplo, o Judiciário exercerá uma força antidemocrática prejudicial às medidas transicionais alcançadas (SCHINKE, 2015, p. 449 apud AGUILAR, 2013, p. 2).

Para que a transição seja completa e eficaz, é necessário que o Poder Judiciário seja uma instituição independente, socialmente legitimada e comprometida com os objetivos da justiça transicional. Essas características importarão em um reforço das instituições democráticas com o consequente desenvolvimento de um processo transicional em sua melhor forma e a consolidação de um Estado de Direito, nos termos expostos por Arnould e Sriram:

Assim como a democracia é um processo multidimensional — envolvendo diferentes níveis de atores (o estado, sociedade, o indivíduo) e diferentes esferas de ação (política, econômica, judicial, social, cultural) — é provável que a justiça de transição tenha impactos diferentes nestas múltiplas dimensões. [...] A Justiça de Transição talvez influencie alguma, mas não todas as dimensões democráticas. [...] No entanto, o grau em que se pode esperar que a justiça transicional tenha um impacto razoável é no desenvolvimento democrático de instituições. Isso indica o fortalecimento dos princípios e das instituições democráticas fundamentais — tal como um judiciário independente, forças armadas democráticas e participação social — bem como a melhoria de desempenho dessas instituições. Embora o desenvolvimento institucional não seja uma condição suficiente para a

democracia — que também requer mudanças nas atitudes e convicções bem como remodelagem das relações estado-sociedade e práticas socio-econômicas — é um componente indispensável. [...] A justiça transicional busca alguns dos mesmos objetivos do estado de direito — promover justiça e proteção aos direitos humanos — e, conseqüentemente, muitas vezes age em complemento à política do estado de direito. Mas também se espera que a justiça de transição contribua diretamente para a construção do estado de direito em países que estão em transição de regras autoritárias ou conflitos armados, reafirmando o princípio da identificação de responsabilidades, encorajando mudanças nas práticas judiciais ou focando em debates políticos e societários em questões de justiça. A justiça transicional aprofunda debates, sustenta o estado de direito por meio da educação das pessoas sobre padrões mínimos de direitos e induz governos a agir em conformidade com conhecidos direitos humanos e com regras de um estado de direito. (ARNOULD; SRIRAM, 2014, p. 3)⁵¹

Ao atingir consciência de que o exercício da função jurisdicional impacta não apenas nos casos específicos e concretos julgados, mas em todo o sistema de justiça transicional, o Poder Judiciário saberá que as decisões judiciais nesses casos serão capazes de reduzir conflitos, auxiliar na formação de uma democracia duradoura, com instituições fortalecidas e amparo social. Afinal, “o caso brasileiro sobre a judicialização da justiça de transição evidencia a necessidade de o Poder Judiciário adotar uma interpretação produtiva sobre normas de proteção aos direitos humanos” (SCHINKE, 2015, p. 450). Um Poder Judiciário com um pensamento crítico e consciente, sabedor de seu papel e comprometido com o processo transição brasileiro, essa é uma das bases para a construção de instituições sólidas e para a busca de uma democracia socialmente legitimada. Afinal, conforme lembra James Cavallaro, “hoje, na América Latina, os países que mais respeitam os direitos humanos são precisamente aqueles que passaram por períodos

51 Tradução livre do seguinte texto original em inglês: “As democracy is a multidimensional process – involving different levels of agency (the state, society, the individual) and different spheres of action (political, economic, judicial, social, cultural) – transitional justice is likely to have a differing impact on these multiple dimensions. [...] Transitional justice may impact some but not all democracy dimensions. [...] However a level at which transitional justice can reasonably be expected to have an impact is democratic institutionbuilding. This refers to the strengthening of foundational democratic institutions and principles – such as an independent judiciary, democratic security forces, and participation – as well as the improvement of the performance of these institutions. While institution-building is not a sufficient condition for democracy – which also requires changes in attitudes and beliefs as well as a remoulding of state-society relations and socio-economic practices – it is a necessary component of it. [...] Transitional justice pursues some of the same objectives as rule of law – promoting justice and human rights – and is therefore often seen as acting in complement to rule of law policies. But transitional justice is also expected to directly contribute to building the rule of law in countries transitioning from authoritarian rule or armed conflict by reasserting the principle of accountability, encouraging changes in judicial practice, or focusing societal and political debates on questions of justice. Transitional justice, it is further argued, supports rule of law by educating people about rights standards and inducing governments to act in line with publicly known human rights and rule of law standards”.

terroríveis de repressão e que gradualmente aprenderam a lidar com o passado de abusos” (apud, BARBOSA; VANNUCHI, 2009, p. 55).

Referências

- ABRÃO, Paulo; RAMPIN, Talita Tatiana Dias; FONSECA, Livia Gimenes Dias da. Direito à Justiça e Reforma das Instituições. In: SOUSA JUNIOR, José Geraldo de et al. **O direito achado na rua**: introdução crítica à justiça de transição na América Latina. Brasília: UnB, 2015. v. 7.
- AGUILAR, Paloma. Judiciary Involvement in Authoritarian Repression and Transitional Justice: The Spanish Case in Comparative Perspective. **International Journal of Transitional Justice**, v. 7, n. 2, 2013, p. 245-266.
- ALMEIDA, Eneá de Stutz e; TORELLY, Marcelo D. Justiça de Transição, Estado de Direito e Democracia Constitucional: Estudo preliminar sobre o papel dos direitos decorrentes da transição política para a efetivação do estado democrático de direito. **Sistema Penal & Violência: Revista Eletrônica da Faculdade de Direito PUCRS**, Porto Alegre, v. 2, n. 2, 2010.
- ARNOULD, Valerie; SRIRAM, Chandra Lekha. Pathways of Impact: How Transitional Justice Affects Democratic Institution-Building. **TJDI Policy Paper**, n. 1, 2014.
- BARBOSA, Marco Antônio Rodrigues; VANNUCHI, Paulo. Resgate da memória e da verdade: um direito de todos. In: SOARES, Inês Virgínia Prado Soares; KISHI, Sandra Akemi Shimada. **Memória e Verdade**: A Justiça de Transição no Estado Democrático Brasileiro. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2009.
- BRASIL. **Caravanas da anistia**: o Brasil pede perdão. COELHO, Maria José H.; ROTA, Vera (Org.). Brasília: Ministério da Justiça, 2012.
- BRASIL. Comissão Nacional da Verdade. **Relatório da Comissão Nacional da Verdade**. 2014. Capítulo 17.
- BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Justiça em números**. Brasília, 2016.
- ELEY, Geoff. The Past Under Erasure? History, Memory, and the Contemporary. **Journal of Contemporary History**, v. 46, n. 3, p. 555-573, 2011.
- FABRIZ, Dauri Cesar. Cidadania, democracia e acesso à justiça. In: ALMEIDA, Eneá de Stutz e (Org.). **Direitos e Garantias Fundamentais**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2006.
- JASMIN, Marcelo. Futuro(s) presente(s). In: NOVAES, Adauto (Org.). **Mutações**: o futuro não é mais o que era. São Paulo: Edições SESC, 2013.
- LUNARDI, Fabrício Castagna. **A justiça de transição no Brasil**: a transição política, a reforma das instituições e o desenvolvimento da democracia. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. (ano 101, v. 924).
- MATE, Reyes. Memoria y justicia transicional. In: ABRÃO, Paulo; RAMPIN, Talita Tatiana Dias; FONSECA, Livia Gimenes Dias da. Direito à Justiça e Reforma das Instituições. In: SOUSA JUNIOR, José Geraldo de et al. **O direito achado na rua**: introdução crítica à justiça de transição na América Latina. Brasília: UnB, 2015. v. 7.
- MOTTET, Carol; POUT, Christian (Ed.). **La justice transitionnelle**: une voie vers la réconciliation et la construction d'une paix durable. Conference Paper Dealing with the Past Series. Laundé, Camarões, 2011.
- ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS – ONU. **The rule of law and transitional justice in conflict and post-conflict societies**. Relatório da Secretaria-Geral do Conselho de Segurança. Nova Iorque, 2004.
- OSMO, Carla (Org.). **Judicialização da justiça de transição na América Latina**. Brasília: Ministério da Justiça, Comissão de Anistia, Rede Latino-Americana de Justiça de Transição (RLAJT), 2016.

OST, François. **O tempo do direito**. Lisboa: Piaget, 1999.

PRZEWORSKI, Adam; ALVAREZ, Michael; CHEIBUB, José Antonio; LIMONGI, Fernando. O que mantém as democracias? **Lua Nova: Revista de Cultura e Política**, n. 40/41, 1997.

SILVA, Fábio de Sá e. Voos de andorinhas: uma cartografia exploratória de sujeitos e práticas instituintes de direito (à memória, à verdade e à justiça) nos marcos de O Direito Achado na Rua. In: ABRÃO, Paulo; RAMPIN, Talita Tatiana Dias; FONSECA, Livia Gimenes Dias da. Direito à Justiça e Reforma das Instituições. In: SOUSA JUNIOR, José Geraldo de et al. **O direito achado na rua**: introdução crítica à justiça de transição na América Latina. Brasília: UnB, 2015. v. 7.

SOUSA JÚNIOR, José Geraldo de. **Ideias para a cidadania e para a justiça**. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 2008, p. 14.

TORREÃO, Marcelo Pires. Justiça de Transição e Reforma das Instituições. In: AMEIDA, Eneá de Stutz e (Org.). **Justiça de Transição no Brasil** – apontamentos. Curitiba: CRV, 2017.

V JUSTIÇA DE
TRANSIÇÃO:
ANÁLISE
INTERDISCIPLINAR

22 CONTRIBUIÇÕES DA ANTROPOLOGIA FORENSE PARA A JUSTIÇA DE TRANSIÇÃO: O CASO DA VALA DE PERUS

Ana Paula Moreli Tauhyl¹
Mariana Inglez²
Marina da Silva Gratão³
Candela Martínez Barrio⁴

Resumo: Com o objetivo principal de encontrar desaparecidos políticos entre os remanescentes ósseos da vala clandestina de Perus, em São Paulo, o Grupo de Trabalho Perus (GTP) foi criado em 2014 como uma iniciativa do Estado em resposta à luta de familiares e à recomendações internacionais de organizações de Direitos Humanos. Tendo como eixo norteador uma visão da Antropologia Forense que vai além da análise de remanescentes ósseos, o grupo contribui para a materialização da memória das vítimas e dos crimes cometidos pelo regime ditatorial, expondo o mecanismo cruel de desaparecimento burocrático de corpos, assim como a violência e o esquecimento sofrido por uma parcela da população mais vulnerável. Multidisciplinar por natureza, o GTP é exemplo de preocupação com o intercâmbio de conhecimento e experiências entre profissionais de diversas áreas, assim como entre diversas organizações, nacionais e internacionais. A proposta do Grupo de Trabalho Perus tem sido condizente com o que se espera de uma ação política e pública voltada à Justiça de Transição, contemplando pilares como memória, justiça e reparação e servindo como modelo para futuras ações sistemáticas relacionadas ao tema.

Palavras-chave: Antropologia Forense. Grupo de Trabalho Perus. Justiça de Transição.

Abstract: *With the main objective of finding missing people related to political disappearance among the human remains from Perus clandestine mass grave, in São Paulo, the Perus Working Group was created in 2014 as a federal initiative in response to families' struggles as well as in response to international recommendations of Human*

1 Ana Paula Moreli Tauhyl é historiadora e arqueóloga, mestre em Arqueologia pelo Museu de Arqueologia e Etnologia da Universidade de São Paulo e tem trabalhado como consultora do Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (Pnud) para a Comissão Especial sobre Mortos e Desaparecidos Políticos (CEMDP) no âmbito do Grupo de Trabalho Perus.

2 Mariana Inglez é mestre e doutoranda em Bioantropologia pela Universidade de São Paulo, antropóloga forense consultora do Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (Pnud) para a Comissão Especial sobre Mortos e Desaparecidos Políticos (CEMDP) no âmbito do Grupo de Trabalho Perus.

3 Marina da Silva Gratão é bióloga pela Universidade de São Paulo, antropóloga forense consultora do Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (Pnud) para a Comissão Especial sobre Mortos e Desaparecidos Políticos (CEMDP) no âmbito do Grupo de Trabalho Perus.

4 Candela Martínez Barrio é licenciada em História pela Universidade Complutense de Madrid, especialista em Arqueologia e Antropologia Forense, consultora do Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (Pnud) para a Comissão Especial sobre Mortos e Desaparecidos Políticos (CEMDP) no âmbito do Grupo de Trabalho Perus.

Rights organizations. Based on a point of view which considers forensic anthropology should go beyond the analysis of bones itself, the group contributes to the materialization of the memory of the victims and crimes committed by the dictatorial regime, evidencing the cruel mechanism of bureaucratic bodies disappearance based on negligence, as well as the violence and omission suffered by a vulnerable part of the population. Multidisciplinary in nature, the Perus Working Group is a case example of knowledge and experience exchange among experts from different areas, as well as between several organizations, national and international. The proposal of the Perus Working Group has been consistent with what is expected of a political and public action aimed at Transitional Justice, contemplating pillars such as memory, justice and reparation, and serving as a model for future systematic actions related to the subject.

Keywords: *Forensic Anthropology. Perus Working Group. Transitional Justice.*

1 Introdução

Este artigo tem como objetivo realizar uma reflexão sobre as relações da Antropologia Forense com os pilares da Justiça de Transição no contexto brasileiro, a partir de um estudo de caso: o Grupo de Trabalho Perus (GTP). Criado com o intuito de analisar os remanescentes ósseos da vala clandestina do Cemitério Dom Bosco (Perus), com o intuito de buscar os corpos de 41 pessoas, as quais foram oficialmente mortas pela repressão ou desaparecidas pelos seus mecanismos de ocultação durante a ditadura militar que assolou o país de 1964 a 1985, o GTP tem se mostrado uma iniciativa única no Brasil. O projeto reúne profissionais de diversas áreas e, para além dos esforços para a identificação das pessoas em questão, aborda temas como memória, verdade, justiça, reparação e iniciativas estatais, temas fundamentais quando se fala em Justiça de Transição.

2 Pilares da justiça de transição

A reforma das instituições visando à democracia, ao direito à memória e à verdade, ao direito à reparação e ao direito ao igual tratamento legal e à Justiça representam os quatro grandes temas de interesse da Justiça Transicional, ramo de estudo interdisciplinar que reúne conhecimentos de áreas como Direito, Ciência Política, Sociologia e História, e que objetiva verificar quais processos já realizados pelo Estado, pela socie-

dade civil e por organismos internacionais para a consolidação da democracia após um Estado de exceção (BRASIL, 2009).

A Anistia, a Constituinte e o acesso à verdade com a abertura dos arquivos que registram as ações políticas do período ditatorial brasileiro podem ser caracterizadas como três condições básicas para a transição de um período autoritário para um período democrático (SOUSA JUNIOR; SOUSA, 2015, p. 27).

A efetivação do direito à anistia e à reparação dos perseguidos políticos, ampara-se no art. 8º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, posteriormente regulamentado pela Lei nº 10.559, aprovada no Congresso Nacional apenas em 2002 (BRASIL, 2009, p. 15).

De acordo com Abrão e colaboradores (2012), Verdade, Reparação e Justiça no Brasil dependem do conceito de anistia, que deve ser compreendido considerando-se sua amplitude e ambiguidade. No Brasil, por vezes, corre-se o risco da associação de seu conceito com impunidade e esquecimento, desperdiçando-se seu potencial político na Justiça de Transição (ABRÃO; TORELLY, 2012).

Em relação à Constituinte, esta permitiu um espaço de mediação democrático, com a entrada em cena de novos movimentos sociais, populares e sindicais, o que não era possível na experiência da legislação vigente durante a ditadura. Projetos da sociedade civil tiveram inscrição na Constituição de 1988, caracterizando-a como expressão de uma cidadania participativa (SOUSA JUNIOR; SOUSA, 2015, p. 27).

Ainda de acordo com Sousa Junior e Sousa (2015, p. 28), considerando-se o acesso à verdade, ressalta-se que os arquivos da repressão ainda são mantidos ocultos ou apresentam seu acesso negado, permanecendo restritos à sociedade civil. Os mesmos autores reforçam que a democratização da memória permite a apropriação do passado de uma sociedade para que esta possa escolher melhor os passos a serem dados no presente.

O que se tem observado, em contrapartida, é uma tendência a deixar no esquecimento as práticas políticas do regime autoritário, tornando evidente a urgência em se institucionalizar um sistema de transparência sobre as informações desse período. Não se trata apenas de resgatar a memória e a verdade, mas de se vivenciar plenamente um Estado Democrático de Direito (SOUSA JUNIOR; SOUSA, 2015, p. 29).

Um movimento nesse sentido se dá em 1996, quando o Brasil foi um dos primeiros países a seguir a recomendação da Conferência Mundial de Direitos Humanos de Viena (1993) de atribuir aos direitos humanos a condição de política pública governamental, a partir do PNDH (Programa Nacional de Direitos Humanos) (SOUSA JUNIOR; SOUSA, 2015, p. 30).

Após 54 anos desde o golpe militar e 39 anos após a Lei de Anistia, algumas conquistas foram obtidas, sempre decorrentes do esforço e pressão dos familiares de mortos e desaparecidos (GRECO, 2014, p. 308).

Faz-se importante reconhecer, contudo, que a tortura, a cultura da impunidade, do sigilo, da destruição do espaço público, permanecem arraigadas em instituições do Estado, assim como a cultura da criminalização dos movimentos sociais em vigor no Brasil. Da mesma maneira, nossa sociedade tem observado ainda hoje, a continuidade do extermínio da população negra e mais pobre acompanhada de uma política de encarceramento em massa (GRECO, 2014, p. 308).

Pensar em políticas públicas e ações do Estado que contribuam para o direito à memória e à verdade, o direito à reparação e o direito ao igual tratamento legal e à Justiça é fundamental para a construção de um Estado Democrático de Direito. O Grupo de Trabalho Perus, apresentado no tópico a seguir, pode ser entendido como uma iniciativa do Estado em resposta à luta dos familiares de mortos e desaparecidos e às recomendações internacionais de organizações ligadas aos Direitos Humanos no que se refere às ações de reparação, bem como à criação de políticas públicas que contribuam para uma efetiva Justiça de Transição.

3 O Grupo de Trabalho Perus

O Grupo de Trabalho Perus foi criado em 2014 para realizar as análises de 1.047 caixas contendo remanescentes ósseos humanos que se encontravam numa vala clandestina no Cemitério Dom Bosco, localizado no bairro de Perus, em São Paulo. A vala foi formada a partir de uma grande exumação administrativa realizada entre os anos de 1975 e 1976. As mais de mil pessoas exumadas foram novamente enterradas em uma área não originalmente destinada a sepultamentos, sem qualquer registro no livro do cemitério sobre o paradeiro final de tais corpos, o que tornou a vala clandestina. Apesar de muitos familiares de mortos e desaparecidos políticos desconfiarem de sua existência desde sua criação, a vala só foi aberta em 1990, na gestão da então prefeita Luiza Erundina.

A partir de sua abertura, os remanescentes ósseos que ali se encontravam foram trasladados até a Unicamp, em Campinas, onde ficaram sob a análise de peritos chefiados pelo médico legista Fortunato Badan Palhares. Nesse período, duas identificações foram feitas a partir da técnica da foto-sobreposição: Dênis Casemiro e Frederico Eduardo Mayr. Após denúncia de descaso no armazenamento dos ossos, feita por familiares e militantes, os remanescentes foram transportados até São Paulo nos anos 2000, onde ficaram no columbário do Cemitério do Araçá até 2014.

Nesse período, as análises ficaram sob responsabilidade do IML/SP-USP. Em 2005, o laboratório Genomic realizou a identificação de Flávio Molina, feita por comparação genética de amostras sanguíneas da família de Flávio com amostra de osso do esqueleto suspeito. Já com a criação do Grupo de Trabalho Perus, em setembro de 2014, uma primeira leva de caixas foi transportada até o Centro de Antropologia e Arqueologia Forense (Caaf) da Unifesp, onde ainda se encontram, para análise pelos profissionais do GTP.

Formado pelo Ministério dos Direitos Humanos, pela Secretaria Municipal de Direitos Humanos e Cidadania de São Paulo, pela Universidade Federal de São Paulo (Unifesp) e pela Comissão Especial sobre Mortos e Desaparecidos Políticos (CEMDP), o GTP contou, desde seu início, com arqueólogos, bioantropólogos, historiadores, odontólogos, geneticistas, médicos e fotógrafos. Uma parte dos profissionais, que compõem a equipe fixa de peritos, responde à CEMDP, sendo contratados via Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (Pnud) em regime de consultoria. Outros participam de forma rotativa como representantes da perícia oficial (dos Institutos Médico Legais de diversos estados, da Polícia Federal e da Secretaria Nacional de Segurança Pública), ou vindos de instituições diversas (Museu Nacional – UFRJ, Museu de Arqueologia e Etnologia da UFSC, entre outros), compondo, portanto, um projeto multidisciplinar que tem, contudo, a Antropologia Forense como eixo norteador.

No contexto do Grupo de Trabalho Perus, a Antropologia Forense é entendida e praticada como um processo composto por quatro etapas: a pesquisa preliminar, o levantamento de dados *antemortem*, a análise *post mortem* e a análise genética, concomitantes e de igual importância. É, portanto, uma perspectiva conceitual alinhada com as equipes latino-americanas de Antropologia Forense, a saber: Equipe Argentina de Antropologia Forense (EAAF), Equipe Peruana de Antropologia Forense (EPAF), Grupo de Investigação em Antropologia Forense do Uruguai (GIAF), entre outras. Essa visão de Antropologia Forense entende a área como um processo que vai muito além da análise de remanescentes ósseos.

É a aplicação da arqueologia, da antropologia social e biológica a contextos forenses, criminais e de violência do Estado, com diálogos estreitos com os direitos humanos, com o papel político e a responsabilidade social das buscas por desaparecidos, e que entende o desaparecimento como um processo físico e social (HATTORI et al., 2016, p. 4).

A pesquisa preliminar consistiu em três eixos: o primeiro deles buscou entender o contexto da formação da vala clandestina de Perus e seu processo de exumação, desde a criação do Cemitério Dom Bosco, em 1971, até a sua abertura, em 1990. Para isso, valeu-se de publicações do Diário Oficial do Município de São Paulo, de 1940 a 1980, de

fotografias aéreas e da cartografia da região do Cemitério nas décadas de 1970 e 1980, de documentários e registros audiovisuais da exumação da vala, dos documentos produzidos pela CPI de Perus, de vídeos produzidos pela equipe da Unicamp no momento da abertura, e de prospecção geofísica realizada pela equipe *antemortem* do GTP, no local onde a vala estava localizada.

O segundo eixo de investigação compreendeu o histórico dos trabalhos anteriores, ou seja, o processo pelo qual os remanescentes ósseos passaram, desde as análises feitas pela Unicamp até a chegada ao Caaf, além das ações relacionadas à genética. Para a compreensão do processo foram acessadas as fichas antropológicas produzidas pela Unicamp, a documentação pertencente ao Instituto de Estudos sobre a Violência de Estado (IEVE), as atas de reuniões realizadas no período em que os remanescentes estiveram sob custódia do IML/SP e da USP, os Inquéritos Cíveis e a Ação Civil Pública do Ministério Público Federal, atas de reuniões, exumações e análises realizadas pela Polícia Federal e a documentação relativa às análises genéticas feitas tanto pelo Genomic, em 2005, como as feitas mais recentemente pela Polícia Federal.

Por fim, o terceiro e último eixo de investigação procurou entender a política de desaparecimento perpetrada na década de 1970 (década da formação da vala) e o perfil das pessoas que possivelmente foram inumadas na vala. Para atingir tal objetivo, foram pesquisados 20 livros de registro de entrada do Cemitério Dom Bosco (de 1971 a 1980), laudos necroscópicos – contidos em 566 livros de corpo de delito do IML/SP (de 1971 a 1975), 73 livros de declarações de óbito do IML/SP (de 1971 a 1975) e 97 livros de fotografias de vítimas desconhecidas (de 1971 a 1980)⁵. O foco da pesquisa foram os desconhecidos vítimas de morte violenta ou suspeita sepultados no Cemitério de Perus e que, de acordo com a interpretação mais plausível teriam ido para a vala clandestina. A partir das investigações dos livros de entrada do próprio cemitério e da presença de registro de exumação nos anos de 1975 e 1976 sem, contudo, informação sobre a destinação final do corpo chegou-se a essa interpretação. Tal investigação permitiu entender qual o caminho burocrático percorrido por um cadáver desconhecido desde sua morte até seu sepultamento, além de perceber as lacunas da documentação desse trajeto, as quais formam o que foi chamado de “máquina de fazer desaparecer” (HATTORI et al., 2016).

No que concerne ao levantamento de dados *antemortem*, a primeira ação feita foi o estabelecimento do universo de busca, por meio do cruzamento de várias listas, incluindo a dos familiares, do Ministério Público Federal e da Secretaria de Direitos Humanos (assim denominada na época), entre outras. Após fechada a listagem de 41 pessoas e

⁵ Essa documentação se encontra disponível no Arquivo Público do Estado de São Paulo (Apeps).

estabelecidos seus diferentes graus de probabilidade de estarem na vala⁶, realizou-se o levantamento biográfico de cada uma delas, a partir da bibliografia disponível, para, em seguida, dar início ao contato com os familiares. Após um telefonema inicial de contextualização do projeto, agendava-se uma visita com o familiar, em que os objetivos e os procedimentos do Grupo de Trabalho Perus eram detalhadamente explicados. Nesse momento também era realizada uma entrevista para o levantamento dos dados biológicos e de história de vida do desaparecido, dados que, além de servir como base para futuras buscas, também contribuem para a rematerialização do indivíduo em questão, no que concerne a sua memória. Tal estratégia pretende ser contrária àquela utilizada pela repressão, que consistia no apagamento do corpo e das ações daqueles que militavam com o regime.

As entrevistas foram transcritas e transcriadas, resultando também numa ficha que continha todos os dados compilados, assim como as fotografias e a documentação do desaparecido, obtidas pela equipe. A etapa de levantamento de dados *antemortem* objetiva também o contato frequente com os familiares e a abertura sempre contínua ao diálogo, sendo ponto de ligação entre as famílias e o projeto como um todo. Depois de quase três décadas de idas e vindas, em que os remanescentes ósseos passaram por tantas etapas e dificuldades, implicando na desconfiança por parte das famílias em relação às ações do Estado (simultaneamente perpetrador e reparador), a transparência torna-se um dos pontos cruciais desse projeto. Tal contato com os familiares dos desaparecidos também proporcionou posteriormente o agendamento da coleta de material genético para a comparação com as amostras ósseas, tema da etapa que será descrita em breve.

As análises *post mortem*, ou seja, as análises do conteúdo ósseo das 1.047 caixas é a etapa seguinte do processo. Inicia-se com a abertura das caixas, o registro de seu conteúdo, a limpeza dos remanescentes ósseos e secagem. Em seguida, a análise propriamente dita dos remanescentes esqueléticos visa ao estabelecimento de perfil biológico (inferindo-se sexo, idade, estatura), diagnóstico e à descrição de características individualizantes como variações morfológicas, patologias, traumas em vida (*antemortem*), traumas próximos ao momento da morte (*perimortem*) e características odontológicas. Todas as etapas da análise *post mortem* são devidamente documentadas por meio de registro fotográfico, fichas e tabelas para compilação dos dados, garantindo a preservação e o acesso das informações coletadas. O sistema de compilação de dados possibilita que sejam realizados os filtros dos casos mais compatíveis com os desaparecidos

6 Foram estabelecidos 5 graus de probabilidade: pessoas que foram sepultadas no Cemitério de Perus sem apresentarem no registro de entrada informação sobre o destino final do corpo após exumação administrativa; pessoas que foram sepultadas no Cemitério de Perus, sobre as quais consta o dado de que foram reinumadas na mesma sepultura onde originalmente se encontravam após a exumação administrativa; pessoas que desapareceram na cidade de São Paulo e que foram vistas no Dops e/ou DOI-Codi; pessoas que desapareceram ou passaram pela cidade de São Paulo; e pessoas cujos familiares fizeram uma solicitação de busca após a abertura da vala e que não se encaixam nas categorias anteriores.

procurados, a partir do cruzamento das características *antemortem* com as características *post mortem* coletadas nessa etapa de trabalho. Além disso, possibilita a observação de padrões relacionados aos indivíduos que compõem a vala clandestina de Perus, contribuindo para a materialização destes.

A quarta e última etapa diz respeito à coleta de amostras genéticas, tanto aquelas de referência (material sanguíneo dos familiares), quanto as amostras ósseas, coletadas a partir dos remanescentes ósseos selecionados por meio de filtros feitos pelas peritas da equipe fixa do GTP, tendo por base as características de cada um dos 41 desaparecidos, conforme já mencionado. As amostras de referência e as amostras ósseas coletadas foram enviadas em diferentes levadas (total de 750 amostras) para o International Commission for Missing Persons (ICMP), em Sarajevo, capital da Bósnia e Herzegovina. Um primeiro resultado positivo recebido do ICMP e confirmado a partir do cruzamento dos dados *antemortem* e *post mortem* foi a identificação de Dimas Antonio Casemiro, ocorrida em fevereiro de 2018.

Serão abordadas, na sequência, as conexões entre os pilares da Justiça de Transição e a Antropologia Forense preconizada pelo GTP, bem como as possíveis contribuições que esta área pode dar à aplicação da temática no contexto brasileiro.

4 Antropologia Forense e Justiça de Transição

A primeira das contribuições que a Antropologia Forense, em geral e, mais especificamente, o Grupo de Trabalho Perus, pode dar no que diz respeito à Justiça de Transição no Brasil é relacionada ao pilar da “Memória e Verdade”. Entendida como ação que vai além da análise antropológica dos remanescentes ósseos, a Antropologia Forense nos moldes do que vem sendo realizado no GTP pôde levantar novos dados de um período que, se já foi bastante estudado no que concerne a vítimas já consagradas, ainda é obscuro quando se fala na violência generalizada aplicada à sociedade como um todo.

Obviamente, as etapas da pesquisa preliminar e do levantamento de dados *antemortem* possibilitaram trazer novas informações sobre cada uma das 41 pessoas mortas e desaparecidas, além de sistematizá-las (um dos grandes meios do projeto, cujo fim maior é a identificação). Ademais, a realização de entrevistas com os familiares e a coleta de dados biológicos, de forma organizada, solidifica informações que muitas vezes se encontravam esparsas.

Contudo, entender o mecanismo da produção da documentação administrativa nos Institutos Médicos Legais e nos cemitérios, o qual acompanhou o corpo morto do indivíduo desconhecido, possibilitou perceber como uma via burocrática poderia ser utilizada como estratégia de desaparecimento, seja pelo não preenchimento de dados, seja pelo

descaso com a preservação dessa documentação. A falta de comunicação entre instituições como a Divisão de Identificação Civil e Criminal da Secretaria de Segurança Pública e o Cemitério pode acarretar, como visto na documentação, que pessoas identificadas por papiloscopia, alguns dias após a morte, ainda hoje permaneçam como desconhecidas no livro de registro do Cemitério Dom Bosco, implicando na impossibilidade de um familiar encontrar um ente querido que esteja lá sepultado.

Para além de desvelar um mecanismo cruel que é baseado na negligência, a pesquisa preliminar realizada encontrou histórias que passaram certamente esquecidas e que dizem muito sobre a violência contra a população marginalizada do período (violência que já existia e ainda hoje continua existindo). Menções a execuções feitas pelo “Esquadrão da Morte”, uma espécie de “instituição” que eliminava os indesejados e que era comandada pelo delegado Sérgio Paranhos Fleury⁷, aparecem nos laudos necroscópicos do IML/SP⁸ e são registros de uma realidade que ainda hoje é corrente.

Além dos 41 desaparecidos procurados, as análises *post mortem* também apontam para os perfis dos outros mais de mil indivíduos que tiveram seus corpos ocultados após a morte. Patologias e traumas severos não devidamente tratados, má saúde bucal e traumas associados à violência, evidenciados a partir das análises antropológicas, materializam o contexto de parte da população que, mesmo em vida, sofreu com invisibilização e marginalização, assim permanecendo até após a morte.

A análise cuidadosa de todos e de todas que se encontram na vala pode possibilitar que novas hipóteses de identidade sejam levantadas futuramente, concernentes a pessoas que desapareceram no período por motivos diversos e que podem ter tido a vala como destinação final.

Portanto, a Memória – daqueles que lutaram contra a ditadura mas também dos desconhecidos que foram marginalizados e sofreram com a violência cotidiana – e a Verdade – o escancaramento dos mecanismos de desaparecimento burocrático e das mazelas e execuções que atingiam a população em geral – são preocupações e resultados de um projeto como este.

O GTP teve a possibilidade de acessar arquivos que estão disponíveis ao público. Todavia, muitos arquivos fundamentais à pesquisa realizada em relação à temática continuam inacessíveis. Sousa Junior e Sousa (2015, p. 29) ressaltam a urgência da institu-

7 Para mais informações sobre o Esquadrão da Morte e o delegado Fleury, ver: BICUDO, Hélio. **Meu depoimento sobre o Esquadrão da Morte**. Pontifícia Comissão de Justiça e Paz de São Paulo, 1976.

8 Cita-se o caso do Desconhecido 3341, necropsiado em 19 de julho de 1970. No histórico da ocorrência, presente no laudo necroscópico, encontra-se a seguinte frase: “segundo nos informaram a vítima fora encontrada no bairro das Lavras, em Guarulhos, morta sob circunstâncias a serem esclarecidas, apresentando numerosos ferimentos perfuro-contusos localizados nas várias regiões do corpo à boca pequena dizem tratar-se de mais uma das vítimas do ‘esquadrão da morte’.” Essa documentação encontra-se no Arquivo Público do Estado de São Paulo (Apeps).

cionalização de um sistema de transparência relativo à informação e aos arquivos do período para que se realize a transição, além do resgate da memória e da verdade.

É uma preocupação do GTP a preservação de toda a documentação coletada e produzida pelo projeto, para que, mais uma vez, a transparência seja o norte de suas ações. Para isso, algumas tratativas têm sido feitas no sentido de garantir a organização da documentação e sua guarda em arquivos públicos.

Um outro pilar da justiça de transição que pode ser reconhecido no trabalho do GTP é relacionado à reparação. Por ser um projeto feito pelo Estado, cujo objetivo é a identificação de pessoas desaparecidas ou ocultadas, o GTP pode proporcionar uma resposta às famílias, seja ela positiva ou negativa. Além de contemplar o pilar da Verdade, a entrega de um corpo à família, bem como as ações realizadas para a materialização de sua Memória, pode ser entendida como uma forma de reparação por parte do Estado.

O cuidado com os remanescentes ósseos no que se refere à limpeza e ao armazenamento adequados, assim como a coleta extensiva dos dados antropológicos e a preocupação com o seu arquivamento efetivo, tornam-se, portanto, ações essenciais que contribuem para a devolução da dignidade perdida, para a reparação, e para a possibilidade de futuras identificações. Toda a pesquisa realizada, quando garantida sua preservação, é também reparação simbólica.

Com base nas informações levantadas relacionadas aos pilares da Verdade e da Memória e, certamente, bastante conectado à reparação, está o pilar da Justiça. As análises feitas nos remanescentes ósseos humanos oriundos da vala, bem como a coleta sistemática de dados sobre os 41 mortos e desaparecidos e o desvelamento do contexto de violência do período, podem auxiliar em possíveis judicializações futuras.

Por fim, chega-se ao quarto pilar, que trata da Reforma das Instituições. Entretanto, no que concerne ao GTP, o termo correto poderia ser o da criação de novas instituições dentro de um Estado que, se no passado foi violador de Direitos Humanos, no presente, ao menos em alguns de seus setores, vem apresentando ações de reparação, embora ainda pontuais. A própria criação do GTP, multidisciplinar por natureza, pode ser interpretada como um esforço no sentido de resposta e um esboço para futuras ações mais sistemáticas. Cabe destacar o intercâmbio de experiências que têm sido feito entre as profissionais da Arqueologia e Bioantropologia e os peritos oficiais (médicos e dentistas) dos Institutos Médico Legais de vários estados brasileiros, que têm participado do GTP na condição de peritos rotativos. O diálogo com a perícia oficial e as pontes criadas entre o GTP e as equipes internacionais, como as já citadas EAAF e EPAF (participantes do projeto em seu início), têm contribuído para a consolidação da área da Antropologia Forense no Brasil.

Exemplo de um novo cenário para a área é a Portaria nº 99, de 6 de junho de 2017, que cria a Equipe de Identificação de Mortos e Desaparecidos Políticos (EIMDP)⁹. A portaria foi lançada pelo Ministério dos Direitos Humanos e tem como objetivo criar uma equipe que auxilie a Comissão Especial sobre Mortos e Desaparecidos (CEMDP), criada pela Lei nº 9.140/1995, na busca e identificação de corpos de mortos e desaparecidos políticos. A equipe poderá ser composta por profissionais da História, Psicologia, Medicina, Antropologia, Odontologia, Arqueologia, Bioantropologia, Geoarqueologia, entre outros.

Outro resultado do GTP é a criação do Centro de Antropologia e Arqueologia Forense (Caaf) da Universidade Federal de São Paulo. O Centro abriga, além do GTP, o projeto “Violência de Estado no Brasil: um estudo dos crimes de maio de 2006 na perspectiva da Antropologia Forense e da Justiça de Transição”¹⁰, cujo objetivo é a investigação sobre os crimes ocorridos na Baixada Santista em maio de 2006. Órgão que vem abrigando projetos como estes pode se tornar referência em ensino e pesquisa na área, já se destacando devido aos resultados apresentados e divulgados nacional e internacionalmente em eventos científicos e pela imprensa em geral. Sendo transitório, o GTP deixa como legado um centro que deve dialogar com as demandas da sociedade em que se insere, uma vez que se trata de instituição pública. Assim, de certa forma, o Brasil abre possibilidade para o enraizamento de ações pontuais, a fim de que se tornem políticas públicas governamentais, o que já foi sinalizado em 1996, quando o país adotou o Primeiro Programa Nacional de Direitos Humanos.

5 Conclusão

A Antropologia Forense que segue a premissa delineada pelas equipes latino-americanas, frutos do inconformismo frente às violações de Direitos Humanos causadas pelas ditaduras que assolaram o continente, tem o potencial de estabelecer uma relação bastante produtiva com os pilares da Justiça de Transição – Memória e Verdade, Reparação, Justiça e Reforma das Instituições. Vista como processo abrangente de transparência e de constante diálogo com as vítimas das graves violações, esta Antropologia Forense vem sendo base para a conformação do Grupo de Trabalho Perus (GTP), projeto cujos resultados alcançados por suas etapas concomitantes e igualmente importantes tem o potencial de ser um marco para que uma política pública real possa ser implementada

9 BRASIL. Ministério dos Direitos Humanos. Portaria nº 99, de 6 de junho de 2017. Cria a Equipe de Identificação de Mortos e Desaparecidos Políticos – EIMDP para apoio aos trabalhos de busca e identificação de corpos, nos termos do art. 6º da Lei nº 9.140, de 4 de dezembro de 1995, desenvolvidos pela Comissão Especial sobre Mortos e Desaparecidos Políticos – CEMDP. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Poder Executivo, Brasília, DF, 13 de junho de 2017. n. 112, Seção 1, p. 46.

10 Para maiores informações, consultar o website do Centro de Antropologia e Arqueologia Forense (Caaf). Disponível em: <<https://www.unifesp.br/reitoria/caaf/>>. Acesso em: mar. 2018.

e que esta garanta a não repetição de um período que, por mais que traga lembranças dolorosas, não deve ser esquecido.

Referências

ABRÃO, Paulo; TORELLY, Marcelo D. Mutações do conceito de anistia na justiça de transição brasileira. **Revista Brasileira de Direito**, Rio Grande do Sul, ano 2, v. 3, p.357-379, jul.- dez. 2012.

GRECO, Heloisa. Direito à memória, à verdade e à justiça: a luta pela Anistia Ampla, Geral e Irrestrita. In: SOUSA JUNIOR, José Geraldo de. et al. **O direito achado na rua**: introdução crítica à justiça de transição na América Latina. Brasília, DF: UnB, 2015.

HATTORI, Márcia L. et al. O caminho burocrático da morte e a máquina de fazer desaparecer: propostas de análise da documentação do Instituto Médico Legal – SP para antropologia forense. **Revista do Arquivo Público do Estado de São Paulo**, v. 2, p. 1-21, 2016.

REVISTA ANISTIA POLÍTICA E JUSTIÇA DE TRANSIÇÃO. Brasília: Ministério da Justiça, n. 1 jan.- jun. 2009.

SOUSA JUNIOR, José Geraldo de; SOUSA, Nair Heloisa Bicalho de. Justiça de Transição: Direito à memória e à verdade. In: SOUSA JUNIOR, José Geraldo de et al. **O direito achado na rua**: introdução crítica à justiça de transição na América Latina. Brasília, DF: UnB, 2015.

23 VALA DE PERUS:
A ATUAÇÃO DO MPF E O
DESTERRO DA MEMÓRIA

Thaís Sales Alencar Ferreira¹

Resumo: Exumadas da vala de Perus, ossadas guardadas em caixas aguardam exame e identificação. De 1990 a 2018, a luta de familiares de mortos e desaparecidos políticos da ditadura civil-militar brasileira impediu o esquecimento de pessoas enterradas sob falsos registros. O MPF, em 2009, ajuizou ação civil pública para efetivar o direito à identificação genética dos restos mortais e responsabilizar entes federativos, instituições e pessoas que concorreram para a demora do processo. Na seara extrajudicial, o Parquet participou da formação do Grupo de Trabalho Perus, com vistas à higienização, acondicionamento correto e continuidade dos trabalhos de identificação genética das ossadas. Este artigo analisa a atuação do órgão no caso, com lastro no direito interno, nas obrigações civis decorrentes da omissão e demora do Estado brasileiro em identificar os restos mortais e devolvê-los aos familiares para digno sepultamento. Centra-se no dano resultante da vala de Perus em tríplice esfera de repercussão: nos direitos da personalidade dos desaparecidos, dos seus familiares e da sociedade brasileira.

Palavras-chave: Vala de Perus. Desaparecidos políticos. Identificação genética. Memória. Dano difuso. MPF.

Abstract: *Exhumed from Perus' grave, political disappeared bones are waiting for analysis and identification. Since 1990 until 2018, relatives of brazilian political disappeared whom missing during military dictatorship (1964-1985) fights against forgetfulness. Federal Prosecution Office, in 2009, presented class action aiming civil liability of entities, persons and brazilian State who does not identified the exhumed bones and neither explain what happened with those citizens during the military dictatorship. This is a study focusing on the Federal Prosecution Office atuation related to work of genetic identification of the remains exhumed from Perus. The mischiefs repercussions are verified in three spheres of rights: owned by political disappeared injured, their relatives and all brazilian society.*

Keywords: *Perus' grave. Political disappeared. Genetic identification. Memory. Difuse damage. MPF.*

1 Mestre em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE). Ex-assessora jurídica na PRR 5ª Região. Láurea universitária. Advogada.

1 Introdução

Em 20 de fevereiro de 2018, o Grupo de Trabalho Perus (GTP) divulgou a identificação genética de Dimas Antônio Casemiro. Os restos mortais estavam entre as ossadas exumadas da vala clandestina de Perus, aberta em 1990². Seus parentes finalmente poderão enterrá-lo. Um luto que durou quarenta e sete anos.

Dimas Antônio Casemiro foi morto entre 17 e 19 de abril de 1971 por agentes do Estado brasileiro aos 25 anos. Dirigente do MRT (Movimento Revolucionário Tiradentes), com militância anterior na Ala Vermelha e na VAR-Palmares, o destino do seu corpo permanecia ignorado até a confirmação obtida³.

À sociedade veio a lume a informação histórica: Dimas não morreu em tiroteio, como publicado em jornais de 18 de abril de 1971 e atestado no laudo necroscópico do Instituto Médico Legal (IML) subscrito por João Pagenotto e Abeylard de Queiroz Orsini. Foi assassinado e enterrado sob falsa identidade na vala clandestina de Perus, assim como outros desaparecidos políticos e vítimas de grupos de extermínio pós-ditadura⁴.

Desaparecidos políticos são um capítulo não encerrado da história e memória brasileiras. O fim da ditadura civil-militar (1964-1985) não trouxe esclarecimentos, informações e restos mortais de pessoas presas, sequestradas, torturadas e desaparecidas por agentes, instituições e particulares vinculados ao Estado. As Forças Armadas e as forças de segurança pública não reconheceram a responsabilidade por atos sistemáticos de eliminação de pessoas, em recalcitrância que emperra processos de retomada e apuração da memória.

A vala de Perus é um caso emblemático por conta do modo como o Estado brasileiro, as Forças Armadas e as instituições lidam com os desaparecidos políticos. Há violação aos direitos à imagem e honra dos desaparecidos, cujo paradeiro não se esclareceu e corpos permanecem ignorados; aos direitos da personalidade dos familiares, afetados nas integridades física e psíquica, vítimas do túmulo vazio; e ao direito de acesso à informação da sociedade brasileira, de saber o que aconteceu com estas pessoas, como foram mortas, torturadas, que agentes são responsáveis e onde estão os restos mortais.

2 A notícia da identificação genética de Dimas Antônio Casemiro foi divulgada em vários meios de comunicação, inclusive no site do Ministério dos Direitos Humanos e da Universidade Federal de São Paulo (Unifesp). Esta integra o Grupo de Trabalho Perus (GTP). Disponível em: <<http://www.mdh.gov.br/noticias/2018/fevereiro/grupo-de-trabalho-perus-identifica-restos-mortais-do-militante-politico-dimas-antonio-casemiro>>; e em: <<http://www.unifesp.br/boletins-anteriores/item/3186-grupo-de-trabalho-perus-identifica-restos-mortais-de-militante-politico>>. Acesso em: 29 mar. 2018.

3 Informações do perfil de Dimas Antônio Casemiro no site da Comissão Especial sobre Mortos e Desaparecidos Políticos (CEMDP). Disponível em: <<http://cempdp.sdh.gov.br/modules/desaparecidos/acervo/ficha/cid/356>>. Acesso em: 29 mar. 2018.

4 Além de desaparecidos políticos, investigações indicam a inumação na vala comum de Perus de vítimas de grupos de extermínio e esquadrões da morte no estado de São Paulo, bem como de crianças mortas na epidemia de meningite que afetou o município na década de 70, mas cuja divulgação a ditadura civil-militar abafou.

A memória é um perene processo de construção coletiva que cria acervo sobre fatos passados e se projeta no presente. É possível identificar repercussão do dano resultante da não identificação das ossadas exumadas da vala de Perus nas esferas individual, coletiva e difusa de titularidades.

O agir do Ministério Público Federal (MPF), no âmbito judicial e administrativo, foi determinante para impulsionar os trabalhos de identificação genética das ossadas de Perus. A propositura, em 2009, de ação civil pública com pedidos cominatórios e indenizatórios contra a União, o estado de São Paulo, pessoas jurídicas e físicas representou marco na tutela cível de direitos humanos, fundamentais e da personalidade, violados na ditadura civil-militar.

A condução firme do processo, sem prejuízo do diálogo, culminou no acordo celebrado em 27 de novembro de 2017 para continuidade do Grupo de Trabalho Perus e do Centro de Antropologia e Arqueologia Forense (Caaf), que o integra. Segue em curso a ação civil pública quanto aos demais pedidos.

A atuação ministerial no caso Perus é um exemplo de coexistência da defesa judicial de direitos individuais homogêneos, coletivos e difusos e da tutela extrajudicial desses mesmos direitos, com vistas à eficácia dos resultados e à real solução do conflito. O MPF conduziu, dentro e fora do processo, diálogos, mesas de negociações, recomendações, termos de cooperação e ajustamento de conduta, e intermediou ajustes entre familiares dos desaparecidos, entes federativos, autarquias, entidades e órgãos públicos nacionais e estrangeiros para continuidade dos trabalhos de limpeza, acondicionamento adequado, separação, catalogação e identificação genética das ossadas retiradas da vala de Perus.

Este artigo analisa a atuação ministerial neste caso, com ênfase nos esforços para mitigar o dano resultante do fato e nas medidas para assegurar respeito à memória de brasileiros desaparecidos durante a ditadura-civil militar.

2 A vala clandestina de Perus

Entende-se como caso um fato, individual ou coletivo, contextualizado, cujas características e importância justificam análise. Nem todos os fatos constituem casos que mereçam estudo (MARTINS, 2006). A vala de Perus é um caso digno de exame por várias razões.

Primeiro por envolver valores fundamentais: o impedimento a sepultamento digno de pessoas, a clandestinidade de ossos inumados para encobrir provas e culpabilidades. Segundo pela alarmante passagem do tempo e pela ausência de identificação genética do material humano exumado. Terceiro porque é aviltante, excedidas décadas, deixar

famílias e toda a sociedade sem respostas sobre a identidade e o destino de cidadãos indignamente enterrados.

Em 4 de setembro de 1990, foi aberta vala clandestina no cemitério Dom Bosco, em São Paulo. Nela havia 1.049 ossadas sem identificação. Luiza Erundina, então prefeita, determinou a apuração dos fatos e firmou convênio entre o Município, o estado de São Paulo e a Universidade Estadual de Campinas (Unicamp)⁵ para identificar os restos mortais.

No início de 1970, já corria informação nos meios policiais sobre corpos de militantes políticos enterrados, sob falsos registros, no cemitério de Perus (FON, 1979). Familiares de desaparecidos descobriram que alguns deles foram enterrados no cemitério Dom Bosco⁶, inaugurado em 1971 pelo então prefeito Paulo Maluf, no bairro de Perus⁷. O projeto inicial incluía um crematório e levantou suspeitas até mesmo da empresa contratada para executá-lo. Entre 1971 e 1973, ao menos 25 pessoas foram lá enterradas com identidades verdadeiras ou com nomes falsos (HESPANHA, 2012).

Em 1975, após reforma no cemitério, os restos mortais de duas quadras foram exumados. Descartado o projeto de crematório, as ossadas ficaram amontoadas e, em 1976, foram depositadas em vala comum sem identificação. Assim surgiu a vala clandestina de Perus.

A Câmara Municipal de São Paulo (CMSP) instaurou, em 5 de outubro de 1990, a Comissão Parlamentar de Inquérito Perus: desaparecidos políticos⁸. Durante meses, colheu depoimentos de familiares das vítimas, ex-presos políticos, testemunhas e agentes públicos⁹.

No âmbito executivo, as ossadas exumadas foram encaminhadas à Unicamp em 1991, sob a responsabilidade do Departamento de Medicina Legal, quando se identifica-

5 Os trabalhos ficaram sob a condução do Departamento de Medicina Legal da Faculdade de Ciências Médicas da Unicamp, coordenado, à época, pelo professor Fortunato Antônio Badan Palhares. Os familiares dos desaparecidos e ativistas de direitos humanos opuseram-se à análise das ossadas pelo IML de São Paulo, em vista da participação deste órgão na ocultação de cadáveres e elaboração de laudos médicos falsos, usados para encobrir as reais causas de morte nos centros de repressão.

6 Irene Silva, tia de Iara Xavier Pereira, Iuri Xavier Pereira e Alex de Paula Xavier Pereira, descobriu que os dois últimos, desaparecidos políticos militantes da Ação Libertadora Nacional (ALN), foram enterrados no cemitério de Perus. Em dezembro de 1973, o marido de Irene, que coincidentemente comprara uma sepultura naquele cemitério, faleceu. Na ocasião, Irene procurou, nos registros administrativos, dados sobre os sobrinhos e achou Iuri. Voltou ao cemitério com matéria de jornal que noticiara confronto de "terroristas" com a polícia e localizou a sepultura de Alex de Paula Xavier, enterrado com o nome de João Maria de Freitas. Ao retornar do exílio em 1979, Iara Xavier Pereira recebeu a informação da tia e compartilhou com os demais familiares de desaparecidos políticos no III Encontro Nacional dos Movimentos de Anistia, no Rio de Janeiro. A partir de então, os familiares, mesmo sob ameaça, voltaram esforços para o cemitério de Perus a fim de localizar os restos mortais de seus parentes.

7 O bairro de Perus se localiza na região do Vale do Juqueri e da Serra da Cantareira, na zona noroeste da capital São Paulo.

8 A CPI foi integrada pelos vereadores Julio César Caligiuri Filho, do Partido Democrático Trabalhista (PDT), Ítalo Cardoso e Teresa Lajolo, do Partido dos Trabalhadores (PT) e Aldo Rebelo, depois substituído por Vital Nolasco, do Partido Comunista do Brasil (PC do B).

9 De 5 de outubro de 1990 a 15 de maio de 1991, foram realizadas 42 sessões ordinárias e uma extraordinária e ouvidas 82 pessoas. Dentre estas, dois ex-governadores, Roberto de Abreu Sodré e Paulo Maluf, um coronel do Exército, delegados, policiais militares, investigadores e escrivães do Dops, médicos-legistas e servidores do Serviço Funerário Municipal.

ram os restos mortais de Frederico Eduardo Mayr e Dênis Casemiro¹⁰. Após, sobreveio a confirmação do reconhecimento de Sônia Maria Moraes Angel Jones, Antônio Carlos Bicalho Lana e Helber José Gomes Goulart, localizados em sepulturas específicas¹¹.

Entretanto, os trabalhos foram interrompidos e as ossadas, armazenadas de forma inapropriada¹².

Em junho de 1996, a Unicamp informou ao Ministério da Justiça que José Eduardo Bueno Zappa assumira a coordenação dos trabalhos em substituição ao perito Fortunato Badan Palhares. Na época, descobriu-se que amostras de algumas ossadas e sangue de familiares das vítimas foram enviadas à Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG) para exames de confrontação, sem resultados conclusivos.

Apenas em 1997, a Unicamp deu por encerrado o trabalho de identificação e publicou relatório¹³, examinado por comissão conjunta das Secretarias de Segurança Pública e de Justiça e Defesa da Cidadania de São Paulo. Estas atestaram que: a) o laudo da Unicamp era inconclusivo e deveria conter fitas de vídeo e fotografias comprobatórias do processo de catalogação das ossadas realizado no próprio cemitério de Perus; b) seis documentos emitidos, quando da identificação dos militantes políticos, não foram sequer assinados nem impressos em papel timbrado; c) houve total abandono das ossadas, cuja transferência para órgão que continuasse os trabalhos era urgente.

Em 1999, familiares solicitaram a intervenção do Ministério Público Federal (MPF)¹⁴. Em 2001, a Secretaria de Segurança Pública de São Paulo retirou as ossadas da Unicamp com destino ao Instituto Médico Legal (IML), onde ficariam sob responsabilidade de Daniel Munõz, médico do Instituto Oscar Freire e professor da Universidade de São Paulo (USP). O acordo era de o trabalho não ser conduzido pelo IML¹⁵, mas pelo docen-

10 Ambos estavam na vala comum de Perus. Disponível em: <http://www.unicamp.br/unicamp/unicamp_hoje/ju/mar2001/ossopa-g4e5.html>. Acesso em: 28 mar. 2018.

11 Em investigações particulares, familiares identificaram desaparecidos políticos em sepulturas individuais do cemitério de Perus. Em algumas destas sepulturas, estavam os despojos de duas ou mais pessoas. As sete pessoas identificadas até então não demandaram grandes trabalhos da equipe da Unicamp, uma vez que os restos mortais dos dois primeiros militantes mostravam-se evidentes pelas características com as quais foram encontrados. Da mesma forma, as outras cinco pessoas identificadas, incluídas Maria Lúcia Petit da Silva, trasladada de Xambioá (TO), e Emanuel Bezerra dos Santos, descoberto no cemitério de Campo Grande (SP), partiram da análise de sepulturas específicas, a exigir somente o estudo de compatibilidade entre restos mortais já determinados relativamente à pessoa também previamente determinada.

12 Documentos anexos à petição inicial da Ação Civil Pública nº 0025169-85.2009.4.03.6100, ajuizada pela Procuradoria da República em São Paulo com vistas a apurar a responsabilidade civil objetiva das pessoas jurídicas de direito público e a subjetiva dos agentes públicos responsáveis pela identificação das ossadas de Perus, comprovam o estado deplorável em que as ossadas foram encontradas na Unicamp.

13 Disponível em: <http://www.unicamp.br/unicamp/unicamp_hoje/ju/mar2001/ossopag2e3.html>. Acesso em: 28 mar. 2018.

14 Em setembro de 1999, o Inquérito Civil Público nº 06/1999 foi instaurado na Procuradoria da República em São Paulo a partir de representação do Grupo Tortura Nunca Mais Rio de Janeiro. A notícia era de injustificada demora na identificação de ossadas de militantes políticos exumadas de algumas sepulturas individuais e da vala clandestina no cemitério de Perus.

15 Os familiares de desaparecidos políticos rechaçaram a participação efetiva do IML por este haver sido um dos órgãos públicos que encobriam as torturas e a ocultação de cadáveres, com falsificação de laudos necroscópicos, na ditadura civil-militar.

te da USP, com subordinação direta àquela Secretaria e à Superintendência da Polícia Científica de São Paulo, que realizaria os exames de DNA.

Pouco se fez. Apenas despojos presumivelmente de sete desaparecidos foram levados ao IML. Os demais foram depositados no columbário do Cemitério do Araçá, em São Paulo, sem condições adequadas.

Em 2005, identificou-se a ossada de Flávio de Carvalho Molina e, em 2006, a de Luiz José da Cunha¹⁶, a partir de exames de DNA realizados por laboratório particular contratado pela Comissão Especial sobre Mortos e Desaparecidos Políticos (CEMDP), a requerimento do MPF. Em agosto de 2008, também por iniciativa do MPF, confirmou-se a identificação dos restos mortais de Miguel Sabat Nuet, encontrado em vala específica no cemitério Dom Bosco.

Passadas mais de duas décadas da abertura da vala comum, não houve providências sistemáticas dos entes federativos para identificar as ossadas, que permaneceram, entre 31 de maio de 2001 e 11 de setembro de 2014, no columbário do cemitério do Araçá¹⁷.

A inércia levou a Procuradoria da República em São Paulo a ajuizar, em 26 de novembro de 2009, ação civil pública (ACP)¹⁸ contra a União, o estado de São Paulo, a Unicamp, a UFMG, a USP e as pessoas físicas incumbidas da análise. A questão saiu do âmbito administrativo e foi judicializada.

Por impulso do MPF, da CEMDP e dos familiares de desaparecidos políticos, sobreveio a Portaria nº 1.267, de 6 de novembro de 2013, da Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República (SDH/PR), que criou o Grupo de Arqueologia e Antropologia Forense (Gaaf) com a finalidade de adotar medidas para a busca, localização, identificação arqueológica e antropológica de espaços e restos mortais de desaparecidos políticos. Essa portaria não era específica para o trabalho de identificação das ossadas de Perus, mas o incluía em seus escopos.

16 As duas não estavam na vala comum, mas em sepulturas individuais. Por vezes, estas sepulturas também possuíam mais de um corpo.

17 As ossadas foram transferidas para o columbário do cemitério do Araçá em 31 de maio de 2001 e lá ficaram, sem passar por qualquer análise, até 11 de setembro de 2014, quando parte delas foi trasladada para a Unifesp. Reportagem da revista Carta Capital, edição de 11 de fevereiro de 2015, relatou que 433 caixas com material humano foram transferidas para o laboratório da Unifesp. Dessas, 112 passaram por análises entre outubro e dezembro de 2014. (Fonte: PELLEGRINI, Marcelo. O crime perfeito da ditadura. **Carta Capital**, São Paulo, 11 fev. 2015, p. 38-39. Disponível em: <<https://www.cartacapital.com.br/revista/836/contribuicoes-para-um-crime-perfeito-5962.html>>.) Após violações ao columbário do cemitério do Araçá, enquanto aguardavam o término da reforma do imóvel que hoje abriga o laboratório da Unifesp e o CAAF, as 633 caixas remanescentes ficaram sob custódia do MPF, em uma sala-cofre no subsolo da Procuradoria Regional da República da 3ª Região, em São Paulo. O transporte das caixas para a sede do MPF foi realizado em 15 de agosto de 2015 pela Polícia Federal e pelo Serviço Funerário Municipal, com escolta da Guarda Civil Metropolitana. Em 1º de agosto de 2017, a assessoria da Unifesp informou que, das 1.048 caixas, 698 foram abertas e limpas. Nelas foram encontradas ossadas de 504 homens adultos, 141 mulheres adultas e 49 classificados como "indivíduos subadultos", que têm até aproximadamente 20 anos de idade. As análises mostraram 27 com lesões produzidas por projéteis de fogo e 245 com lesões perimortem (de todos os tipos). Disponível em: <<http://www.redebrasilatual.com.br/cidadania/2015/08/ossadas-de-perus-ficam-sob-a-guarda-do-ministerio-publico-5799.html>> e em: <<http://www.redebrasilatual.com.br/cidadania/2017/08/recursos-atuais-nao-garantem-manutencao-do-projeto-de-perus-diz-unifesp>>. Acesso em: 28 mar. 2018.

18 A Ação nº 0025169-85.2009.4.03.6100, ajuizada em 26 de novembro de 2009, foi instruída com o ICP nº 06/99.

Apenas em 26 de março de 2014, a Secretaria de Direitos Humanos e Cidadania do Município de São Paulo (SMDHC/SP), a Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República (SDH/PR), a Comissão Especial sobre Mortos e Desaparecidos Políticos (CEM-DP), a Universidade Federal de São Paulo (Unifesp) e a Comissão de Direitos Humanos e Minorias da Câmara dos Deputados (CDHM) assinaram protocolo de intenções¹⁹ com o objetivo de analisar as ossadas da vala clandestina de Perus.

Em 4 de setembro de 2014, exatos vinte e quatro anos de aberta a vala, sessão pública na Assembleia Legislativa de São Paulo anunciou a criação do Grupo de Trabalho Perus, instituído pela Portaria nº 620, de 9 de outubro de 2014, da SDH/PR, com o fim específico de identificar os restos mortais exumados do Cemitério Dom Bosco, especialmente da vala clandestina.

Nos dias 10 e 11 de setembro de 2014, finalmente, 433 caixas foram trasladadas do columbário do Cemitério do Araçá, em São Paulo, para laboratório da Unifesp.

As demais caixas, antes de acondicionamento definitivo em prédio próprio do Grupo de Trabalho Perus, ficaram custodiadas em sala-cofre do edifício-sede da Procuradoria Regional da República da 3ª Região, para onde foram levadas em 15 de agosto de 2015.

Instalado o Grupo de Trabalho Perus e constituído o Centro de Antropologia e Arqueologia Forense, os trabalhos foram retomados com a higienização das ossadas, catalogação, acondicionamento correto, separação e coleta de material genético de familiares para confronto. Em 20 de fevereiro de 2018, das mãos do diretor da International Commission on Missing Persons (ICMP), veio o resultado confirmatório que uma das ossadas era de Dimas Antônio Casemiro.

2.1 Dever estatal de identificar e devolver os corpos para sepultamento digno - a informação como direito difuso e elemento constitutivo de memória

Desaparecidos políticos são aqueles cujos corpos não foram localizados, identificados e entregues, pelo Estado brasileiro, aos familiares até hoje. Deles nunca houve o

19 De acordo com o protocolo de intenções, coube à SMDHC/SP acompanhar todas as etapas do trabalho de análise e identificação dos restos mortais encontrados no Cemitério Dom Bosco; auxiliar a CEMDP na viabilização das condições técnicas necessárias para a identificação, sobretudo no que se refere à coleta dos dados *ante mortem*; garantir a participação de familiares de mortos e desaparecidos políticos em todas as etapas do processo; e oferecer hospedagem para as equipes internacionais que participarão das atividades. À SDH/PR coube coordenar todas as ações para a consolidação do objetivo do protocolo, com aporte de recursos necessários e garantia de participação do Grupo de Arqueologia e Antropologia Forense (Gaaf), também disponibilizar recursos suficientes à contratação de técnicos, laboratórios, especialistas e demais profissionais, incluindo estrangeiros. A Unifesp incumbiu-se de disponibilizar local adequado para a realização dos trabalhos; destacar representante de seu corpo técnico/docente para acompanhar o trabalho científico a ser realizado pelo Gaaf, em auxílio das equipes internacionais; e realizar, sob a orientação da SDH/PR, a contratação de técnicos, laboratórios, especialistas e demais profissionais atuantes na análise dos restos mortais.

reconhecimento oficial de que foram presos, torturados e mortos, tampouco se informou o paradeiro após a privação de liberdade.

O termo *desaparecido* é usado para definir a condição daquelas pessoas que, apesar de terem sido seqüestradas, torturadas e assassinadas pelos órgãos de repressão, as autoridades governamentais jamais assumiram suas prisões e mortes. São até hoje consideradas pessoas foragidas pelos órgãos oficiais. Neste caso, as famílias buscam esclarecer as circunstâncias da morte e a localização dos corpos. O termo *morto oficial* significa que a morte das pessoas presas foi reconhecida publicamente pelos órgãos repressivos. No entanto, muitas vezes, é necessário ainda localizar os restos mortais que foram enterrados com nomes falsos – num flagrante ato de ocultação de cadáveres, já que as autoridades oficiais sabiam a verdadeira identidade dos mortos. Na maioria das vezes, a versão policial da morte é totalmente falsa. (ARAÚJO, 1995, p. 25)

Há um tratamento jurídico solene da morte e, por consequência direta, do cadáver. Os direitos que se vinculam a este se justificam pelo fato de haver sido o suporte material da vida humana, como desdobramento dos direitos da personalidade daquele a quem permitiu viver. É coisa extracomércio, vinculada a afeições legítimas dos familiares. Para além do corpo, a tutela jurídica se estende aos ritos de passagem e despedida²⁰.

Hersilio de Souza (1924) descreve a crença romana quanto ao destino do cadáver:

No primitivo Direito Romano dispunha a Lei das XII Taboas que - “nenhum morto fosse enterrado ou queimado na cidade” (ACCARIAS, 1882, 192 e notas) - Nada mais. Depois Gaio ensinou e as Institutas, L. 2^o, tit. 1^o repetiram, que as cousas sagradas, sanctas e religiosas, *não eram do domínio de ninguém*; e que, religiosas eram as que *encerravam algum cadaver*. Os romanos tinham a supertição de que, não inhumando ou cremando o cadaver, a alma do defunto soffria a provocava desgraças para a família.(SOUZA, 1924, p.102-103)

20 Além dos crimes contra o respeito aos mortos (impedimento ou perturbação de cerimônia funerária, violação de sepultura, destruição, subtração ou ocultação de cadáver e vilipêndio a cadáver – arts. 209 a 212 do Código Penal), também há tutela do luto no art. 244, II, do Novo Código de Processo Civil, que proíbe a citação, salvo para evitar o perecimento do direito, ao cônjuge, companheiro ou qualquer parente do morto, consanguíneo ou afim, em linha reta ou colateral em segundo grau, no dia do falecimento e nos sete dias seguintes ao óbito.

O art. 42 do Código Criminal do Império (Lei de 16 de dezembro de 1830)²¹ prescrevia ser possível aos familiares do executado recuperar o corpo para as cerimônias fúnebres, desde que estas não fossem ostensivas. A mesma lei que previu pena de morte²² cuidou da entrega do corpo aos familiares para os ritos finais.

O cadáver, embora não tenha personalidade jurídica, extinta com a morte, é sujeito de direitos, inclusive de direitos da personalidade (LÔBO, 2012). O conceito de sujeito de direito não se confunde com o de pessoa. Enquanto esta é o sujeito de direito com capacidade plena ou ilimitada na ordem civil, aquele é dotado de capacidade civil limitada à sua proteção ou à consecução de seus fins.

Rabindranath V. A. Capelo de Sousa (1995), em comentário à tutela geral da personalidade do morto no direito português, expõe argumentos aplicáveis ao ordenamento jurídico brasileiro:

Com a morte de uma pessoa física cessa, pelo menos neste mundo, a sua actividade característica e extingue-se, nos termos do nº 1 do art. 68 do Código Civil, a sua personalidade jurídica, ou seja, a sua aptidão para ser sujeito de relações jurídicas. Porém, isso não impede, desde logo, que haja bens da personalidade física e moral do defunto que continuam a influir no curso social e que, por isso mesmo, perduram no mundo das relações jurídicas e como tais são autonomamente protegidos. É particularmente o caso do seu cadáver, das partes destacadas do seu corpo, da sua vontade objectivada, da sua identidade e imagem, da sua honra, do seu bom nome e da sua vida privada, das suas obras e das demais objectivações criadas pelo defunto e nas quais ele tenha, de modo muito pessoal, imprimido a sua marca. E, mais até do que uma mera tutela de bens jurídicos, a nossa lei estabelece uma permanência genérica dos direitos da personalidade do defunto após a sua morte, ao preceituar o art. 71º, nº 1, do Código Civil que <os direitos de personalidade gozam igualmente de protecção depois da morte do respectivo titular>. Ou seja, o nosso Código Civil, por considerar que esses direitos *post mortem* continuam a corresponder a interesses próprios afirmados ou potenciados em vida do defunto e como tais juridicamente relevantes, como que os hipostasia, separadamente e apesar da extinção jurídica do seu titular, declarando a continuação desses mesmos direitos,

21 "Art. 42. Os corpos dos enforcados serão entregues a seus parentes, ou amigos, se os pedirem aos Juizes, que presidirem á execução; mas não poderão enterra-los com pompa, sob pena de prisão por um mez á um anno." Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/LIM/LIM-16-12-1830.htm>. Acesso em: 28 mar. 2018.

22 "Art. 38. A pena de morte será dada na forca." Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/LIM/LIM-16-12-1830.htm>. Acesso em: 28 mar. 2018.

não dependentes de uma vida actual, embora recolque noutros termos a questão da sua titularidade [...].(SOUSA, 1995, p. 188-193)

Para Adriano de Cupis (2004), se a personalidade não existe depois da morte, nem por isso o cadáver deixa de ser considerado pelo ordenamento jurídico. O corpo humano, extinta a vida, torna-se coisa *extra commercium*, que não pode ser objeto de direitos privados patrimoniais.

A partir de tais premissas, é possível reconhecer o dano a direitos da personalidade, ou aos desdobramentos destes, dos desaparecidos políticos, cuja honra, imagem e próprios corpos permanecem violados até hoje, com ausência de localização, identificação genética e informações a respeito.

A desbordar desta esfera de titularidade, existe o dano causado aos familiares das vítimas, atingidos em suas integridades física e psíquica pela impossibilidade de enterrar seus mortos, obter informações sobre os desaparecimentos forçados e o paradeiro de entes queridos.

Em 24 de novembro de 2010, a Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH) condenou o Brasil por violação ao Pacto de São José da Costa Rica (Convenção Americana sobre Direitos Humanos), no caso Gomes Lund. Familiares de mortos e desaparecidos políticos da Guerrilha do Araguaia peticionaram à Comissão de Direitos Humanos (CIDH) e esta levou o caso à Corte IDH.

No julgamento, ficou consignado que “a privação do acesso à verdade dos fatos sobre o destino de um desaparecido político constitui uma forma de tratamento cruel e desumano para os familiares próximos” e declarou-se que o Brasil impinge aos familiares “sofrimento e angústia, além de ter provocado neles um sentimento de insegurança, frustração e impotência diante da abstenção das autoridades públicas de investigar os fatos”²³.

Em síntese, o Estado brasileiro foi declarado responsável pelo desaparecimento forçado de vítimas da ditadura civil-militar e por violação dos direitos ao reconhecimento da personalidade jurídica, à vida, à integridade e à liberdade pessoal, estabelecidos nos artigos 3, 4, 5 e 7 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, bem como pela violação à integridade pessoal dos familiares dessas vítimas.

Observa-se, ainda, uma outra dimensão do dano resultante do desaparecimento forçado de pessoas na ditadura civil-militar: a lesão ao direito difuso de toda a sociedade à informação.

23 Íntegra da sentença da Corte Interamericana de Direitos Humanos no sítio eletrônico da Procuradoria Regional da República da 3ª Região. Disponível em: <<http://www.prr3.mpf.mp.br/arquivos?func=fileinfo&id=2847>>. Acesso em: 28 mar. 2018. Outras fontes do caso Araguaia: (WEICHERT apud BRASIL. Ministério da Justiça. Comissão de Anistia, 2012); (KOIKE, 2014).

A Constituição consagra o direito fundamental à informação²⁴, pressuposta a vulnerabilidade do administrado quanto ao Estado. Isto é, na relação vertical entre cidadão e Estado, este deve fornecer de modo correto, claro, preciso, tempestivo e, ainda, eficiente, informações de interesse particular ou coletivo.

Na outra face do dever de informar, situa-se o direito à informação, que pertence a cada indivíduo e também a toda a sociedade. Os direitos difusos, objetivamente, são necessários para a realização de comandos constitucionais, inclusive de direitos fundamentais.

Esse fenômeno é descrito por Larissa Leal (2015):

É certo que ainda há resistência à utilização dos *danos difusos* como categoria autônoma, preferindo a doutrina e o Judiciário a utilização de termos como danos coletivos ou danos transindividuais. Todavia, não há como negar a existência de interesses difusos, transpostos para o domínio da tutela jurídica sob as vestes dos chamados direitos fundamentais de terceira geração. Havendo, pois, os interesses, a lesão contra eles praticada somente poderá configurar dano a esses mesmos interesses, razão pela qual optamos pela utilização do termo danos difusos. Os danos são difusos, mas as lesões não serão menos graves ou perceptíveis. (LEAL, 2015, p.263-275)

O direito de saber quem são os brasileiros cujas ossadas ainda não foram identificadas é individual, coletivo e difuso. Individual por ser titularizado pelas vítimas diretamente afetadas, cujos direitos da personalidade remanescentes são objeto de tutela jurídica; coletivo sob a perspectiva dos familiares, quer como legitimados extraordinários à tutela dos direitos dos desaparecidos, quer como titulares de direitos da personalidade próprios; e difuso no viés da informação histórica, interesse de natureza indivisível, titularizado por pessoas indeterminadas, ligadas por circunstância fática.

A amplitude do referencial dos interesses envolvidos transcende a dicotomia privado *versus* público, individual *versus* coletivo, e exige um olhar sofisticado para essa nova espécie de dano, cuja configuração independe de qualquer abalo à integridade moral ou patrimonial dos cidadãos. A lesão se dá *ipso facto*.

Negar, por décadas, informações históricas ou divulgá-las distorcidamente, induzindo familiares e a sociedade a erro, é conduta ilícita que fere a higidez normativa do ordenamento jurídico. Há um fator a mais. A informação de que se trata é de cunho histórico, de modo que a sua negativa é ainda mais prejudicial por impedir a formação da memória.

24 Art. 5º, incisos XIV, XXXIII e XXXIV, da CR/1988.

Se existe o direito à informação clara, correta e precisa, em todas as áreas do conhecimento²⁵, quando se trata de informação histórica, esse direito é transgeracional. Isso porque informações históricas distorcidas, veiculadas de modo perene e repetitivo, ou simplesmente negadas, diminuem o reconhecimento de direitos pelos cidadãos. O silêncio também é uma forma contraditória de fazer com que prevaleçam informações incorretas. No caso, o silêncio do Estado faz desaparecer novamente quem já desapareceu.

Identificadas as esferas de titularidade de direitos e as espécies de danos decorrentes de sua violação, passa-se ao dever estatal de localizar, identificar e devolver os restos mortais dos desaparecidos políticos aos familiares e à sociedade. Leis específicas prescrevem o dever de localizar, identificar e devolver os restos mortais dos desaparecidos políticos.

O art. 4º da Lei nº 9.140/1995 criou a Comissão Especial sobre Mortos e Desaparecidos Políticos (CEMDP)²⁶, que tem, entre outras, a atribuição de proceder ao reconhecimento de pessoas desaparecidas e envidar esforços para a localização dos corpos no caso de existência de indícios quanto ao local em que possam estar depositados.

Posteriormente, o art. 3º, II e IV, da Lei nº 12.528/2011, que criou a Comissão Nacional da Verdade (CNV), reforçou o dever estatal de localizar e identificar os corpos dos desaparecidos políticos. Segundo esse dispositivo, entre os objetivos da CNV, estão o de esclarecer os fatos e as circunstâncias dos casos de graves violações de direitos humanos, o de promover o esclarecimento circunstanciado de torturas, mortes, desaparecimentos forçados, ocultação de cadáveres e sua autoria, ainda que ocorridos no exterior, e de encaminhar aos órgãos públicos competentes toda e qualquer informação obtida que possa auxiliar na localização e identificação de corpos e restos mortais de desaparecidos políticos, nos termos do art. 1º da Lei nº 9.140/1995.

No âmbito constitucional, os incisos XIV, XXXIII e XXXIV do art. 5º da CR/1988 tratam do acesso amplo à informação, que refletem a opção democrática por publicidade e transparência na esfera pública e reforçam o dever estatal de informar, o que, no caso, inclui identificar os restos mortais exumados.

25 No Direito, cita-se o dever de fundamentação das decisões judiciais (art. 93, IX, da CR/1988); o dever do fornecedor de prestar informação e o direito do consumidor de recebê-la de forma clara, precisa, limpa e correta (art. 4º, IV, 6º, III, 30, 36, parágrafo único, 37, § 1º, da Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, o Código de Defesa do Consumidor).

26 Em 25 de julho de 2014, a presidente da República designou a procuradora regional da República Eugênia Augusta Gonzaga Fávero para exercer as funções de membro e presidente da CEMDP. Eugênia Gonzaga e o procurador regional da República Marlon Weichert foram pioneiros na instauração de procedimentos extrajudiciais na Procuradoria da República em São Paulo, com vistas a apurar a responsabilidade civil do Estado pela não identificação dos restos mortais de desaparecidos políticos. Ela é uma das subscritoras da Ação Civil Pública nº 0025169-85.2009.4.03.6100, cujo objeto é impedir solução de continuidade na identificação das ossadas exumadas do cemitério Dom Bosco, em Perus.

2.2 A atuação do MPF no caso

Décadas após o término da ditadura civil-militar no Brasil, a busca da responsabilidade civil do Estado por atos ilícitos de seus agentes ainda encontra resistência.

A interpretação dada à Lei nº 9.140/1995 manteve a questão dos desaparecidos políticos na dimensão privada, restrita às famílias das vítimas. O tratamento reduzido à indenização pecuniária exigia legitimidade e esta foi reconhecida às pessoas listadas no art. 10 da Lei nº 9.140/1995²⁷, habilitadas à persecução de valores.

O debate sobre titularidade do direito e legitimidade da pretensão reparatória se alargou com a postura do Ministério Público Federal de investigar as circunstâncias das mortes e cobrar a localização dos despojos das pessoas assassinadas na repressão. Foi a primeira vez que o poder público assumiu as investigações na sua plenitude e o tema dos desaparecidos políticos atingiu a dimensão social que possui.

Com a entrada do MPF nas investigações civis e penais, os desaparecimentos motivados por atividades políticas passaram a ser vistos sob o prisma transindividual, como interesse e direito difuso da sociedade brasileira à informação histórica.

Essa nova legitimidade não exclui a dos familiares das vítimas, mas se dá em paralelo. Remanesce o direito individual de cada cônjuge, pai, mãe, filho, filha, irmão, irmã de ajuizar pretensão reparatória contra o Estado, seja em busca de indenização pecuniária ou de provimento jurisdicional condenatório ou declaratório²⁸.

A novidade está na legitimidade extraordinária do MPF, que possui como função institucional zelar pelo efetivo respeito aos direitos assegurados na Constituição e a outros interesses difusos e coletivos (CR, art. 129, III). É justamente nessa hipótese aberta que se encaixa o tema dos desaparecidos políticos.

Ademais, embora o MPF seja uma instituição própria, ente constitucional com autonomia funcional e administrativa (CR/1988, art. 127, § 2º), a sua atuação para incitar o Estado a agir, localizar e identificar os restos mortais dos desaparecidos políticos representa uma resposta pública à questão.

O MPF não assume a responsabilidade que é do Estado de informar as circunstâncias das mortes e localizar os corpos, mas atua, dentro de suas funções institucionais, para impelir o Estado a cumprir dever imposto por lei, inclusive a Lei Maior. Os desa-

27 "Art. 10. A indenização prevista nesta Lei é deferida às pessoas abaixo indicadas, na seguinte ordem: I – ao cônjuge; II – ao companheiro ou companheira, definidos pela Lei nº 8.971, de 29 de dezembro de 1994; III – aos descendentes; IV – aos ascendentes; V – aos colaterais, até o quarto grau."

28 Além das ações indenizatórias ajuizadas contra indeferimento de pedidos de indenização pela CEMDP ou para reapreciação dos valores deferidos na instância administrativa, algumas famílias ajuizaram ações contra o Estado brasileiro, e contra ex e atuais agentes públicos em busca de provimentos jurisdicionais específicos. Os pedidos são variados: declaratórios, declaração de que determinado agente foi um torturador, de que ex-presos políticos foram torturados nas dependências de órgãos de repressão; desconstitutivos, como o pedido de exoneração de militares das Forças Armadas, de afastamento de torturadores de cargos e funções públicas e de retificação de certidões de óbito com falsa *causa mortis*; e condenatórios, a exemplo das indenizações.

parecidos políticos constituem interesse histórico, indispensável para a construção da democracia, e não apenas um problema humanitário restrito aos familiares.

No Caso Perus, em 26 de novembro de 2009, a Procuradoria da República em São Paulo ajuizou a Ação Civil Pública nº 0025169-85.2009.4.03.6100 contra a União, o estado de São Paulo, a Universidade Estadual de Campinas (Unicamp), a Universidade de São Paulo (USP), a Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG) e alguns peritos servidores públicos, que se obrigaram, na época da abertura da vala, a trabalhar na identificação das ossadas.

Na petição inicial²⁹, o MPF requereu, em antecipação de tutela, que fosse a União obrigada a: a) no prazo de sessenta dias, reestruturar a CEMDP, dotando-a de recursos materiais, financeiros e humanos para cumprir a atribuição prevista no art. 4º, II, da Lei nº 9.140/1995, inclusive com equipes multidisciplinares da área de arqueologia, antropologia e geologia, núcleos de pesquisa e diligências, médicos e dentistas; b) no prazo de noventa dias, contratar laboratório especializado na realização de exames de DNA em ossos.

Contra o estado de São Paulo, O MPF pediu que fosse obrigado, no prazo de sessenta dias, a constituir equipe de profissionais do IML para atuar com exclusividade no exame das ossadas. Em face de ambos, deduziu o pedido liminar de, no prazo de cento e oitenta dias, examinarem as ossadas e desconsiderarem as que flagrantemente fossem incompatíveis com as dos desaparecidos políticos.

Os pedidos definitivos foram os seguintes:

I. declarar a existência de corresponsabilidade das rés UNIÃO FEDERAL, ESTADO DE SÃO PAULO, UNIVERSIDADE ESTADUAL DE CAMPINAS – UNICAMP, UNIVERSIDADE FEDERAL DE MINAS GERAIS – UFMG e UNIVERSIDADE ESTADUAL DE SÃO PAULO – USP, perante a sociedade brasileira, inclusive os familiares de desaparecidos políticos, pela não conclusão dos trabalhos de identificação das ossadas de Perus e, especialmente, pela indevida demora na identificação dos restos mortais de FLAVIO DE CARVALHO MOLINA e LUIZ JOSÉ DA CUNHA;

II. condenar as rés UNIÃO FEDERAL, ESTADO DE SÃO PAULO, UNIVERSIDADE ESTADUAL DE CAMPINAS – UNICAMP, UNIVERSIDADE FEDERAL DE

29 Em trecho da minuta, o MPF afirma: "O fato central é que os trabalhos de identificação das ossadas de Perus nunca foram realizados de maneira ágil pelo Poder Público. Os entes públicos de nossa cidade pouco fizeram para reparar o erro do passado. O resultado é que o objetivo inicial de ocultação de cadáveres resta intacto, ou seja, apesar do tempo decorrido, os familiares de mortos e desaparecidos políticos continuam sendo vítimas do cruel objetivo de lhes frustrar o direito a dar um enterro digno a seus entes queridos." (fls. 5-6 da petição inicial). Disponível no site da Procuradoria Regional da República da 3ª Região: <<http://www.prr3.mpf.mp.br/component/remository/?func=fileinfo&id=2255>>. Acesso em: 28 mar. 2018.

MINAS GERAIS – UFMG e UNIVERSIDADE ESTADUAL DE SÃO PAULO – USP à obrigação de fazer no sentido de apresentarem pedido formal de desculpas aos familiares de desaparecidos políticos e à sociedade brasileira pela negligência na condução dos trabalhos de identificação das ossadas de Perus, a ser publicado em jornais de grande circulação, em espaço não inferior a 1/4 (um quarto) da página;

III. condenar as réus UNIVERSIDADE ESTADUAL DE CAMPINAS – UNICAMP, UNIVERSIDADE FEDERAL DE MINAS GERAIS – UFMG e UNIVERSIDADE ESTADUAL DE SÃO PAULO – USP à obrigação de fazer consistente em construir, em local de destaque, como o prédio das respectivas Reitorias, memorial em homenagem às vítimas de desaparecimento forçado que foram sepultadas irregularmente em Perus;

IV. declarar a existência de responsabilidade pessoal dos réus FORTUNATO ANTONIO BADAN PALHARES, VÂNIA FERREIRA PRADO, DANIEL ROMERO MUNÔZ, CELSO PERIOLI e NORMA SUELI BONACCORSO, perante a sociedade brasileira, inclusive os familiares de desaparecidos políticos, pela não conclusão dos trabalhos de identificação das ossadas de Perus e, especialmente, pela indevida demora na identificação dos restos mortais de FLAVIO DE CARVALHO MOLINA e LUIZ JOSÉ DA CUNHA;

V. condenar os réus FORTUNATO ANTONIO BADAN PALHARES, VÂNIA FERREIRA PRADO, DANIEL ROMERO MUNÔZ, CELSO PERIOLI e NORMA SUELI BONACCORSO a repararem os danos morais coletivos, na medida de suas culpabilidades, mediante indenização individual que se requer seja fixada entre 2% (dois por cento) e 5% (cinco por cento) do respectivo patrimônio mobiliário e imobiliário, utilizando-se como parâmetro o informado em sua última declaração de Imposto de Renda (ano base 2008), ou outro documento idôneo, atualizado monetariamente e acrescido de juros moratórios, valor este que deverá ser revertido ao Fundo dos Direitos Difusos Lesados de que trata a Lei n. 7.347/85. Alternativamente, a critério dos réus, a reparação poderá se dar mediante a prestação de serviços não remunerados em instituições de promoção dos direitos humanos, por prazo e frequência proporcionais à culpa de cada um, mas que se requer não seja o prazo inferior a 1 ano, nem a frequência inferior a 4 horas semanais.

A maioria dos pedidos requereu a imposição de obrigações específicas, com base no art. 3º da Lei nº 7.347/1985, no então art. 461 do CPC/1973, atual art. 497 do NCPC/2015, no art. 84 da Lei nº 8.078/1990, na Lei nº 9.140/1995 e no art. 37, § 6º, da CR/1988. Os pedidos do MPF não se resumem a simples medidas administrativas a serem adotadas pela União, pelo estado de São Paulo e universidades, mas consistem na pretensão judicial de fazer valer obrigação imposta por lei. Não há discricionariedade administrativa neste tema, existe descumprimento de norma.

Em 18 de fevereiro de 2010, o Juízo da 6ª Vara Cível da Seção Judiciária de São Paulo deferiu a liminar e fixou multa diária de R\$ 10 mil por descumprimento, sem prejuízo de eventual sanção por improbidade administrativa.

A União aviou suspensão de liminar³⁰, deferida pelo presidente do Tribunal Regional Federal da 3ª Região. Contra essa decisão, o MPF interpôs agravo interno, a que o Órgão Especial do TRF da 3ª Região, por maioria, negou provimento em 23 de fevereiro de 2011. Prevaleceu a tese da reserva do possível e da falta de dotação orçamentária para o custeio dos gastos necessários à identificação genética dos ossos (na petição inicial, cada exame é estimado em R\$ 3.000,00)³¹.

Apesar de a ação civil pública deduzir pedidos, em maioria, cominatórios, o argumento do TRF da 3ª Região para manter suspensa a eficácia da decisão antecipatória de tutela baseou-se em critério exclusivamente orçamentário.

Na primeira instância, foi realizada audiência de instrução, em que se conferiu prazo para a União e os demais entes federativos adotarem medidas efetivas a fim de identificar as ossadas exumadas do cemitério de Perus.

Escoado o prazo de sessenta dias fixado para apresentar cronograma de realização dos trabalhos, a União se manifestou aduzindo não ter interesse em acordo e requereu

30 Tombada com o número 0006415-28.2010.4.03.0000/SP.

31 O acórdão teve a seguinte ementa: "AGRAVO REGIMENTAL. SUSPENSÃO DE SEGURANÇA. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IDENTIFICAÇÃO DE OSSADAS DE DESAPARECIDOS POLÍTICOS. EXAMES DE DNA. ECONOMIA PÚBLICA. ORDEM JURÍDICA/ADMINISTRATIVA. VIOLAÇÃO. VALOR EXPRESSIVO. SEM PREVISÃO ORÇAMENTÁRIA. LICITAÇÃO (Lei n. 8.666/93). NECESSIDADE. AGRAVO IMPROVIDO. 1. Justificado o deferimento do pedido de suspensão, uma vez que demonstrada pela Requerente afronta à ordem pública, considerada em termos de ordem jurídico administrativa, porquanto a decisão impugnada obriga a administração pública a agir de forma contrária a legislação que instituiu o procedimento licitatório (Lei n. 8.666/93). 2. Para o cumprimento da decisão antecipatória da tutela faz-se necessário que a administração disponha de um valor expressivo (R\$ 3.000.000,00), sem, contudo, haver previsão no orçamento para tal, portanto, impõe a administração um dispêndio desconsiderando totalmente as restrições orçamentárias (art. 165, § 2º, CF). 3. A fixação pelo Judiciário de um orçamento para a Comissão Especial de Mortos e Desaparecidos Políticos sem um planejamento criterioso revela uma ingerência na Administração. 4. Agravo Improvido." Disponível no site da Procuradoria Regional da República da 3ª Região: <<http://www.prr3.mpf.mp.br/component/remository/?func=fileinfo&id=3039>>. Acesso em: 28 mar. 2018.

declaração de perda de objeto da ação³². Após a audiência, pediu a decretação de segredo de justiça, ao argumento de que os laudos periciais juntados possuem forte carga emocional em relação aos parentes, o que implicaria nova vitimização das pessoas que sofreram perdas no regime militar.

Em resposta, o Ministério Público Federal se pronunciou contrariamente ao pedido:

É preciso desfazer essa falácia da União. A vitimização não decorre da publicidade do processo, princípio geral a ser observado, notadamente num país democrático de direito. Tal circunstância decorre sim da já noticiada e ressaltada omissão e negligência estatal quanto às tarefas impostas pelo artigo 4º, da Lei nº 9.140/1995. Aí não só pela União (embora esta, com preponderância, ante a expressa determinação legal), como pelos demais corréus. Ademais, os autos não devem tramitar em segredo de justiça, uma vez que sua decretação deve ser excepcional, restrita aos casos expressamente estabelecidos em lei, prevalecendo em todos os demais a publicidade, conforme estabelece o art. 5º, inciso LX, da Constituição Federal, "*a lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem*" (grifo nosso) [...]

O acesso à informação é um direito difuso, portanto, sua fruição deve se dar de forma altaneira, envidando esforços todos os Órgãos Públicos e a Sociedade Civil para que esse direito mais e mais se concretize, amplie-se e cristalize-se no seio da República. É um empreendimento necessário e salutar! [...]

Aliás a lógica aponta em sentido diametralmente oposto à conclusão da União. Deveras, pois diante do monopólio das informações da UNIÃO, atra-

32 Em manifestação escrita ao pedido da União, o Ministério Público Federal, por meio do procurador da República Pedro Antônio de Oliveira Machado, consignou: "[...] A falta de respeito com o tema, para com esse r. Juízo, para com as partes, enfim, para com os familiares dos desaparecidos, é flagrante. Veja Excelência que a União se comprometeu a apresentar proposta de acordo, com cronograma para os trabalhos de identificação das ossadas encontradas no cemitério de Perus. Foi fixado o prazo de sessenta dias. Na audiência designada, após escoado o prazo fixado, vem dizer que não tem nenhuma proposta de acordo. Ora, o processo ficou parado, por sessenta dias, para ao fim e ao cabo todos comparecerem em audiência para ouvir tal disparate do representante da União, Secretaria Especial de Direitos Humanos da Presidência da República? Porque então não apresentou manifestação por escrito já dizendo que não tinha interesse em acordo? Porque deixou o prazo de sessenta dias escoar, nada dizendo, fazendo com que todas as partes comparecessem a uma audiência sem qualquer finalidade? De modo que não é possível vislumbrar boa fé nesta atitude dos representantes da União, Secretaria Especial de Direitos Humanos da Presidência da República. A alegação de perda de objeto da presente ação é uma afronta. Nesse mesmo sentido, a estruturação mínima da CEMDP 'composta por um Coordenador-Geral, Coordenador-Geral Substituta, 6 assessores e 1 secretária' (fls. 8335/8338), em que se pese a ausência de comprovação por meio de contratos ou outros documentos que confirmem a contratação desses profissionais, evidentemente não acarreta a perda superveniente do objeto da ação, uma vez que não satisfaz o seu escopo e nem atende ao que foi pedido na inicial, pois o que se busca é garantir, ou ao menos viabilizar de maneira satisfatória, que a CEMDP possua estrutura suficiente para proceder de forma minimamente eficaz o reconhecimento dos restos mortais dos desaparecidos políticos, no período repressivo da ditadura militar. Assim, indubitavelmente há interesse de agir, pois a tutela jurisdicional é idônea a trazer utilidade à sociedade, do ponto de vista prático [...]" (p. 5 da manifestação do MPF a documentos apresentados pela União, após a audiência preliminar, datada de 12 de junho de 2013). Disponível em: <<http://www.prr3.mpf.mp.br/ditadura-militar/280?task=view>>. Acesso em: 22 fev. 2015.

vés da Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República, pela sua Comissão Especial (CEMDP), e da necessidade de alento às famílias para que saibam, ao menos, que algum trabalho esteja sendo desenvolvido, o que de fato causa grande constrangimento e revolta aos familiares é a falta de informação e divulgação do que o Estado Brasileiro vem fazendo ou deixando de fazer. Informações incompletas e obscuras, sem a transparência devida é que são motivo de sofrimento para os familiares.³³

Apenas em 26 de março de 2014, a Secretaria de Direitos Humanos e Cidadania do Município de São Paulo (SMDHC/SP), a Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República (SDH/PR), a Comissão Especial sobre Mortos e Desaparecidos Políticos (CEMDP), a Universidade Federal de São Paulo (Unifesp) e Comissão de Direitos Humanos e Minorias da Câmara dos Deputados (CDHM) assinaram protocolo de intenções³⁴ com objetivo de analisar as ossadas da vala clandestina de Perus.

Antes, a Portaria nº 1.267, de 6 de novembro de 2013, da Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República criou o Grupo de Arqueologia e Antropologia Forense (Gaaf) com a finalidade de adotar medidas para a busca, localização, identificação arqueológica e antropológica de espaços e restos mortais de desaparecidos políticos, em apoio aos trabalhos da CEMDP. Hoje o Gaaf se transformou no Centro de Antropologia e Arqueologia Forense (Caaf), em atividade, apesar dos cortes e contingenciamentos orçamentários realizados pela União, por meio dos Ministérios da Educação e de Direitos Humanos, e pelo Município de São Paulo³⁵.

Cinco anos após o ajuizamento da ação civil pública pelo MPF, foi criado o Grupo de Trabalho Perus (GTP) pela Portaria nº 620, de 9 de outubro de 2014, da Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República³⁶, com o fim específico de proceder à análise de restos mortais exumados do cemitério Dom Bosco, especialmente da vala

33 Manifestação do MPF a documentos apresentados pela União após a audiência preliminar, datada de 12 de junho de 2013. p. 7, 10.

34 De acordo com o protocolo de intenções, caberá à SMDHC/SP acompanhar todas as etapas do trabalho de análise e identificação dos restos mortais encontrados no Cemitério Dom Bosco; auxiliar a CEMDP na viabilização das condições técnicas necessárias para a identificação, sobretudo no que se refere à coleta dos dados *ante mortem*; garantir a participação de familiares de mortos e desaparecidos políticos em todas as etapas do processo; e oferecer hospedagem para as equipes internacionais que participarão das atividades. A SDH/PR terá a responsabilidade de coordenar todas as ações para a consolidação do objetivo do protocolo, aportando os recursos necessários e garantindo a participação do Grupo de Arqueologia e Antropologia Forense (Gaaf), como também dispondo de recursos necessários à contratação de técnicos, laboratórios, especialistas e demais profissionais, incluindo estrangeiros. Já a Unifesp deverá disponibilizar local adequado para a realização dos trabalhos; destacar representante de seu corpo técnico/docente para acompanhar o trabalho científico a ser realizado pelo Gaaf com acompanhamento das equipes internacionais; e realizar, sob a orientação da SDH/PR, a contratação de técnicos, laboratórios, especialistas e demais profissionais que atuarão na análise dos restos mortais.

35 Disponível em: <<http://www.redebrasilatual.com.br/cidadania/2016/11/entidades-lutam-para-manter-projeto-sobre-ossadas-de-perus-6420.html>>. e <<http://www.redebrasilatual.com.br/cidadania/2017/08/recursos-atuais-nao-garantem-manutencao-do-projeto-de-perus-diz-unifesp>>. Acesso em: 28 mar. 2018.

36 A Portaria nº 620, de 9 de outubro de 2014, foi publicada no Diário Oficial da União (DOU) de 14/10/2014, nº 198, Seção 1, p. 15.

clandestina, com vistas a identificar mortos e desaparecidos políticos, nos termos da Lei nº 9.140/1995.

A estrutura do GTP, formado pelo Comitê Gestor, e pelo Comitê de Acompanhamento e Científico, atende a vários requerimentos da ação civil pública ajuizada pelo MPF.

O Comitê Gestor é a instância colegiada, composta por um representante da CEM-DP, da SMDHC/SP e da Unifesp. Cabe a ele: zelar pelo cumprimento dos objetivos e das atribuições do GTP; planejar, dirigir, integrar e orientar a execução, sistematizar informações, acompanhar e avaliar as atividades do GTP; orientar e controlar as atividades administrativas; convocar e coordenar as reuniões ordinárias e extraordinárias; garantir recursos financeiros e físicos para a segurança, guarda e conservação dos materiais e dos restos mortais; elaborar, organizar e divulgar relatórios pormenorizados das atividades desenvolvidas pelo GTP; divulgar dados e informações e responder pela comunicação oficial do GTP; promover o controle social e a transparência das atividades e resultados; definir protocolos de controle de acesso ao local no qual serão realizadas as análises dos restos mortais, conferindo senhas para destravamento de portas de segurança; estabelecer cooperação com outros órgãos públicos ou com a sociedade civil; garantir que o acervo documental do Caso Perus obedeça ao disposto na Lei nº 12.527/2011 (Lei de Acesso à Informação) e propor solenidade de entrega dos restos mortais que forem identificados.

Ao Comitê de Acompanhamento cabe observar os trabalhos do GTP e requerer esclarecimentos necessários para garantir a transparência do processo de análise dos restos mortais. Por fim, o Comitê Científico coordena os trabalhos técnicos e é composto por representantes da equipe de antropologia forense do Caso Perus.

A Portaria nº 620/2014 previu um prazo de trinta e seis meses para a conclusão dos trabalhos, contados a partir de sua publicação, com possibilidade de prorrogação por igual período. Em 2018, os trabalhos continuam, apesar dos entraves, sobretudo de ordem orçamentária, e a previsão de término da higienização e catalogação das ossadas é 2019.

Tais medidas foram anunciadas em sessão pública realizada na Assembleia Legislativa de São Paulo em 4 de setembro de 2014, exatamente 24 anos após a abertura da vala clandestina de Perus. Na ocasião, informou-se que, para o primeiro ano de execução do GTP, estavam orçados R\$ 3 milhões de reais, somente da União. Esse foi exatamente o valor apontado pelo MPF na inicial da ação civil pública para reestruturar a CEMDP e dotá-la de estrutura mínima a fim de realizar a identificação genética das ossadas.

Na sua manifestação ao pedido liminar na ACP³⁷, a União trouxera a informação de que, apenas com o pagamento de indenizações a familiares de desaparecidos políticos,

37 Disponível em: <<http://www.prr3.mpf.mp.br/component/remository/?func=fileinfo&id=2379>>. Acesso em: 28 fev. 2015.

gastara R\$ 40 milhões de reais desde a Lei nº 9.140/1995³⁸. Já nos esforços preconizados pela mesma lei para localizar e identificar restos mortais despendera 1 milhão e 300 mil reais, valor muito inferior. Isso demonstra a prioridade que se deu ao tratamento pecuniário da questão.

Uma outra análise pode-se fazer entre a ACP e o GTP. A estrutura deste, prevista na Portaria nº 620/2014, formado por Comitê Gestor, de Acompanhamento e Científico, com transparência nos trabalhos e corpo técnico profissional próprio, dedicado exclusivamente ao trabalho de identificação das ossadas específicas de Perus, foi um dos requerimentos do MPF na petição inicial, o que demonstra a importância da ACP ajuizada para a não paralisação dos trabalhos.

A atuação do MPF, porém, não se restringiu à esfera judicial. No campo extrajudicial, a instituição intermediou o diálogo entre os familiares dos desaparecidos e os entes públicos, em busca de soluções concretas. Uma preocupação permanente envolve a continuidade dos trabalhos de identificação genética e a transparência desse processo.

Como reflexo do compromisso institucional, em 15 de agosto de 2015, 644 caixas com restos mortais exumados da vala de Perus foram acondicionados em sala-cofre na sede da Procuradoria da República da 3ª Região. O MPF exerceu custódia temporária do material humano enquanto esperava o término da reforma do laboratório do GTP, para onde as caixas foram levadas.

Em 27 de novembro de 2017, assinou acordo que garantiu R\$ 600 mil para manutenção e funcionamento do Caaf em 2018, divididos em três partes iguais entre o Ministério dos Direitos Humanos (MDH), o Ministério da Educação (MEC) e a Universidade Federal de São Paulo (Unifesp). O Caaf é o órgão da universidade que executa o projeto de identificação das ossadas por meio de um Acordo de Cooperação Técnica firmado com a União e o Município de São Paulo³⁹.

O MDH comprometeu-se, por meio do acordo, a contratar peritos fixos para a identificação dos corpos até a conclusão dos trabalhos, de acordo com o cronograma elaborado pela CEMDP e a Unifesp. Essas duas instituições vinham denunciando cortes e contingenciamento no orçamento do GTP em 2016 e 2017.

O acordo foi firmado na 12ª Semana Nacional da Conciliação do TRF 3ª Região, pelo Gabinete de Conciliação do TRF3, entre representantes da União, do MPF e da Justiça Federal, em cerimônia pública assistida por familiares de mortos e desaparecidos políticos. O trabalho continua.

38 ABRÃO; TORELLY apud REÁTEGHI, 2011.

39 Disponível em: <<http://www.mpf.mp.br/sp/sala-de-imprensa/noticias-sp/assinado-e-homologado-no-trf-3-acordo-que-permitira-continuidade-de-projeto-para-identificar-ossadas-de-desaparecidos-na-ditadura>>. Acesso em: 29 mar. 2018.

3 Conclusão

Houve o momento em que familiares desesperados bateram em todas as portas em busca dos filhos, e, depois, dos cadáveres dos filhos. Nenhum dos dois lhes foi entregue, ainda.

Ossos insepultos são escombros de uma sociedade que mata. Mata e não enterra. Exuma e não identifica. Silencia. Há violência e responsabilidades na ação e na omissão.

Se tudo que é vivo morre, como dizia Ariano Suassuna, a morte exige o corpo e o corpo exige uma sepultura. A vida requer ritos de passagem: o luto individual dos que possuem afeições legítimas e a despedida social, que se reflete nas cerimônias fúnebres e no respeito à honra e à imagem do morto. Os funerais são para os mortos e também para os vivos. Instauram o luto nos familiares que ficam e protegem a dignidade, a honra e a imagem da pessoa falecida. Representam o término de um ciclo.

Há de se questionar uma sociedade que não se identifica com uma vala e, mais grave, que deixa milhares de ossos dela retirados insepultos, deteriorando-se com o passar do tempo e o não agir das pessoas.

Com a Constituição de 1988, instaurou-se nova ordem jurídica assentada na garantia dos direitos fundamentais, na publicidade e transparência das informações, sobretudo daquelas de caráter público (CR/1988, art. 5º, XXXIII). O Estado e seus agentes, por meio dos quais a vontade daquele se exterioriza, têm o dever de prestar informações claras, corretas, precisas e tempestivas a quem as requeira.

É dizer, no direito vigente, que a regra é a publicidade dos atos administrativos e a responsabilidade dos agentes estatais por danos causados a terceiros. No caso Perus, a continuidade do ilícito, consistente na não identificação genética dos ossos e não devolução dos restos mortais aos familiares, faz com que sobre ele incidam as normas do momento da aplicação.

O ilícito aqui é um complexo de atos que se verificou estarem divididos em dois momentos. O primeiro remete a condutas comissivas praticadas por agentes estatais: sequestro, tortura, assassinato e ocultação de cadáver, quando da captura da pessoa desaparecida. O segundo consiste na conduta omissiva de não identificar geneticamente as ossadas exumadas da vala. Por conseguinte, o ato ilícito constatado é complexo, com repercussão individual nos direitos subjetivos dos familiares, e difuso, sob a perspectiva do direito de acesso à informação histórica.

O fato de haver pessoas desaparecidas, sobre as quais o Estado que as fez desaparecer não presta notícias há décadas, assim como a não identificação genética de ossadas exumadas e sob custódia de órgãos públicos configura tortura aos familiares e lhes causa dano.

Na seara individual, os familiares aos quais a lei atribui legitimidade⁴⁰ podem buscar ressarcimento por meio de ação promovida por si mesmos. Todavia, constatou-se que, para além do dano individual, cujas características se verificam dentro do paradigma do direito subjetivo, o ato ilícito de fazer desaparecer pessoas na ditadura militar configurou e configura dano difuso.

Essa análise avançou no campo dos interesses difusos ao se entender que a lesão decorrente da falta contínua de informações ou da prestação de informações distorcidas sobre a identificação genética das ossadas de Perus configura dano que transcende a esfera individual e é difuso. Para tanto, afastou-se o paradigma do direito subjetivo e se enxergou o fato jurídico a partir do direito fundamental à informação histórica.

Logo, a vala clandestina de Perus é um dano comprovado, resultante da lesão a direitos da personalidade dos mortos, dos familiares destes e, no campo difuso, da violação ao direito fundamental à informação histórica de toda a sociedade brasileira.

Há a necessidade transgeracional de saber o que ocorreu para o país seguir. Na história recente do Brasil, o preço que se pagou por garantias e liberdades escritas no texto constitucional foi o silêncio. A atuação do MPF no caso Perus contribui para a ruptura desse silêncio e a efetivação do direito à informação histórica sobre a qual se assentará uma memória coletiva.

Referências

ABRÃO, Paulo; TORELLY, Marcelo D. O programa de reparações como eixo estruturante da justiça de transição no Brasil. In: REÁTEGHI, Félix (Coord.). **Justiça de transição**: manual para a América Latina. Comissão de Anistia, Ministério da Justiça. Nova Iorque: Centro Internacional para a Justiça de Transição, 2011. p. 479.

ACCARIAS, Calixte. **Precis Droit Romain**. Paris: A. Cotillon et cie. v.1, 1882.

ARAÚJO, Maria do Amparo Almeida et al. Prefácio de Dom Paulo Evaristo Arns, apresentação de Miguel Arraes de Alencar. **Dossiê dos mortos e desaparecidos políticos a partir de 1964**. Recife: Companhia Editora de Pernambuco, 1995.

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

BRASIL. Ministério da Justiça. **Vala clandestina de Perus – Desaparecidos políticos, um capítulo não encerrado da história brasileira**. São Paulo: Instituto Macuco, 2012.

CÂMARA MUNICIPAL SÃO PAULO. **Perus**: desaparecidos políticos. Relatório final Comissão Parlamentar de Inquérito. São Paulo, 1991.

CUPIS, Adriano de. **Os direitos da personalidade**. Campinas: Romana, 2004.

FERREIRA, Thaís Sales Alencar. **Dano difuso pelo desaparecimento de pessoas na ditadura militar**: análise da vala clandestina de Perus. Dissertação (Mestrado em Direito). Programa de Pós-graduação em Direito. Universidade Federal de Pernambuco, 2015.

40 Art. 10 da Lei nº 9.140/1995.

FON, Antônio Carlos. **Tortura**: a história da repressão política no Brasil. São Paulo: Global Editora, 1979.

HESAPANHA, Luiz. A primeira comissão da verdade. In: BRASIL. Ministério da Justiça. **Vala clandestina de Perus**. Desaparecidos políticos, um capítulo não encerrado da história brasileira. São Paulo: Ed. do Autor, 2012.

KOIKE, Maria Lygia de Almeida e Silva. **O direito à verdade e à memória no caso da guerrilha do Araguaia**. Coimbra, 2014.

LEAL, Larissa. A reparação integral por meio de ação civil pública dos danos difusos causados por reiterada prestação errônea de informações nas relações de consumo. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 239, p. 263-275, jan. 2015.

LÔBO, Paulo. **Direito Civil**: parte geral. São Paulo: Saraiva, 2012.

MARTINS, G. de A. **Estudo de caso**: uma estratégia de pesquisa. São Paulo: Atlas, 2006.

PELLEGRINI, Marcelo. O crime perfeito da ditadura. **Carta Capital**, São Paulo, 11 fev. 2015. p. 38-39. Disponível em: <<https://www.cartacapital.com.br/revista/836/contribuicoes-para-um-crime-perfeito-5962.html>>.

SOUSA, Rabindranath V. A. Capelo de. **O Direito Geral de Personalidade**. Coimbra: Coimbra Editora, 1995.

SOUZA, Hersílio de. **Novos direitos e velhos códigos**. Recife: Imprensa industrial, 1924.

WEICHERT, Marlon Alberto. A questão dos desaparecidos políticos no Brasil. Perspectivas com a Comissão Nacional da Verdade. In: BRASIL. Ministério da Justiça. Comissão de Anistia. **Vala clandestina de Perus – Desaparecidos políticos, não encerrado da história brasileira**. São Paulo: Ed. do Autor, 2012.

Sites consultados:

<<http://www.mdh.gov.br/noticias/2018/fevereiro/grupo-de-trabalho-perus-identifica-restos-mortais-do-militante-politico-dimas-antonio-casemiro>>. Acesso em: 29 mar. 2018.

<<http://www.unifesp.br/boletins-antiores/item/3186-grupo-de-trabalho-perus-identifica-restos-mortais-de-militante-politico>>. Acesso em: 29 mar. 2018.

<<http://cemdp.sdh.gov.br/modules/desaparecidos/acervo/ficha/cid/356>>. Acesso em: 29 mar. 2018.

<http://www.unicamp.br/unicamp/unicamp_hoje/ju/mar2001/ossopag4e5.html>. Acesso em: 28 mar. 2018.

http://www.unicamp.br/unicamp/unicamp_hoje/ju/mar2001/ossopag2e3.html>. Acesso em: 28 mar. 2018.

<<http://www.redebrasilatual.com.br/cidadania/2015/08/ossadas-de-perus-ficam-sob-a-guarda-do-ministerio-publico-5799.html>>. Acesso em: 28 mar. 2018.

<<http://www.redebrasilatual.com.br/cidadania/2017/08/recursos-atuais-nao-garantem-manutencao-do-projeto-de-perus-diz-unifesp>>. Acesso em: 28 mar. 2018.

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/LIM/LIM-16-12-1830.htm>. Acesso em: 28 mar. 2018.

<<http://www.redebrasilatual.com.br/revistas/130/perus-um-encontro-de-historias-para-preservar-a-memoria>>. Acesso em: 29 mar. 2018.

<<http://www.prr3.mpf.mp.br/arquivos?func=fileinfo&id=2847>>. Acesso em: 28 mar. 2018.

<<http://www.prr3.mpf.mp.br/component/remository/?func=fileinfo&id=2255>>. Acesso em: 28 mar. 2018.

<<http://www.prr3.mpf.mp.br/ditadura-militar/280?task=view>>. Acesso em: 22 fev. 2015.

<<http://www.redebrasilatual.com.br/cidadania/2016/11/entidades-lutam-para-manter-projeto-sobre-ossadas-de-perus-6420.html>>. Acesso em: 28 mar. 2018.

<<http://www.redebrasilatual.com.br/cidadania/2017/08/recursos-atuais-nao-garantem-manutencao-do-projeto-de-perus-diz-unifesp>>. Acesso em: 28 mar. 2018.

<<http://www.mpf.mp.br/sp/sala-de-imprensa/noticias-sp/assinado-e-homologado-no-trf-3-acordo-que-permitira-continuidade-de-projeto-para-identificar-ossadas-de-desaparecidos-na-ditadura>>. Acesso em: 29 mar. 2018.

24 UM DIÁLOGO PSICOJURÍDICO SOBRE MEMÓRIA, ESQUECIMENTO E JUSTIÇA DE TRANSIÇÃO

Maria Lourdes da Cunha¹

Resumo: A justiça de transição ou justiça pós-conflito pode oferecer instrumentos que possibilitem a emergência da descrição de um passado violento e a consequente punição às violações de direitos ocorridas. Nesse sentido, os Princípios de Chicago consistem em diretrizes básicas que buscam determinar de forma eficiente quais as estratégias e as políticas mais eficazes para lidar com necessidades específicas de cada local onde tenham ocorrido graves violações aos Direitos Humanos. Foram elencados sete Princípios de Chicago; entretanto, este trabalho versa especificamente sobre o 5º Princípio no que diz respeito ao mote da “preservação da memória histórica”. Na preservação da memória surge nova forma de justiça, a “anamnética”, como instrumento inédito de solução de controvérsias, que se materializa de muitas formas, dentre as quais estão as Comissões da Verdade e Reconciliação. A justiça anamnética, ao trazer as vítimas para o centro do debate da justiça, outorga-lhes a visibilidade até então ausente e reconcilia coletividades violentadas pelo Estado. Os Estados têm a responsabilidade de garantir que as informações sobre violações passadas sejam preservadas com precisão – preservação da memória histórica –, como meio de evitar sua recorrência, assim como a de dar lugar a uma cultura de respeito pelos Direitos Humanos.

Palavras-chave: Justiça de transição. Memória. Justiça anamnética.

Abstract: *The transitional justice or the post-conflict justice offers instruments that allow the emergency of description of a violent past and the consequent punishment of rights occurred. The Chicago Principles are basic guidelines that seek to determine effectively which strategies and policies are most effective in dealing with the specific needs of each location where serious violations of human rights have occurred. Chicago has elected seven principles; however, this work deals specifically with the fifth principle whose motto means “preservation of the historical memory”. In the preservation of the memory, a new form of justice, the anamnestic, emerges. It is an unprecedented instrument for the solution of controversies that materialize in many ways, among which are the Commissions of Truth and Reconciliation. The anamnestic justice by bringing the victims to the debate grants them the visibility they did not have before and makes possible the reconciliation of groups violated by the state. State have the responsibility to ensure the information on past violations will be preserved accurately -preservation of the his-*

¹ Advogada, mestre em Direito, doutoranda em Direito pela Unesa e psicanalista.

torical memory – as a means of avoiding it to happen again, as well as of giving place to a culture of respect for the human rights.

Keywords: *Perus' grave. Political disappeared. Genetic identification. Memory. Diffuse damage. MPF.*

1 Introdução

Em um contexto de guerra fria e dos anos que se seguiram ao enfraquecimento desta, a América Latina, sobretudo, a América do Sul foi acometida de governos ditatoriais que se instalaram no continente com o apoio de potências capitalistas ocidentais, principalmente, dos Estados Unidos da América.²

Vivenciamos um mundo que se modifica a cada momento, ora por meio do avanço tecnológico inerente ao estágio atual do desenvolvimento, que fez emergir um vasto mundo de oportunidades para indivíduos, grupos ou até para nações inteiras, ora pela via da cultura ou, ainda, pela atitude mental de cada um. Entretanto, em proporção direta, esse mundo também provocou um alto grau de esfacelamento das relações sociais. O resultado está expresso, principalmente, nas formas de violência de diferentes naturezas, seja no ambiente, nas formas socioeconômicas e sociojurídicas, nas graves violações dos direitos humanos, na cultura religiosa a exemplo da “Jihad”³, mas que sempre, ou em última instância, são traduzidas pela decadência humana.

Essas menções, por certo, são meramente exemplificativas, porque variados fatores contribuíram e contribuem para fragilizar a sociedade. Contudo, queremos mostrar, teoricamente, que, em passado recente, atravessaram o imaginário social. Daí a importância da memória coletiva para o restabelecimento dos princípios de justiça, sem os quais se inviabiliza qualquer projeto de democracia real. Há que se destacar as consequências advindas dos governos totalitários e os desafios atuais que ainda se apresen-

2 PEREIRA, Marcos Vinícios Torres. Um epílogo das recentes ditaduras militares sul-americanas à luz do Direito Internacional (breves considerações sobre os mecanismos de reparação dos crimes cometidos). In: SABADELL, Ana Lucia (Org.). **Justiça de Transição** – das anistias às comissões de Verdade. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2014. p. 207.

3 Jihad é conceito essencial da religião islâmica e significa “empenho”, “esforço”. Pode ser uma luta para, mediante vontade pessoal, buscar e conquistar a fé perfeita. Em Maomé é descrita como a luta do indivíduo consigo mesmo, pelo domínio da alma (“jihad maior”) ou, como um esforço que os muçulmanos fazem para levar a teoria do Islã a outras pessoas (“jihad menor”). Disponível em: <<http://pt.wikipedia.org/wiki/jihad>>. Acesso em: 25 abr. 2015.

tam a nós, de forma bastante variada. Esses atos tornaram-se um dado de percepção do mundo, ao passo que suas difusões criaram intrincadas redes comunicacionais que permeiam todas as áreas do conhecimento. Por certo, o Direito não poderia deles se alienar (CUNHA, 2009).

Sem dúvida, como afirma Shrem (2014, p. 31) “a falta de referências em consequência dos sentimentos de impotência, desamparo e desproteção do sujeito constituem terreno fértil para a intrusão de líderes autoritários [...]”. É fato! No Brasil, é inegável que o impacto e as consequências do cenário violento produzido pelos governos totalitários ainda têm presença forte.

O objetivo deste estudo é oportunizar, por meio do discurso, um espaço propício para a reflexão sobre algumas das questões que estão na base desses fenômenos, principalmente, as graves violações dos Direitos Humanos em razão da ditadura dos governos militares. Considerando o tema justiça de transição,⁴ a ação focalizará também estudos e reflexões sobre o conceito de memória e o seu oposto, complementar, o esquecimento.

Teoricamente se quer mostrar que, em passado recente, a importância da memória coletiva para o restabelecimento dos princípios de justiça, sem os quais se inviabiliza qualquer projeto de democracia real, atravessou o imaginário social.

Com o intuito de prosseguir, é necessário indicar o foco principal do estudo que será desenvolvido na perspectiva dos Princípios de Chicago, mais precisamente o de número cinco, que trata da “comemoração”, da “educação” e da “preservação da memória histórica”, pois, a partir dele, será viável compreender o conceito da premissa maior: “justiça de transição”.

Los estados deben apoyar programas oficiales e iniciativas populares en memoria de las víctimas para educar a la sociedad con respecto a la violencia política pasada y preservar la memoria histórica. (IHRLI, 2004, p.30)

Contudo, o trabalho cingir-se-á exclusivamente à “preservação da memória histórica”.

A importância do tema “justiça de transição”, bem como suas consequências no que se refere ao Direito Internacional, tem se intensificado de forma exponencial. Julgamos relevante abordar, mesmo que superficialmente, mas com comprometimento, as polêmicas que o envolvem, principalmente no seu conceito e em sua efetividade.

Há uma variação de discursos a respeito, e não poderia ser diferente! Pesquisa realizada na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP) questiona a aplicabilidade do conceito não só no Brasil mas também em outros países latino-americanos,

4 A expressão “justiça de transição” é nomenclatura criada por Ruti Teitel no início dos processos de redemocratização na América Latina.

como Chile, Argentina e Uruguai. O argumento, em síntese, defende que, em ambiente de mudança e de instabilidade, a justiça não seria realizada plenamente por faltarem condições políticas, além da dificuldade de equilibrar interesses opostos, tais como: enquanto as vítimas querem justiça, os governos ditadores ameaçam endurecer o regime; por sua vez, as novas lideranças políticas buscam estabilidade democrática.

Considerando tratar-se de questão polêmica, dificilmente agradará a todos, pois as medidas tomadas não serão consideradas justas. Porém, se não adotadas, virão sérias e graves consequências para o futuro, como a impunidade da violência dos agentes estatais, o que geraria graves prejuízos aos direitos humanos (QUINALHA, 2013).

No que se refere ao conceito de justiça de transição, também não há consenso, porém parece-nos que os vários entendimentos a respeito acabam convergindo em alguns pontos. Pela lição do Prof. Japiassú (2014), Justiça de Transição “pode ser entendida como realização de justiça, restauração e manutenção da paz em determinado território onde tenham ocorrido graves violações aos direitos humanos”.

Para o advogado Quinalha (2013), “Justiça de Transição” é, “em linhas gerais, um termo concebido pela Ciência Política e pelo Direito Internacional que envolve todas as medidas políticas e jurídicas tomadas durante o período de troca de um regime autoritário e ditatorial para um regime democrático”.

Não obstante as divergências, seja de conceito, seja pela efetivação fragmentada, o fato é que nos países do Cone Sul, mais exatamente na Argentina, no Uruguai, no Chile e no Brasil, mais do que obter os ideais de justiça, verdade e conciliação, esse tipo de justiça possibilita um instrumental que, de alguma forma, joga um fragmento de luz nos porões das ditaduras. Assim, o que antes era tabu, agora está mais visível, principalmente, com o advento das Comissões da Verdade.

Em artigo sobre os direitos das vítimas e os limites da justiça de transição, em especial, a anistia no Chile, Gonzáles (2012) pondera que “Una de las características propias de la justicia de transición es su constante dilema entre justicia y paz. La difícil tarea de conseguir el correcto balance entre ambas se puede lograr a través del uso del llamado test de proporcionalidad”.

Segundo esse autor, há que se submeter as medidas contrárias à persecução penal a alguns critérios. (I) Primeiro, a medida deve ser apropriada para alcançar o objetivo que se pretende (a paz da sociedade); (II) a outra, deve decidir se há medida que obtenha o mesmo resultado de maneira menos invasiva; então, esta será preferida; e, por último, (III) a constatação de que, se a medida for necessária, ela deve determinar sua amplitude por meio da proporcionalidade.

De fato, na doutrina internacional é consenso que não existe modelo único para o processo de justiça de transição. Trata-se de processo peculiar, no qual cada país precisa encontrar a própria maneira de lidar com o legado de violência do passado e “im-

plementar mecanismos que garantam a efetividade do direito à memória e à verdade”, conforme diz a Procuradora da República em São Paulo, Inês Virginia Prado Soares (SOARES, 2010).

Assim, entendemos que deve ser ampliado o debate acerca das questões que permeiam a base dos fenômenos de tanta violência experienciados pelas sociedades, incluindo a brasileira. É com pesar e infortúnio que constatamos que o Brasil ainda processa com dificuldade o resgate da memória e da verdade sobre o que ocorreu com as vítimas atingidas pela repressão política durante o regime de 1964.

2 Um diálogo psicojurídico sobre memória, esquecimento e justiça de transição

A proposta deste estudo é pensar o conceito “Memória”,⁵ relacionando-o à “justiça de transição” e a suas concretudes no Sistema Jurídico Brasileiro. Para tanto, a ação focalizará estudos sobre memória e o seu oposto complementar, o esquecimento, pautados nos “Princípios de Chicago”, precisamente o princípio de número cinco, que recomenda a “comemoração”, a “educação” e a “preservação da memória histórica” das vítimas no que concerne às graves violações de direitos humanos.

Considerando a complexidade e a vasta bibliografia sobre o assunto, a pesquisa será formulada teoricamente por meio da leitura de livros, de artigos acadêmicos e de notícias disponíveis nas várias mídias, a fim de propor uma análise pelo recorte jurídico, mas com viés psicanalítico, tendo em vista a propriedade deste último para o delineamento do conceito “memória”.

Frise-se que memória e esquecimento são processos cognitivos bastante complexos e com caráter ambíguo, porque, por um lado, recordar significa catarse (purificação do que é estranho à essência ou à natureza), em que a memória é condição de possibilidade à superação dos danos e aflições emocionais ocorridos em um marco histórico; por outro, a memória, refletida, pode abrir feridas, quando o presente está construído sob condições injustas. Por isso, é importante que se façam terapias individuais e familiares, as quais possibilitam romper o esquecimento/silêncio, de modo a criar condições mais favoráveis à (re)construção das subjetividades de quem estiver envolvido.

Memória é evocação do passado; diz respeito ao tempo que se perdeu ou foi perdido na prisão do inconsciente e, em determinadas situações, encontra dificuldade para ser resgatado em virtude do deslocamento e das experiências internas do trauma. Contudo,

⁵ Em grego, *Mnemosyne* (filha de Urano e Gaia) é a deusa que personifica a memória e preserva do esquecimento. É a divindade vivificadora frente aos perigos do esquecimento/infinidade, que na mitologia grega é o rio Lete (letal) que cruzava a morada dos mortos. Era ainda a deusa do tempo, preservava a história e a saga dos mitos antes da escrita. KURY, Mário da Gama. **Dicionário de Mitologia Grega e Romana**. Rio de Janeiro: Zahar Editor. Verbete Memória, p. 405.

embora haja tensão quanto a “sara feridas subterrâneas”, é exigido também comprometimento para definir “quem fomos”, “no que nos tornamos” e, principalmente, “quem e o que seremos amanhã”, para permitir mais clareza na sequência natural da vida humana com (re)construção de valores. Os lugares da memória nos acompanham por toda a vida; são eles que reforçam os sentimentos de pertencimento (POLLAK, 1989).

É importante notar que, neste momento e neste espaço, falamos sobre os vitimados do sistema político ditatorial, também conhecido como a “era dos extremos” – que viveu no Brasil durante longos vinte anos. Assim, além de abordagem, mesmo que sucinta, acerca da “memória” na visão psicanalítica, é crucial a abordagem dela como política pública tanto da história passada como também presente, razão que nos leva a refletir sobre um novo direito, o “Direito à Memória”, como ele vem sendo aplicado no Brasil, após o horrendo e predador período militar.

Difícil a libertação de situações de opressão, de mutilações físicas e psicológicas, quando não se conhece sua própria história; quando não se sabe a dimensão da crueldade de seus opressores e se pensa que eles são mais poderosos.

É neste sentido que o tema da Memória se afigura de extrema importância à apuração da verdade e da justiça envolvendo a violação de Direitos Humanos e Fundamentais por regimes militares, em especial quando se pergunta como pode o Estado interagir com a Sociedade Civil na constituição das melhores políticas públicas de Memória [...] (LEAL, s.d., p. 9)

Não há precisão, mas o esquecimento, muitas vezes, é essencial; esquecendo, estamos selecionando a aquisição de novos conteúdos. Além do mais, para relatar sofrimentos há que se encontrar uma “escuta”. Seria importante encontrar o “ponto arquimédico”⁶ que sirva de fundamento à construção da relação dos conceitos, considerando o tema trazido.

A lembrança e o esquecimento são componentes da memória, um não existe sem o outro, no processo de atualização do passado, quando evocado. É a memória que nos dá a sensação de pertencimento e existência, daí a importância dos lugares de memória para as sociedades humanas e para o indivíduo. (RIBEIRO, 2004)

Alice Walker comunga da mesma ideia e a expressa no livro *Rompendo o Silêncio: o silêncio não pode ser nunca a saída para combater as injustiças* (WALKER, 2011).

Entretanto, note-se que reconstituir a memória significa revisitar o passado e, conseqüentemente, reviver experiências traumáticas de violência, de dor e de morte. Mas a

6 ARQUIMEDES de Siracusa – 287 a.C. Físico grego. Ponto arquimédico (ponto de equilíbrio entre dois corpos). “Dê-me um ponto de apoio e eu moverei o mundo”.

complexidade advinda desses opostos complementares não acarreta a paralisação do processo de construção humana, seja nas questões existenciais, seja no que se refere a demandas dentro de uma sociedade vitimada em massacres, porque apenas depois de recordar e viver o luto, é possível seguir em frente.

O que tem permitido apresentar-se com rigor a universalidade da justiça é a aparição de uma cultura da memória. Sem uma cultura da memória, não seria possível uma teoria da justiça universal. (KEYS apud JUNGES, 2009)

Seja qual for o entendimento, o objetivo aqui é criar um espaço propício a recordar e refletir acerca de um passado recente sobre a questão da violência no interior da sociedade brasileira, desencadeador de fatos graves, os quais foram esquecidos, mas que ainda provocam demandas para respostas das questões pós-governos totalitários.

Além disso, do ponto de vista jurídico e antropológico é a partir da memória que o indivíduo, grupo ou nação constroem referências básicas que garantem e compõem sua identidade social e cultural. Do contrário, perceberá que os silêncios, institucionalizados, e o bloqueio forçado das lembranças individuais ou coletivas possibilitam a abertura de caminhos que vão engendrar a desresponsabilização dos culpados e o anestesiamiento dessas memórias. Nessa perspectiva, recordar determinados fatos, caracterizados por muita violência, pode servir de apoio para o diálogo acerca das razões do esquecimento, das zonas sombrias, dos silêncios e dos não ditos.

[...] Compartilhar assim experiências vicárias pode ser a maneira mais eficaz de reconciliarmos-nos com a presença do passado no mundo e impedir que nos alienemos da realidade histórica. (ARENDR, 2009, p. 24)

Como paradigma, cabe mencionar o que disse em época recente a mãe do menino Eduardo, morto no Morro do Alemão, Rio de Janeiro, cuja fala foi citada em matéria jornalística: “nunca mais vou esquecer o rosto do policial que baleou meu filho”.

Recordando o histórico dos anos 1954-1990, observamos que a América Latina viveu um período de trevas, o qual começou com o golpe na Guatemala, seguido por outros no Paraguai, na Argentina, e em 1964, no Brasil. Depois, no Chile e no Uruguai. Essa dolorosa e longa noite chegou ao Brasil trazida pela ditadura militar, gerando uma barbárie, até então jamais vista. Ao longo desse período, graves violações de direitos humanos foram institucionalizadas pelo próprio Estado: sequestros, torturas, assassinatos, banimentos etc. (NEPOMUCENO, 2015).

A instalação dos governos ditatoriais no continente recebeu apoio de potências capitalistas ocidentais, principalmente dos Estados Unidos da América. Vários motivos

possibilitaram essa instalação, sobretudo (I) combater forças que eram reputadas de esquerda; (II) manutenção ou instalação de grupos de poder simpáticos aos interesses dessas potências; e (III) impedir a propagação do socialismo (PEREIRA, 2014, p. 207).

De fato, os conflitos sem confronto armado entre os Estados Unidos e a União Soviética, por isso designados de “Guerra Fria”, resultantes da disputa por hegemonia política, econômica e militar – o primeiro, defendendo a economia de mercado, enquanto a União Soviética tentava implementar o socialismo em outros países –, alimentaram incontáveis conflitos regionais, como também na Coreia e no Vietnã.

Para os Estados Unidos, tornou-se prioridade impedir a expansão do socialismo, a exemplo de Cuba, decretado por Fidel Castro. Sob essa perspectiva, o governo que demonstrasse tons progressistas seria considerado adversário perigoso e precisaria ser contido a qualquer custo.⁷

Após décadas dessa realidade sinistra, surgiu a exigência de recordar a história, abrindo-se brechas para a recuperação da memória, com a finalidade de desvendar a verdade e de promover a tão esperada justiça. Contudo, apesar da implementação de diversos mecanismos com o fito de desmascarar as falsas versões do período de breu, a sociedade ainda permaneceu distante de soluções reais. É claro que a memória política nas democracias contemporâneas vive em constante processo de construção por meio de muitas lutas, a exemplo da construção da efetividade das leis para a afirmação plena dos Direitos Humanos.

No momento em que o Brasil começou a discutir a pertinência de se criar ou não os centros de memória para o conhecimento do histórico sobre as barbáries da ditadura, o tratamento dado aos horrores nazistas em Dachau, na Alemanha, com julgamentos e prisões, mostrou-se revelador. Mas, ao contrário daqui, o resgate da memória lá foi cobrança social e política do Estado.⁸

A pequena República da Armênia caminhou na mesma direção do país germânico, clamando ao mundo pelo reconhecimento do genocídio do qual foi vítima há décadas. Em entrevista realizada em abril de 2015 sobre o centenário do massacre de mais de um milhão de armênios, seu embaixador no Brasil, Galoyan,⁹ disse: “A verdade é a arma mais potente da civilização. Nenhum império resiste à força da verdade”.

O texto *Desarquivando a Ditadura: Memória e Justiça no Brasil* (SANTOS, 2009, p. 226) revela dados impactantes sobre o processo de transição para um ensaio democrático. Na verdade, essa passagem teve como elemento um “consenso”, pelo qual, é claro,

7 Disponível em: <http://pt.wikipedia.org/wiki/guerra_fria>. Acesso em: 29 abr. 2015.

8 Disponível em: <<http://cartamaior.com.br/?/editoria/internacional/dachau-a-memoria-como-antidoto-contrabarbárie/6/29944>>. Acesso em: 25 abr. 2015.

9 Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/opinião/2015/04/1620457-ashot-galoyan-o-centenário-do-genocidio-armenio.shtm>>. Acesso em: 5 maio 2015.

negou-se publicidade à memória dos atos violentos, deixando muitos cidadãos alheios ao pacto político celebrado.

O livro mencionado traz algumas indagações, tais como: qual a contribuição da justiça para a compreensão da memória e da reparação das atrocidades cometidas no passado? É possível uma democracia “com a livre construção da memória política”? Parece prematuro dar essas respostas.

As categorias “justiça de transição”, “memória” e “verdade”, relacionadas com a ditadura militar, têm sido pauta de discussão no mundo acadêmico brasileiro há algum tempo, embora passados quase trinta anos do regime de exceção.

Segundo lição de Inês Prado, justiça de transição é conceituada como o conjunto de abordagens e de mecanismos (judiciais e não judiciais) e estratégias para enfrentar o legado de violência do passado, responsabilizar e exigir efetividade do direito à memória e à verdade, a fim de fortalecer as instituições com valores democráticos e garantir a não repetição das atrocidades (SOARES, 2010).

Recuperar a memória significa trazer ao presente o passado, aquele que ficou ausente. É no cultivo e no resgate dessa e de todas as histórias negadas pelo avanço impiedoso da civilização que se poderá ser capaz de se tornar mais humano, de voltar a se indignar com as injustiças e de não esquecer a barbárie que se esconde por trás de cada cena da vida cotidiana. (SILVA FILHO, 2008, p. 173)

Na preservação da memória surge uma nova forma de justiça, a “anamnética”, como inovador instrumento de solução de controvérsias, que se materializa de muitas formas, entre as quais estão as Comissões da Verdade e Reconciliação. O continente sul-americano prestou grande contribuição a esse sistema jurisdicional, criando mecanismos inéditos, a exemplo da Comissão da Verdade no Peru, em 2001 (MACHADO, 2007).

A justiça anamnética, ao trazer as vítimas para o centro do debate da justiça, outorga-lhes a visibilidade ausente e reconcilia coletividades violentadas pelo Estado.

No Brasil, a discussão tomou força principalmente ao ser implementada a Comissão Nacional da Verdade (CNV), tendo por meta investigar as graves violações de direitos humanos desde 1946 até a Constituição de 1988, e buscar a verdade histórica da época, promovendo a reconciliação nacional.

Contudo, polêmicas surgiram em razão das diversas medidas propostas, a exemplo das investigações dos abusos militares e o destino de mais de quatrocentas pessoas mortas ou desaparecidas.¹⁰

10 Disponível em: <<http://pt.wikipedia.org/wiki/comissão-nacional-da-verdade>>. Acesso em: 4 maio 2015.

Por conta desse assunto, o Brasil está sempre na pauta das polêmicas. Em 2010, o Supremo Tribunal Federal (STF) validou a Lei da Anistia; ato imediato, sofreu duas condenações da Corte Interamericana de Direitos Humanos: uma, por crimes violadores de direitos humanos; outra, pela Lei da Anistia.

Não é por menos que o Brasil é “um dos mais atrasados da América Latina quanto a tornar públicas as barbáries do regime militar”, ainda mantendo seus arquivos fechados (AFFONSO, 2009 apud PIRES, 2009).

A título de encerramento deste exercício essencialmente teórico, verificou-se que alguns dos conceitos estudados compõem todo um aparato que converge e se complementa. Quando conjugados os mecanismos da justiça de transição com os ideais de uma justiça anamnética, torna-se possível abrir caminho para reflexões sobre a memória da violência política dos regimes ditatoriais e o impedimento do seu retorno.

Não há ingenuidade nesse pensamento, pois muitas medidas de caráter público se fazem necessárias.

3 Considerações finais

A investigação do passado é fundamental para a construção da cidadania. Estudar o passado, resgatar as verdades e trazer à tona seus acontecimentos caracterizam uma forma de transmissão da experiência histórica que é essencial para a constituição da memória individual e coletiva.

O Brasil ainda processa com dificuldade o resgate da memória e da verdade sobre o que ocorreu com as vítimas atingidas pela repressão política durante o regime ditatorial de 1964.

O silêncio e o esquecimento das barbáries geram graves lacunas na experiência coletiva de construção da identidade nacional (e, obviamente, na identidade individual). O trabalho de reconstituir a memória exige visitar o passado e compartilhar experiências de dor, da violência e da morte. Somente depois de lembrá-las e fazer seu luto, será possível superar o trauma histórico.

Mostra-se preciso resgatar lembranças, mas não é possível revivê-las (nunca mais). Sente-se quão grande é o infortúnio de se pensar um cenário do “retorno dos (aos) porões da ditadura militar no Brasil ou no mundo”!

Referências

- ARENDDT, Hannah. **A Promessa da Política**. Introdução de Jerome Kohn. Tradução de Pedro Jorgensen Jr. São Paulo: Difel, 2009.
- CUNHA, Maria Lourdes da. **Projeto Memória** (Exposição de literatura de cordel, cartazes, representações, além de palestras/debates em “sala de conversa”, desenvolvida na Faculdade Presbiteriana Mackenzie-Rio, em 2009).
- GONZÁLES, Rodrigo Andrés. Fuente Rubilar. Los Derechos de la víctima como limite a las adoptadas en el marco de la Justicia Transicional: em especial el caso de la amnistía chilena. In: SILVA FILHO, José Carlos Moreira da. (Org.). **Justiça de Transição no Brasil** – Violência, justiça e Segurança. Porto Alegre: CNPq–Capes–Fapergs/EdiPUCRS, 2012. Disponível em: <Ebooks.pucrs.br/edipucrs/Ebooks/Pdf/978-85-397-0225>. Acesso em: 27 abr. 2015.
- THE INTERNATIONAL HUMAN RIGHTS LAW INSTITUTE – IHRLI. **Los Principios de Chicago sobre Justicia transicional**. Um proyecto conjunto del International Human Rights Law Institute, Chicago Council on Global Affaire, 2007.
- JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. Justiça de Transição: uma aplicação dos Princípios de Chicago à realidade brasileira. In: SABADELL, Ana Lúcia et al. (Org.). **Justiça de Transição** – das anistias às comissões de verdade. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2014.
- JUNGES, Marcia. A memória como antídoto à repetição da barbárie. Entrevista de Key Mates a Marcia Junges. **Revista On-line do Instituto Humanitas Unisino**, ed. 291, 4 maio 2009. Disponível em: <http://www.ihuonline.unisinos.br/index.php?option=com_content&view=article&id=25238seção291>. Acesso em: 23 jul. 2018.
- LEAL, Rogério Gesta (Org.). Notas introdutórias. In: **Verdade, Memória e Justiça**: um debate necessário (recurso eletrônico), Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2012. Disponível em: <<https://www.marxists.org/portugues/tematica/livros/diversos/verdade.pdf>>. Acesso em: 22 jul. 2018.
- MACHADO, Luis Fernando Corrêa da Silva. Justiça Anamnética: o caso da Comissão de Verdade e Reconciliação do Peru. **Espaço Jurídico**, 2007, v. 8, n. 1, p. 21-32. Disponível em: <<https://editora.unoesc.edu.br/index.php/espacojuridico/article/view/1888/956>>. Acesso em: 5 maio 2015.
- NEPOMUCENO, Eric. **A Memória de todos nós**. Rio de Janeiro: Record, 2015.
- PEREIRA, Marcos Vinícios Torres. Um Epílogo das recentes ditaduras Militares Sul – Americanas à luz do Direito Internacional (Breves considerações sobre os mecanismos de reparação dos crimes cometidos). In: SABADELL, Ana Lucia (Org.). **Justiça de Transição** – das Anistias às Comissões de Verdade. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2014.
- PIRES, Juliano. **Brasil é dos últimos a manter arquivos fechados, diz especialista**. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/DIREITOS-HUMANOS/143304-BRASIL-E-DOS-ULTIMOS-A-MANTER-ARQUIVOS-FECHADOS,-DIZ-ESPECIALISTA.html>>. Acesso em: 3 maio 2015.
- POLLAK, Michael. Memória, esquecimento e silêncio. Tradução de Dora Rocha Flaksman. **Estudos Históricos**, Rio de Janeiro, v. 2, n. 3, p. 3-15, 1989. Disponível em: <http://www.uel.br/cch/cdph/arqxt/Memória_esquecimento_silencio>. Acesso em: 4 maio 2015.
- QUINALHA, Renan Honório. **Justiça de Transição**: Contornos do Conceito. Disponível em: <<http://editora.expressãopopular.com.br/livro/justicadetransicao-contornodoconceito>>. Acesso em: 18 abr. 2015. ISBN 978.85-6442-143-1/2013.
- RIBEIRO, Raimundo Donato do Prado. **Memória e contemporaneidade**: as tecnologias da informação como construção histórica. 2004. Disponível em: <<http://www.comciencia.br/dossies-1-72/reportagens/memoria/13.shtml>>. Acesso em: 30 abr. 2015.
- SANTOS, Cecília MacDowell; TELES, Edson Luís de Almeida; TELES, Janaina de Almeida. (Org.). **Desarquivando a Ditadura**. Memória e Justiça no Brasil. São Paulo: Editora Hucitec, 2009. v.1.

SHREM, Margot. Ficção de um, realidade de muitos: implicações para a prática analítica. Tradução de Pedro Henrique B. Rondo. **Psicanalítica**, Rio de Janeiro, v. 15, n. 1, p. 31, 2014.

SILVAFILHO, Carlos Moreira da. O anjo da história e a memória das vítimas: o caso da ditadura militar no Brasil. **Veritas**, Porto Alegre, v. 53, n. 2, abr./jun. 2008, p. 150-178. Disponível em: <https://www.google.com/search?ei=NlVWW_6JHciXwQS487_IDw&q=Silva+Filho%2C+Jos%C3%A9+Carlos+Moreira%2C+o+anjo+da+hist%C3%B3ria+e+a+mem%C3%B3ria+das+v%C3%9ctimas%3A+o+caso+do+d>. Acesso em: 23 jul. 2018.

SOARES, Inês Virginia Prado. **Justiça de Transição**. 2010. Disponível em: <<http://www.escola.mpu.br/dicion%C3%A1rio/tiki-index.php?page=justi%C3%A7adeTransi%C3%A7%C3%A3o>>. Acesso em: 18 abr. 2015.

WALKER, Alice. **Rompendo o Silêncio**. São Paulo: Ed. Bertrand Brasil, 2011.

25 SEM TRANSIÇÃO, SEM
JUSTIÇA: ENTRE A TUTELA
CIVIL E O MARCO TEMPORAL,
A PERMANÊNCIA DA
COLONIALIDADE NA RELAÇÃO
COM OS POVOS INDÍGENAS

Marco Antonio Delfino de Almeida¹

Resumo: A relação com os Povos Indígenas, ao longo de todos os períodos históricos (Colônia, Império ou República) segue o modelo colonial. Este modelo, que se alterna entre o assimilacionismo e o racismo, se caracteriza pela desconsideração da alteridade. Modelo reproduzido na construção de uma história oficial que invisibiliza os colonizados e, especialmente, as suas violações. Termos como “Pacificação”, “Conquista” ou “Colonização” representam a versão oficial para diversos crimes contra a humanidade como assassinatos e remoções forçadas. Mesmo mecanismos supostamente democráticos, como a Justiça de Transição, não consegue superar a marginalização dos povos indígenas em face da ausência de representatividade no cenário político e nas instituições judiciais. Consequentemente, um processo de reparação fundado em lógica eurocêntrica, acarreta a repetição e consequente perpetuação das violações.

Palavras-chave: Povos Indígenas. Crimes contra a Humanidade. Remoções forçadas. Justiça de Transição. Silenciamento do passado.

Abstract: *The relationship with the Indigenous Peoples, throughout all the Brazilian historical periods (Colony, Empire or Republic) follows the colonial model. This model, which alternates between assimilationism and racism, is characterized by the disregard of otherness. The model reproduces the construction of an official history that invisibilizes the colonized and especially their violations. Terms like "Pacification," "Conquest" or "Colonization" represent the official version for various crimes against Humanity such as killings and forced evictions. Even supposedly democratic mechanisms, such as the Transitional Justice, can not overcome the marginalization of indigenous peoples in the face of the lack of representation in the political scene and judicial institutions. Consequently, a reparation process based on Eurocentric logic entails the repetition and consequent perpetuation of violations.*

Keywords: *Indigenous Peoples. Crimes against Humanity. Forced Evictions. Transitional Justice. Silencing the past.*

1 Marco Antonio Delfino de Almeida, procurador da República, mestre em Antropologia pela Universidade Federal da Grande Dourados (UFGD) e doutorando em História Indígena pela UFGD.

1 Introdução

Índios Caiuás recusam-se a entregar dois veículos

Os Guarani Kaiowá da RI Dourados (MS) continuam retraindo os dois caminhões da Prefeitura de Maracaju (MS) que transportaram 10 famílias indígenas expulsas da Fazenda Alegria, há uma semana.²

A terra parecia sobrenatural. Nós nos acostumamos a olhar sobre a forma acorrentada de um monstro conquistado, mas lá, lá podíamos olhar para algo monstruoso e livre. Era sobrenatural e os homens eram... não, eles não eram humanos. Bem, como vocês bem sabem, isso seria pior – essa suspeita de eles não serem humanos. Aquilo vinha surgindo aos poucos. Eles uivavam, pulavam e rodopiavam, fazendo horríveis caretas; mas o que nos aterrorizava era justamente a ideia da humanidade deles – como a de vocês – a ideia do distante parentesco com aquela selvagem e apaixonada baderna... (CONRAD, 2011, p. 41-42)

A projeção de Mercator de 1569, do cartógrafo belga Gerardus Mercator, revolucionou a navegação ao permitir a projeção do globo terrestre em um retângulo plano. Por outro ponto de vista, podemos considerá-la a representação gráfica da concepção ocidental de mundo. Os países europeus, em face da distorção da projeção, são representados de forma desproporcionalmente maior e ocupam, obviamente, o espaço mais importante: o centro. De forma indireta, temos a consequente definição das margens. Margens e seus habitantes: os marginais.

Schmitt (1990) aborda o silêncio da representação das margens, uma vez que os registros históricos fundam-se no centro. A história seria uma representação “Mercatorizada”, em que o que “[...] escapava ao seu olhar era apenas ‘resto’, supérfluo, ‘sobrevivência’ anacrônica, ‘silêncio’ cuidadosamente entretido ou simples ‘ruído’ sobre o qual se evitava falar.” (SCHMITT, 1990, p. 261).

Esses silêncios dos “marginais” são identificados por Schmitt (1990) como os “excluídos” e “mudos da história tradicional. Por exemplo, como desconsiderar que a utilização de registros fiscais para reconstrução de uma população de determinada cidade acarreta a necessária exclusão dos que não pagavam tributos? Dos que se situavam no

² Índios Caiuás recusam-se a entregar dois veículos. **Jornal de Minas**, Belo Horizonte, 22 jul. 1986.

“mundo selvagem”, na “inculta floresta”, no espaço em que o Estado ausente permite a presença dos “seres demoníacos e bandidos” que não têm “domicílio fixo”, “moram em qualquer lugar”, “gente sem senhor” e “inúteis ao mundo”.

Essas definições inerentes ao espaço exterior às aldeias e cidades e, eventualmente, a determinadas partes delas próprias se avolumam ao nos dirigirmos às margens do mundo conhecido. O encontro com os habitantes do “Novo Mundo” acarretou a imediata adjetivação dos “índios” com as características inerentes aos marginais acrescidas do estranhamento com a alteridade, como exposto por Colombo (1986, p. 62-63) “[...] mas me pareció que era gente muy pobre de todo [...] que me pareció que ninguna secta tenían [...] llevaré de aquí [...] para que deprendam hablar”.

O mesmo assombro é apresentado na descrição de Marlow, protagonista do romance *O Coração das Trevas* (CONRAD, 2011): o assombro do centro do rio, com as inexplicáveis, sobrenaturais, ruidosas manifestações dos homens situados às margens.

Certeau (1998) retrata a relevância da oralidade para as manifestações culturais da própria sociedade envolvente, mas, ao mesmo tempo, apresenta algo que necessita ser domesticado, normalizado, controlado. Sob o ponto de vista de Certeau, a mudança da economia oral para a economia escritural é o necessário precursor do reino do panoptismo (BUCHANAN, 2000, p. 78). “O desenvolvimento excepcional e até mesmo canceloso, dos procedimentos panópticos parece indissociável do papel histórico que lhes foi atribuído, o de ser uma arma para o combater práticas heterogêneas e para controlá-las” (CERTEAU, 1998, p. 115).

Ora, é um truismo que a heterogeneidade dos “selvagens” americanos necessite ser domesticada, normalizada, controlada. O jugo do colonizador se manifesta pelo controle da palavra: “El dueño de la palabra” (MELIÁ, 2004). A definição do que deve ser ouvido e lido é por ele estabelecido e, como exposto, a linguagem escrita desempenha especial papel na organização da sociedade: “lenguaje del señor y del dictador, por excelência”.

Certeau (1998) denomina de “Ciência da Fábula” um termo que pode abranger as hermenêuticas eruditas que visam introduzir na linguagem autorizada, escrita, a “voz do povo”: as manifestações orais associadas à religião, aos loucos, às crianças, aos populares e, obviamente, aos selvagens. Essa definição abrange as ciências religiosas, a psiquiatria, os procedimentos historiográficos e a etnologia. Essas heterologias (ou ciências do outro) visam escrever a voz.

2 A oralidade perdida

Somente palavras que andam, passando de boca em boca, lenda e cantos, no âmbito de um país, mantêm vivo um povo.³

O processo reducionista da diversidade repousa na definição de um objeto, definido como fábula, e em um instrumento, a tradução. A definição como fábula visa estabelecer uma situação de inferioridade do falante como alguém que “não sabe o que diz”. As suas palavras deverão esperar a interpretação erudita para que se explicito o seu real significado. “A dominação do trabalho escriturístico se acha assim de direito fundada por essa estrutura de fábula que é o seu produto histórico”. (CERTEAU, 1998, p. 254).

Para que seja implementada a dominação, utiliza-se o instrumento da tradução: a transformação em “mensagens escriturísticas, produzidas e compreendidas” dos ruídos “insólitos” ou sem sentido provenientes das vozes. Esse processo supõe uma traduzibilidade de todas as espécies de manifestações linguísticas (icônicas, gestuais ou sonoras).

Esse processo de tradução e normalização do heterogêneo visa atender ao progresso. “O progresso é do tipo escriturístico”. A oralidade é estabelecida como parâmetro negativo do qual as práticas “legítimas, associadas à ciência e ao ensino, devem se afastar. “Oral é aquilo que não contribui para o progresso: e reciprocamente, “escriturístico” aquilo que se aparta do mundo mágico das vozes e da tradição” (CERTEAU, 1998, p. 224). Poderiam ser estabelecidos, nos frontões da modernidade, inscrições como “Aqui, trabalhar é escrever” ou “Aqui só se compreende aquilo que se escreve”.

O processo de escrever definido como “[...] construir um texto que tem um poder sobre a exterioridade da qual foi previamente isolado” (CERTEAU, 1998, p. 225) contém três elementos decisivos: 1) a página em branco; 2) o texto; e 3) alteração da realidade.

A página em branco, de forma metafórica, representa a assepsia científica: “um lugar desenfitejado das ambiguidades do mundo. Efetua-se um corte no cosmos tradicional, onde o sujeito era possuído pelas vozes do mundo” (CERTEAU, 1998, p. 225).

Em seguida ao recorte cartesiano na realidade, temos a produção sistêmica de um texto, destinado a conferir ordem e significado aos “gruñidos”, “ladridos”, “ruído ininteligível” que “tuvieron el mismo maestro de lengua, que ha enseñado a los perros a ladrar de la misma forma em todos los países” (MELIÁ, 2004, p. 177).

3 No mesmo sentido: “Pero hay más. Esos Guaraní, “hijos e hijas de la cruz de la buena palabra -kurusu ñe'engatu ra'y ha rajy-” no son repetidores de textos tradicionales girando sobre sí mismos, sino hacedores de historia. Están en la historia y producen historia. Y es tanta su ambición profética, que su historia específica se constituye en matriz de otra historicidad que no se reduce a la supuesta historia universal. En tiempos de fin de historia nace y pervive en ellos otra historia. Los Guaraní nos permiten pensar en otras formas de historia.” (MELIÁ apud CHAMORRO; COMBES, 1995).

Por derradeiro, o processo de alteração da realidade está associado à função estratégica da escrita como normalização da heterogeneidade. “As coisas que entram na página são sinais de uma passividade do sujeito em face de uma tradição; aquelas que saem dela são as marcas do seu poder de fabricar objetos”. Clara consequência de conformação da alteridade aos modelos eurocêntricos é a sua natureza colonizadora.

Exemplo fornecido por Certeau (1998) desses três elementos associados à prática conquistadora é o livro *Robinson Crusóé*, de Daniel Defoe. O livro apresenta a página em branco (representada pela ilha que demarca um espaço próprio), a produção de um sistema de objetos por um sujeito senhor (“El dueño de la palabra”) e transformação/domesticação do mundo natural. A conquista do desconhecido, da margem do mundo, inicia-se pela decisão de escrever o diário e, conseqüentemente, estabelecer o domínio sobre o tempo e sobre as coisas.

Exemplo fático dessa desconsideração da oralidade enquanto portadora da realidade e não apenas de registros míticos pode ser apresentado na seguinte entrevista do historiador Antonio Jacó Brand (apud DA SILVA, 2012: 185):

[...] Eu cheguei a Dourados dia 12 de setembro de 1978 e, dia 15, o meu primeiro contato com os Guarani foi exatamente para fazer o levantamento de uma aldeia inteira que tinha sido expulsa, e trazidos para Bodoquena, que eram os índios do Rancho Jacaré. Fui fazer o levantamento de dezoito casas queimadas, foi o meu primeiro trabalho com os Guarani. *Eu fui junto com outros colegas, e o que eu vi, o meu primeiro impacto, foi uma aldeia inteira sendo transferida em caminhões de gado, forçado, numa operação de cooperação entre a Funai e a Companhia Matte Laranjeira. Jogaram os índios em Bodoquena e, ao mesmo tempo, eu li nos jornais da época, o administrador regional da Funai (que até hoje, aliás, está aqui) dizendo que se previa um êxodo de índios para Bodoquena. Mas antes disso, também, dois meses antes de vir pra cá, eu tinha lido outra matéria em que a Funai também tinha desalojado violentamente os índios, um grupo de índios Ofaié-Xavante de Brasilândia, e levado para Bodoquena. O primeiro ato político meu aqui foi fazer esse levantamento e fazer uma nota, que a Diocese publicou, denunciando essa destruição da aldeia do Rancho Jacaré.*

A transformação da realidade é nítida. Os registros orais de oposição ao deslocamento são normalizados como “êxodo voluntário” para áreas distantes dos interesses da empresa em apreço: transformação em “mensagens escriturísticas, produzidas e compreendidas” dos ruídos “insólitos” ou sem sentido provenientes das vozes dos selvagens.

3 A intervenção colonial

A atitude de Colombo para com os índios decorre da percepção que tem deles. Podemos distinguir, nesta última, dois componentes que continuarão até o século seguinte e, praticamente até os nossos dias, em todo colonizador diante do colonizado. [...] Ou ele pensa que os índios [...] são seres completamente humanos com os mesmos direitos que eles e aí, considera-os não somente iguais, mas idênticos, e este comportamento desemboca no assimilacionismo, na projeção de seus próprios valores sobre os outros, ou então parte da diferença, que é imediatamente traduzida, em termos de superioridade e inferioridade.(TODOROV, 2003:25)

Ao longo dos últimos quinhentos anos, a sociedade hegemônica efetuou inúmeras interações violentas com os povos indígenas. Podemos enumerar as guerras justas, os deslocamentos forçados do período colonial e imperial, a escravidão, o processo de conversão ao cristianismo, a imposição da língua do conquistador, a tutela orfanológica, os deslocamentos forçados no século XX e, por fim, a tutela estatal. As intervenções foram calcadas na aplicação do controle disciplinar, da vigilância e do BioPoder destinadas à promoção da docilização-utilidade dos corpos e a consequente transformação do “selvagem” improdutivo em trabalhador nacional. Passados mais de 25 (vinte e cinco) anos da promulgação da Constituição, temos a lenta transição do regime tutelar ao modelo idealizado pelo legislador constituinte. A edição das normas constitucionais, especialmente os arts. 215, 216, 231 e 232, não acarretou rompimento teórico com a Colonialidade do saber, representado pela superioridade da “ciência” derivada do colonizador e incorporada na nova ordem pós-colonial, com a consequente desqualificação de outras formas de conhecimento, da Colonialidade do ser, expresso na desumanização do diferente e na hierarquização das raças e, por fim, da Colonialidade cosmogônica entendida como “[...] a que encontra sua base na divisão binária natureza/sociedade, descartando o mágico-espiritual-social, a relação milenar entre mundos bio-físicos, humanos e espirituais – incluindo dos ancestrais, espíritos, deuses, e orixás [...]” (WALSH, 2009, p. 9). A permanência da Colonialidade acarreta a necessária manutenção dos mecanismos de subordinação e invisibilização inerentes a uma estrutura que desconsidera a alteridade há séculos. Infelizmente a realidade não pode ser “implodida” com uma mudança legislativa, ainda que seja uma nova ordem constitucional.

Ilustrativo dessa transição aparente é a utilização pelo Supremo Tribunal Federal, no notório voto atinente ao processo de demarcação da terra indígena Raposa Serra do Sol.

Lacerda (2014, p. 396) destaca a utilização de conceitos presentes nas constituições anteriores e, supostamente, relegados aos arquivos históricos pela nova ordem multicultural: “primitivos”, “silvícolas”, “aculturados”, “tribais”, e “integrados. Termos empregados com profusão pelos ministros e emoldurados com a afirmação do relator Ayres Britto de que a Constituição “busca integrar os nossos índios para que possam se beneficiar “de um estilo civilizado de vida que é tido como de superior qualidade”. Nada mais exemplificativo das dificuldades desse processo de transição do que a apresentação, pela mais alta corte judiciária do país, da supracitada Colonialidade do Ser. Colonialidade esta que igualmente pode ser definida como a prévia designação de espaços e posições a serem ocupados conforme a raça ou etnia. Nas palavras de Quijano (2005, p. 229), “[...] identidades foram associadas às hierarquias, lugares e papéis sociais correspondentes [...], raça e identidade racial foram estabelecidas como instrumentos de classificação social básica da população.”

Em um cenário em que a transição de súdito a cidadão, de subalterno a soberano, não se reflete na realidade cotidiana, o processo de invisibilização se espraia em todas as direções. A Comissão Nacional da Verdade, infelizmente, não foge da regra. O relatório final da Comissão, contido em seu primeiro volume, não coloca entre o rol de crimes contra a humanidade⁴ os deslocamentos forçados, experimentados massivamente pelas populações indígenas. O ponto positivo é o reconhecimento de que a apuração/responsabilização das violações acarreta a sua perpetuação.

A CNV, ao examinar o cenário de graves violações de direitos humanos correspondente ao período por ela investigado, pôde constatar que ele persiste nos dias atuais. Embora não ocorra mais em um contexto de repressão política – como ocorreu na ditadura militar –, a prática de detenções ilegais e arbitrárias, tortura, execuções, desaparecimentos forçados e mesmo ocultação de cadáveres não é estranha à realidade brasileira contemporânea. [...]

É entendimento da CNV que esse quadro resulta em grande parte do fato de que o cometimento de graves violações de direitos humanos verificado no passado não foi adequadamente denunciado, nem seus autores responsabilizados, criando-se as condições para sua perpetuação.” (BRASIL, 2014a, p. 964)

4 A configuração de condutas ilícitas como crimes contra a humanidade consolidou-se ao longo do século XX e no princípio deste século nas normas imperativas internacionais [...]. Tal configuração decorre da associação de tais condutas a uma série de elementos que as tornam particularmente graves: serem atos desumanos, cometidos no contexto de um ataque contra a população civil, de forma generalizada ou sistemática e com o conhecimento dessa abrangência por parte de seus autores (BRASIL, 2014a, p. 976).

Outro ponto que se soma às argumentações anteriores é a localização (espacialização do diferente?) dos relatos das violações dos povos indígenas em um volume suplementar. Volume que possui a seguinte introdução:

O presente volume do Relatório da Comissão Nacional da Verdade contém um conjunto de textos produzidos *sob a responsabilidade individual de alguns dos conselheiros da Comissão*. Inclusive parte desses textos foi elaborada a partir da atividade desenvolvida por grupos de trabalho constituídos no âmbito da própria Comissão, integrando vítimas, familiares, pesquisadores ou interessados na memória dos temas e das pessoas investigados." (BRASIL, 2014b, p. 9).

Ainda que o reconhecimento das violações seja realizado, ele é efetivado sob um olhar eurocêntrico, individualista e econômico, como no caso dos Aikewara. A Comissão de Anistia reconheceu a condição de anistiados a 14 (catorze) indígenas, com o estabelecimento de uma reparação econômica individualizada. Em carta sobre o tema, um integrante da comunidade apontou que

[...] ainda esperamos a principal reparação que existe, e que é coletiva: a regularização e desintrusão da Terra Indígena Tuwa Apekuokawera, parte do nosso território, excluída há 40 anos" (Suruí, 2014). Por óbvio, é necessário "a superação do conceito individualista, monocultural e positivista dos direitos humanos" (FAJARDO, 2004).⁵

O ICTJ (2012) aponta que a perpetuação das violências e da marginalização dos povos indígenas representa, ao mesmo tempo, causa e efeito da ausência de representatividade no cenário político e nas instituições judiciais. Resultado óbvio é a desconsideração ou endereçamento inadequado de suas demandas. No caso específico, temos a visibilização de suas violações.

'Sem transição, sem Justiça' poderia ser uma afirmação que convertemos em indagação ao perquirir as causas da permanência da colonialidade nas relações com os po-

5 Em sentido oposto, temos o que acordo encerrou uma batalha jurídica de mais de cem anos para reconhecimento da centralidade do rio Whanganui para a saúde e bem-estar dos Whanganui Iwi, na Nova Zelândia. A legislação decorrente reconheceu o "Te Awa Tupua como um todo indivisível e vivo, que compreende o rio Whanganui das montanhas ao mar, incorporando todos os seus elementos físicos e metafísicos" (NOVA ZELÂNDIA. **Te Awa Tupua - Whanganui River Claims Settlement - Act 2017**). A reparação não econômica e coletiva advém da indissociabilidade entre natureza e cultura, conforme podemos inferir, por exemplo, do conceito da Pachamama, contido nos art. 71 c/c 74 da Constituição do Equador. Esta é igualmente a lição de Pacari (2002), que aponta que a sociedade indígena obedece a uma lógica diversa da sociedade ocidental, ao se reger por uma indivisibilidade entre homem, natureza e sociedade. Nessa mesma direção, temos Holanda (2008, p. 134), ao nos relatar que o animismo não diferencia natureza e cultura, mas estabelece uma continuidade, "a série social de pessoas".

vos indígenas. As violações não se referem a um período determinado⁶. O que diferencia o período republicano do colonial são apenas as cifras, supostamente menores nos períodos atuais. Como compatibilizar essa constatação com a existência de um Serviço de Proteção ao Índio, com uma legislação garantidora de direitos territoriais e, mais recentemente, com uma Constituição Pluriétnica?

4 Da tutela estatal

A invisibilização histórica das violações de direitos humanos das populações indígenas pode ser encontrada na gênese do IHGB (Instituto Histórico e Geográfico Brasileiro). Duarte e Scotti (2015, p. 80-81) apontam que o instituto, criado em 1838, teve na monografia do naturalista alemão Von Martius uma de suas diretrizes. O trabalho, datado de 1845, foi vencedor de um concurso promovido pelo IHGB e se denominava *Como se deve escrever a História do Brasil*. A óbvia resposta reside em uma história em que houvesse menção às três raças com a exposição do protagonismo do português conquistador.

Couto Magalhães, integrante do IHGB, deu a fundamentação teórico-econômica para o processo de dominação colonial dos povos originários. O trabalho de Couto Magalhães foi elaborado a pedido do imperador Pedro II para figurar na biblioteca americana da Exposição Universal de Filadélfia, em 1876, comemorativa do Centenário da Independência Americana. Os assuntos debatidos no livro apresentam um relevante tema à época. Em 25 de junho de 1876, aconteceu a Batalha de Little Big Horn, entre unidades do Exército Americano e indígenas do povo Lakota. Paralelamente, havia a intervenção militar chilena no território Mapuche, denominada “Pacificação da Araucania” (1862-1883) e, igualmente, a intervenção militar argentina em face das comunidades indígenas Mapuche, Tehuelche e Ranquel, denominada “Conquista do Deserto”. Nesse contexto, o debate centrava-se no destino das comunidades indígenas: Extermínio ou aproveitamento econômico? A solução gestada por Couto Magalhães (1876, p. 18-20) aponta para “O selvagem como elemento econômico”, conforme verificamos a seguir:

Não estará longe o dia em que seremos forçados, como a República Argentina, o Chile, os Estados Unidos, a manter verdadeiros corpos de exército para conter nossos selvagens, se abandonarmos essa questão ao seu natural desenvolvimento.

⁶ Com a devida vênia ao excepcional trabalho de Valente (2017), não entendemos que as atrocidades em relações aos povos indígenas se restringem, no Período Republicano, ao período da ditadura militar.

[...]

Estes prejuízos, as despesas que serão necessárias com movimento de forças, as perturbações sociais que provirão de conflitos sanguinolentos no interior, mostram que quaisquer despesas que fizermos agora para assimilar os selvagens na nossa sociedade serão incomparavelmente menores do que as que teremos de fazer se, por não prestarmos atenção ao assunto, formos forçados a exterminá-los.

Nesse sentido, caminha igualmente o pensamento rondoniano, flagrante tributário dos ideais de Couto Magalhães. A leitura dos Relatórios do Ministério de Agricultura Indústria e Comércio de 1913 e 1917 confirma essa afirmação:

Não resta dúvida de que o governo, do mesmo passo que protege, ampara e salva o índio brasileiro [...] *precisava por termo à falta de segurança oferecida aos visitantes de nossas matas e sertões, que até agora viam nas populações selvagens do Brasil inimigos muito mais temerosos do que as suas feras.*⁷

[...] *isto é – brasileiros reduzidos a condição de brutos, inúteis a si e à coletividade e, o que é mais, travando, em mais de um ponto, o aproveitamento da terra e das forças naturais, ele inclusive, e sendo exterminados barbaramente, como feras por pseudocivilizados sem consciência e sem alma, a quem o índio involuntariamente prejudicava na tranquilidade e na cobiça [...].*⁸

É possível afirmar, à luz dos documentos apresentados, que a Proteção dos índios não representava um fim, mas um meio para obtenção do efeito econômico desejado: a utilização da mão de obra indígena no processo de colonização do interior do Brasil. Em um cenário de carência de recursos tecnológicos para exploração das áreas (por exemplo, a extração da erva-mate e derrubada de matas para implantação de pastagens), os índios representavam as “ferramentas vivas”. A localização topográfica do SPI na estrutura burocrática federal (vinculada ao Ministério da Agricultura, durante a maior parte do período de sua existência) não permite uma conclusão em outra direção.

⁷ Relatório do Ministério de Agricultura Indústria e Comércio de 1913 apud LIMA, 1995, p. 130. Este sistema punitivo se assemelha ao “Code de L’Indigenat” (Código do Aborígene, em tradução livre). A legislação, destinada à França Colonial, estabelecia uma diferenciação entre cidadãos e súditos (populações das colônias). A norma instituída no séc. XIX permaneceu vigente, ainda que parcialmente, até 1962. Entre as restrições às populações coloniais estava o estabelecimento de um rol de 27 infrações estabelecidas em 1874 e aumentadas progressivamente até 1881. Entre as infrações estavam previstas reunião sem autorização, viagem sem permissão da autoridade administrativa, ato irresponsável e ofensa ao agente colonial. (WEIL, 2005, p. 96)

⁸ Relatório do Ministério de Agricultura Indústria e Comércio de 1917 apud LIMA, 1995, p. 119.

Nesse vetor, temos o Decreto-Lei nº 1.736/1939, que subordinou o SPI ao Ministério da Agricultura. O decreto traz mais luzes ao efetivo objetivo do “Grande Cerco de Paz” rondoniano: Tornar os índios “úteis”, produtivos mediante o auxílio às populações civilizadas desses “[...] homens aclimados ao solo e habituados à vida semi-bárbara” (MONTEIRO, 2003, p. 14). A redação legal não deixa dúvidas em relação ao desiderato estatal: “[...] de orientar e interessar os indígenas no cultivo do solo, para que se tornem úteis ao país e possam colaborar com as populações civilizadas que se dedicam às atividades agrícolas”.⁹

Ínsita à utilização da mão de obra indígena como “ferramentas vivas”, a disposição dos produtores rurais é a inserção da tutela intimamente ligada à incapacidade civil e à conseqüente inferioridade intelectual. A medida foi positivada pelo art. 6º do Código Civil Brasileiro de 1916. Posteriormente, o regime tutelar estatal foi expressamente introduzido em substituição à tutela orfanológica¹⁰ pelo Decreto nº 5.484/1928¹¹. A tutela estatal veio acompanhada do poder disciplinar e da conseqüente explicitação do jugo colonial que permanecia na era republicana: a proteção era apenas uma palavra com significado diverso no cotidiano dos povos indígenas. A “Proteção” é explicitada no Regulamento do SPI, conforme redação da alínea e do art. 5º do Decreto nº 17.684, de 26 de janeiro de 1945:¹²

e) propor ao diretor, mediante requisição do Chefe de Inspeção competente, o recolhimento à colônia disciplinar, ou na sua falta ao posto Indígena designado pelo diretor, e pelo tempo que este determinar nunca excedente a 5 anos, de Índio que por infração ou mau procedimento, agindo com discernimento, fôr considerado prejudicial á comunidade indígena a que pertencer, ou, mesmo, ás populações vizinhas, indígenas ou civilizadas.[...] ¹³

9 BRASIL. Presidência da República. **Decreto-Lei nº 1.736, de 3 de novembro de 1939**. Subordina ao Ministério da Agricultura o Serviço de Proteção aos Índios.

10 “[...] tutela orfanológica que colocava os índios à mercê dos juizes de órfãos e diretamente aos poderes locais sem qualquer mediação do centro de governo federal.” (Lima, 2015). É possível inferir que esta alteração visou, à semelhança da legislação americana contida no “Non-Intercourse Act” ou “Indian Intercourse Act”, estabelecer o monopólio de comércio dos Povos Indígenas com o Governo central. (UNITED STATES (US) **25 United States Code Ch. 5: Protection of Indians § 177.**)

11 “Art. 1º Ficam emancipados da tutela orphanologica vigente todos os indios nascidos no territorio nacional, qualquer que seja o grão de civilização em que se encontrem. Art. 6º Os indios de qualquer categoria não inteiramente adaptados ficam sob a tutela do Estado, que a exercerá segundo o grão de adaptação de cada um, por intermedio dos inspectores do Serviço de Proteção aos Indios e Localização de Trabalhadores Nacionaes, sendo facultado aos ditos inspectores requerer ou nomear procurador, para requerer em nome dos mesmos indios, perante as justiças e autoridades, praticando para o referido fim todos os actos permitidos em direito”.

12 BRASIL. Presidência da República. **Decreto nº 17.684, de 26 de janeiro de 1945**. Modifica o Regimento do Serviço de Proteção aos Índios.

13 Esse sistema punitivo se assemelha ao “Code de L'Indigenat” (Código do Aborígine, em tradução nossa). A legislação, destinada à França Colonial, estabelecia uma diferenciação entre cidadãos e súditos (populações das colônias). A norma instituída no séc. XIX permaneceu vigente, ainda que parcialmente, até 1962. Entre as restrições às populações coloniais estava o estabelecimento de um rol de 27 infrações estabelecidas em 1874 e aumentadas progressivamente até 1881. Entre as infrações estavam previstas a reunião sem autorização, viagem sem permissão da autoridade administrativa, ato irresponsável e ofensa ao agente colonial (WEIL, 2005, p. 96).

Sintomático dessa difícil e não finalizada travessia do estado monolítico para o vigente de normas que, expressamente, remetem ao paradigma assimilacionista e à consequente manutenção da tutela. Como interessante exemplo, temos o Estatuto da Funai¹⁴, editado no ano de 2003, que apresentava a previsão de: “[...] *preservação da aculturação espontânea do índio, de forma a processar-se sua evolução sócio-econômica, a salvo de mudanças bruscas.*”¹⁵

Além da edição de normas, a tutela permanece em sua interpretação. A PGE (Procuradoria-Geral do Estado) de Mato Grosso do Sul determina que como “[...] o índio não possui capacidade civil plena, ele não pode receber, diretamente, as citações/intimações”. Dessa forma, a intimação “[...] deve ser feita diretamente ao seu representante legal”, no caso, a Fundação Nacional do Índio¹⁶.

Outros exemplos, *ad nauseam*, podem ser trazidos. De forma oposta à manifestação da PGE-MS, que determina a ausência de capacidade indígena para um exercício de direito, no caso o direito constitucional ao devido processo legal, temos, no caso a seguir, o entendimento de plena capacidade para efeito da sanção penal. É a aplicação jurídica inversa do exposto em Santos (2006, p. 316): “Temos o direito a ser iguais sempre que a diferença nos inferioriza; temos o direito a ser diferentes sempre que a igualdade nos descaracteriza.” O exemplo nos é trazido por Souza, Oliveira e Becker (2013) e relata a negativa de efetuação de laudo antropológico em processo criminal em decorrência da “integração do indígena à comunhão nacional”. A transcrição do julgamento do indígena nos demonstra a dificuldade de rompimento com conceitos evolucionistas que insistem em associar a alteridade a uma vetusta e inexistente escala evolutiva.

Para o desembargador, João Batista da Costa Marques, a dispensa da perícia antropológica se justifica *porque neste caso há evidências convincentes de integração [...]*

Em síntese, o desembargador João Batista da Costa Marques articula a tese de que Vanderlei Mendes já se integrou aos “costumes da Nação civilizada” ou do “homem branco”, com base em seu livre convencimento. [...] *Inicialmente, ele afirma que a negação da perícia antropológica se dá pelo fato de que no processo o acusado jogava vôlei ao invés de praticar danças tribais relativas à sua comunidade.* (SOUZA; OLIVEIRA; BECKER, 2013, p. 110-112)

14 BRASIL. Presidência da República. **Decreto nº 4.645, de 25 de março de 2003.** Aprova o Estatuto e o Quadro Demonstrativo dos Cargos em Comissão e das Funções Gratificadas da Fundação Nacional do Índio (Funai), e dá outras providências.

15 Esse decreto presidencial foi revogado apenas no ano de 2009, 21 anos após a promulgação da Constituição.

16 MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL (MPF). Inquérito Civil Público nº 1.21.001.000355/2006-15.

5 Marco temporal

Uma breve análise de duas decisões do Supremo Tribunal Federal reforça a permanência de “[...] um Estado monocultural, altamente eurocentrado e etnocêntrico. [...] ainda impregnado pela colonialidade de teor altamente racista” (LACERDA, 2014, p. 415). Uma análise detida dos votos expõe a colonialidade onipresente nas relações da sociedade envolvida com os povos indígenas.

3. Renitente esbulho não pode ser confundido com ocupação passada ou com desocupação forçada, ocorrida no passado. Há de haver, para configuração de esbulho, situação de efetivo conflito possessório que, mesmo iniciado no passado, ainda persista até o marco demarcatório temporal atual (vale dizer, a data da promulgação da Constituição de 1988), conflito que se materializa por circunstâncias de fato ou, pelo menos, por uma controvérsia possessória judicializada¹⁷

“Os excertos do laudo antropológico afastam quaisquer dúvidas sobre a anterior ocupação indígena da região na qual está inserido imóvel rural do Recorrente, adquirido em 23.8.1988 [...]”

Não há relato de violenta expulsão dos índios, conquanto haja referência a pressões dos fazendeiros para a desocupação do território em vista da ampliação da atividade agropastoril e de atuação de agentes da extinto Serviço de Proteção ao Índio – SPI, o que teria resultado na pulverização das parentelas que compunham essa comunidade nas reservas indígenas situadas nas adjacências.”¹⁸

Por outro lado, uma vez que este sentimento existe, deve-se, em minha opinião, tornar-se bastante claro que o que se pretende é uma segregação dos padrões sociais, e não uma segregação de raças. O cavalheiro indiano ou africano que adote o padrão mais elevado de civilização e deseje participar dessa imunidade à infecção proporcionada pela segregação, [...] . “Para essas pessoas, as regras sanitárias são necessárias, mas odiosas. Elas não têm o desejo de abolir a segregação.” (LUGARD, 1929, p. 150)

A comparação entre os votos dos ministros do STF, prolatados no século XXI, e as declarações de Lugard, escritas no alvorecer do século XX, diferenciam-se muito menos em conteúdo do que aparentam. A tentativa de ocultação de uma segregação explícita,

17 SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Ag. Reg. no REExt com Agr. 803.462/Mato Grosso do Sul**. Rel. Min. Teori Zavascki. Julgado em 09.12.2014.

18 SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **RMS 29.087**. Rel. Min. Ricardo Lewandowski. Julgado em 16.09.2014.

única explicação razoável para a flagrante denegação de direitos, percorre as três falas. Não há segregação racial, mas “segregação de padrões sociais”, necessária para assegurar a “imunidade à infecção”, uma vez que “para essas pessoas, as regras sanitárias são necessárias, mas odiosas”.

Da mesma forma, o discurso de culpabilização da vítima percorre a narrativa da Corte Suprema:

Denego o recurso porque não há “*pelo menos [...] uma controvérsia possessória judicializada*”. Denego o recurso porque apesar da inexistência de dúvidas em relação à ocupação indígena até a década de 80, “*não há relato de violenta expulsão dos índios*”. Surge a óbvia pergunta: Como considerar possível que representantes de comunidades indígenas, que enfrentam dificuldades para serem intimados como cidadãos no século XXI, tenham tido a plena possibilidade de ajuizar demandas judiciais antes da Constituição de 1988? Como considerar possível que os relatos históricos contenham narrativas das violações experimentadas por essas comunidades? Na mesma direção é a mesma desconsideração, descrita no tópico anterior, dos deslocamentos forçados como crimes contra a humanidade. Ou seja, não atribuo significação jurídica às desocupações forçadas. Não atribuo significação jurídica a crimes contra a humanidade cometidos em face de comunidades indígenas. Não atribuo humanidade às comunidades indígenas, logo não há crimes.

Essa compartimentação, essa ignorância do outro, esse “encubrimiento” do diferente preside as relações desde o primeiro contato e acarreta, claramente, a utilização das instituições de controle para a devida domesticação da alteridade. O processo de transmutação da realidade ao transpor a ininteligibilidade das vozes, dos gestos, das vestimentas (ou ausência de) para um registro escrito sistêmico, caracterizado pelo reducionismo comparativo (o seu Deus é..., por exemplo) avança na escolha das versões a serem utilizadas para retratar determinados acontecimentos.

Esse processo de seleção é narrado por Todorov (1995). Ao analisar as relações estabelecidas entre ficção e realidade, examina a proposição de Paul Valéry, o qual afirma que, quando contemplamos um retrato antigo, temos uma tendência em considerá-lo verdadeiro. A mesma conclusão se estenderia aos livros (e às demais fontes documentais escritas). Não haveria possibilidade de distinguir entre verdade e ficção, entre livros de “testemunhos verdadeiros” e de “testemunhos imaginários”. Estabelecer se os autores são inventores ou repórteres. Essas afirmações não acarretam que consideremos todos os livros igualmente verdadeiros, mas as razões que utilizamos para essas con-

clusões não têm conexão com as suas reais autenticidades, que desconhecemos. O que efetivamente consideramos é a sua verossimilhança, não a verdade: o efeito do real (*"L'effet de réel"*), não a realidade ou a verdade efetivamente.

Mas, como sabido e igualmente exposto por Todorov (1995), a questão não se resume à mera desconsideração da inexistência de fatos, e sim de meras interpretações. Para tanto, apresenta dois interessantes problemas: se fôssemos julgados por um crime não cometido, consideraríamos, de forma principiológica, que ficção e verdade sejam equivalentes ou que a ficção seja mais verdadeira que a história? Diante de alguém que negasse o genocídio nazista, aceitaríamos que o debate não tem sentido, já que tudo não passa de interpretações? Como haveria a superação do paradoxo de considerar a distinção entre ficção e realidade na vida prática e negá-la na teoria?

O problema todo está na noção de verdade. Não se pode confundir a verdade-adequação (*la vérité a'adequation*) com a verdade-revelação (*la vérité é de dévoilement*). A primeira resume-se no binômio tudo ou nada, verdadeiro/falso. Na segunda, algo é mais ou menos verdadeiro, mais ou menos falso. Por exemplo, é verdadeiro ou falso que X cometeu determinado crime, o mesmo pode ser dito em relação à afirmação de pessoas mortas em campos de concentração nazistas. Se alterarmos a pergunta para as causas do nazismo, temos um cenário completamente diferente: as respostas podem conter apenas mais ou menos verdade, uma vez que visam revelar a natureza de um fenômeno, não apenas fatos. A diferenciação exposta não resolve completamente o problema das relações entre ficção e história. Nenhum historiador pesquisa exclusivamente fatos, uma vez que não contêm explicações significativas, o que obriga o historiador a tentar interpretá-los, deslizando inevitavelmente para a segunda categoria, a da verdade-revelação. Interessante exemplificação da teoria é a apresentação do enfoque histórico de Cristóvão Colombo e Américo Vespúcio. Apesar de o primeiro ser considerado, faticamente, o "descobridor" da América, temos que o nome do continente deriva do último. A atribuição pode ser derivada da verossimilhança dos relatos apresentados por Américo Vespúcio e o conseqüente "efeito do real" produzido nos acadêmicos de então.

Essa afirmação sobre os efeitos da narrativa no utente do texto não retira da arena um debate necessário sobre a sua forma de produção, especialmente pelos silêncios das vozes no seu processo de produção. A denegação de direitos baseada no silêncio documental das violações é especialmente perverso. Trouillot (1995), ao abordar o silenciamento histórico da revolução haitiana (a única exitosa de escravos contra senhores) aponta que uma das características atribuídas às sociedades não ocidentais seria o embaralhamento das fronteiras entre ficção e verdade. Ele teoriza que o silêncio entra no processo histórico em quatro momentos: o momento da escolha dos fatos (*fact creation*), de escolha dos documentos (*fact assembly*), a construção da narrativa (*making of narratives*) e o momento de definição dos pontos mais significantes da narrativa (*making of history*). No mesmo ve-

tor, aponta Hannah Arendt “[...] uma das lições que podem ser apreendidas das experiências totalitárias é a assustadora confiança de seus dirigentes no poder da mentira – na capacidade de, [...], reescreverem a história uma e outra vez para adaptar a passada a uma linha política” (ARENDR, 2015, p. 14).

Voltando ao início do presente ensaio, apresentemos a notícia integral para que possamos discorrer sobre esse processo de silenciamento do passado:

Índios Caiuás recusam-se a entregar dois veículos

Campo Grande – Os índios Caiuás continuam retendo em sua reserva de Dourados os dois caminhões da prefeitura de Maracaju, a 120 quilômetros da capital, que transportaram 10 famílias da tribo expulsa da fazenda Alegria, há uma semana. Apesar da pressão do prefeito Jair do Couto, que estaria entre os 40 pistoleiros que reforçaram a saída das famílias, os Caiuás recusam-se a entregar os dois veículos. Segundo informou hoje a Delegacia local da Funai, os caminhões somente retornarão à Prefeitura depois que for definido em que posto indígena ficarão as famílias desalojadas.

Depois da expulsão dos Caiuás da fazenda, onde existem cemitérios de seus antepassados destruídos pelo proprietário, Sebastião Marcondes, o clima na região é mais tranquilo. Oito agentes da Polícia Federal, armados de metralhadoras, estão na reserva de Dourados, e não se registrou nenhum distúrbio. A preocupação da Funai, ao recorrer à Polícia Federal, foi uma possível tentativa dos pistoleiros de invadir a reserva em busca dos dois caminhões, o que não ocorreu.

As dez famílias Caiuás deverão ser alojadas no posto indígena de Panambi, próximo a Dourados. Outras cinco famílias que haviam desaparecido foram localizadas em uma fazenda, trabalhando na lavoura.

Confrontando a notícia com a teoria exposta, teríamos o silenciamento da história, inicialmente pela escolha dos fatos a serem objeto da narrativa: a expulsão dos indígenas, efetuada supostamente por 40 pistoleiros ou a retenção “criminososa” dos veículos que teriam transportado as famílias expulsas? A segunda etapa de silenciamento ocorre pela escolha dos informantes: as famílias expulsas não são sequer nominadas e têm as vozes substituídas pelo representante do órgão indigenista, pelo proprietário da fazenda ocupada e pelo prefeito municipal. E, por último, a construção da narrativa e escolha dos seus pontos mais relevantes com a ênfase na retenção dos caminhões.

Trouillot (1995) discorre que a narrativa histórica não pode ser estudada como uma mera cronologia dos seus silêncios ela apenas expõe, de forma evidente, quando e onde o Poder entra na história. Essa afirmação conteria, contudo, uma incorreção: ela pressu-

põe a possibilidade de bloqueio do Poder, como entidade externa ao processo produtivo. O problema é que o Poder é elemento da história. Ele está contido em suas fontes. Citando Foucault : “Não acredito que a questão de ‘Quem exercita o poder?’ possa ser resolvida a menos que outra questão ‘Como ele acontece?’ seja resolvida ao mesmo tempo” (FOUCAULT, 1983 apud TROUILLOT, 1995, p. 28).

6 Conclusão

A irresignação em face da permanência das violações, especialmente de políticas assimilacionistas, bem como dos retrocessos advindos das decisões do Congresso Nacional e do Supremo Tribunal Federal, perpassa as falas das lideranças indígenas em suas manifestações. Exemplo é o manifesto derivado do Acampamento Terra Livre (ATL), realizado em Brasília-DF, no mês de abril de 2017. O maior encontro de lideranças indígenas já realizado reuniu quatro mil representantes dos povos indígenas e expressou, ao longo do evento, a contrariedade com perpetuação das violações. Especificamente em relação ao marco temporal, uma comitiva de advogados indígenas entregou o manifesto aos ministros do STF para que o tribunal faça prevalecer “os direitos fundamentais territoriais dos povos indígenas, respeitando-se o princípio fundamental da vedação do retrocesso a direitos fundamentais” (APIB, 2017b).

Em relação às demais violações, o documento final do acampamento expressou a preocupação com o que denominou de “mais grave e iminente ofensiva aos direitos dos povos indígenas desde a Constituição Federal de 1988, orquestrada pelos três Poderes da República em conluio com as oligarquias econômicas nacionais e internacionais [...]”. Prossegue ao efetuar uma defesa enfática do aparelho estatal protetivo, uma vez que o Governo Federal teria

[...] promovido o sucateamento dos já fragilizados órgãos públicos, com inaceitáveis cortes orçamentários e de recursos humanos na Fundação Nacional do Índio (Funai) e com nomeações de notórios inimigos dos povos indígenas para cargos de confiança [...]

e encerra com a crítica ao

retorno da política assimilacionista e tutelar adotada durante a ditadura militar, responsável pelo etnocídio e genocídio dos nossos povos, em direta afronta à nossa autonomia e dignidade, garantidos expressamente pela Lei Maior (APIB, 2017).

No mesmo sentido é a carta da grande assembleia dos Kaiowá e Guarani; Aty Guasu (ISA, 2017).

Frise-se que a relatora especial sobre os Direitos dos Povos Indígenas, Victoria Tauli-Corpus, integrante do povo Igorot, estabeleceu em seu relatório uma recomendação destinada à realização de “[...] um Inquérito Nacional para sondar alegações de violações de seus direitos, bem como promover conscientização, reconhecer erros do Estado e oferecer reparação para violações de direitos humanos”.¹⁹ A recomendação da relatora vai ao encontro de Comissões da Verdade que promoveram investigações sobre violações cometidas em face dos povos indígenas, como a Comissão de Verdade e Reconciliação do Canadá, que enfrentou o tema dos Internatos para crianças indígenas (TRC, 2015)²⁰. No mesmo sentido, é a decisão do Parlamento Neozelandês, que definiu os termos do acordo sobre as reivindicações dos Whanganui Iwi sobre o rio Whanganui.

A apresentação deste documento, em conjunto com a exposição das violações de direitos humanos já efetivadas, especialmente pela menção à não abordagem no âmbito da Comissão Nacional da Verdade das violações dos Povos Indígenas, promove a necessidade do seu enfrentamento.

Da leitura do documento surge uma controvérsia dos povos indígenas brasileiros em relação ao Poder Público; a relação estabelecida pode ser caracterizada como “Welfare Colonialism”²¹ ou Colonialismo Assistencialista, uma expressão mais sutil, mas igualmente perversa da Colonialidade do Ser: o reforço dos estereótipos de incapacidade pela proliferação de benefícios assistenciais, dissociados de políticas públicas de autonomia alimentar e financeira.

Lacerda (2014, p. 374) expõe que, diferentemente das populações indígenas andinas, a presença do Estado sempre pairou como uma presença permanente, como na metáfora do “grande cerco de paz” empregada por Lima (1995), em relação aos povos indígenas brasileiros. Essa relação de proximidade pode ser identificada como a busca do mal menor. Em busca da proteção territorial e da fuga do jugo econômico das madei-

19 UNITED NATIONS. **Relatório da missão ao Brasil da Relatora Especial sobre os direitos dos povos indígenas**. A/HRC/33/42/Add.1. 8 ago. 2016.

20 O relatório canadense aponta que o colonialismo continua em curso, influenciando a estrutura e a qualidade da relação entre a sociedade hegemônica e os povos indígenas. (TRC, 2015, p. 55). O relatório igualmente apontou a conexão entre o internamento e as taxas de encarceramento entre aborígenes, muito superiores à média nacional. (TRC, 2015, p. 219).

21 O auxílio assistencial irrestrito editado com o claro foco em resultados, no encobrimento do outro, na desconsideração da alteridade, da impossibilidade de compreensão efetiva dos efeitos nocivos e duradouros das políticas coloniais sobre a organização social dos povos indígenas e consequentemente sobre seus sistemas de produção. Na visão de Paine (1977), o “Welfare Colonialism” identifica o “bem-estar social” como instrumento para efetivação de um governo estável à distância. Ocorre uma sutil, “não comprovável” forma de colonialismo por meio de estabelecimentos de dependências. Essas dependências atuam para impedir a autonomia local, por meio da oferta de “bem-intencionadas” e “generosas, mas equivocadas, políticas sociais. “Welfare colonialism” estabelece conexões paralisantes do centro em uma população periférica, um centro que exerce o controle por meio de incentivos que criam uma dependência econômica que previne a mobilização política e a autonomia.

reiras, garimpos e fazendas, as comunidades buscaram substituir as relações de poder privadas por relações tutelares perante o Estado (LACERDA, 2014, p. 379).

Surgem as questões: a proximidade e a dependência impedem a adequada percepção das violações experimentadas? Ou a proteção territorial, ainda que parcial em relação à totalidade das comunidades, e os benefícios assistenciais acarretaram a obliteração das violações cometidas, não raras vezes, pela atuação comissiva e não apenas omissiva dos agentes públicos estatais? A não introdução na pauta das lideranças indígenas de uma Comissão Nacional de Verdade Indígena, *i.e.*, com foco exclusivo nas violações de direitos humanos dos povos indígenas se deve a quais fatores? Aponte-se que, ao mesmo tempo que se narra a ocorrência de genocídio e etnocídio, não se pleiteia a identificação e punição dos perpetradores das violações. Teríamos um exemplo didático de Spivak (2010) ao substituímos as vozes dos “subalternos”? Seria a pauta de justiça de transição uma pauta exclusiva daqueles que tentam substituir as vozes dos povos indígenas? Ou o conceito ético de violações de direitos humanos não teria, em diversas comunidades, um conceito êmico adequado (equivalente homeomórfico)?²² Há a adequada percepção da existência da violação?²³ Por exemplo, os deslocamentos forçados são definidos pela ONU (2014) como “a remoção permanente ou temporária contra a vontade dos ocupantes, de suas casas ou terras, sem previsão legal”. A ilegalidade da remoção permanece mesmo quando não há o emprego de força física, como o corte de benefícios assistenciais para as pessoas que permanecerem em determinada área.

A exposição dessa problemática orienta o enfrentamento pela implementação da busca da Verdade, Memória, Reparação e Não repetição em relação aos crimes contra a humanidade cometidos em face dos povos indígenas. Busca que encontra dupla resistência: a) na sociedade hegemônica que denega/invisibiliza a ocorrência de atrocidades, especialmente em sua essência coletiva; b) nos povos originários em decorrência da inadequada conceituação êmica (equivalente homeomórfico) de violações de direitos humanos. Essa “resistência” pode igualmente ser associada à proximidade assistencialista histórica com o Estado brasileiro, responsável direto/indireto pelas atrocidades, em um exemplo perverso de reconciliação.

A complexidade das questões associada à gravidade dos crimes demanda a sua necessária visibilização, especialmente em um cenário com novas violações e um claro prognóstico que aponta para a sua repetição. Nesse cenário, sem querer parecer pro-

22 Nessa senda, temos igualmente a definição de Pannikar (2004, p. 209) de “equivalente homeomórfico” que “representa um equivalente funcional específico, descoberto através de uma transformação topológica”. Não se busca a mera tradução literal dos Direitos Humanos em uma outra cultura. O equivalente homeomórfico visa estabelecer as bases comuns, por exemplo, “Se os direitos humanos forem considerados como base para respeitar a dignidade da pessoa humana devemos investigar como outra cultura consegue atender a necessidade equivalente”.

23 Que igualmente pode ser concebida, ainda que embrionariamente, como oposto aos conceitos de “[...] suma qamaña (vivir bien), ñandereko (vida harmoniosa), teko kavi (vida buena), ivi maraei (tierra sin mal) y qhapaj ñan (camino o vida noble)” expressos no art. 8º da Constituição da Bolívia.

saico, sem a exposição da verdade, silenciada pelos registros históricos, não há como impedir que presente e futuro se transmudem em passado.

Referências

ARENDET, Hannah. **Crisis de la República**. Madrid: Editorial Trotta, 2015.

BARBOSA, Genesio Pimentel. Relatório, Inspectoria de Matto Grosso, Serviço de Proteção aos Índios. In: MONTEIRO, Maria Elizabeth Brêa. **Levantamento histórico sobre os índios Guaraní Kaiwá**. Rio de Janeiro: Museu do Índio. 2003. (Coleção Fragmentos da História do Indigenismo).

BERRAONDO, Mikel. **Pueblos indígenas y derechos humanos**. Bilbao: Universidad de Deusto Bilbao, 2006.

BLOG DA APIB. **Povos Indígenas unificam suas lutas em defesa de seus direitos**. Disponível em: <<https://mobilizaocaonacionalindigena.wordpress.com/2017/04/27/povos-indigenas-unificam-suas-lutas-em-defesa-de-seus-direitos/>>.

_____. **Indígenas reforçam posição contra o marco temporal a ministros do STF**. Disponível em: <<https://mobilizaocaonacionalindigena.wordpress.com/2017/04/27/indigenas-reforcaram-posicao-contra-o-marco-temporal-a-ministros-do-st/>>.

BOLÍVIA. **Constitución Política del estado de Plurinacional de Bolivia**. Disponível em: <<http://www.harmonywithnatureun.org/content/documents/159Bolivia%20Consitucion.pdf>>.

BRASIL. Comissão Nacional da Verdade. **Relatório** / Comissão Nacional da Verdade. Recurso eletrônico. Brasília: CNV, 2014a. 976 p. (Relatório da Comissão Nacional da Verdade; v. 1).

_____. Comissão Nacional da Verdade. **Relatório**: textos temáticos / Comissão Nacional da Verdade. Brasília: CNV, 2014b. 416 p. (Relatório da Comissão Nacional da Verdade; v. 2).

_____. Presidência da República. **Decreto nº 17.684, de 26 de janeiro de 1945**. Modifica o Regimento do Serviço de Proteção aos Índios. Disponível em: <http://legis.senado.gov.br/legislacao/ListaNormas.action?numero=17684&tipo_norma=DEC&data=19450126&link=s>.

_____. **Lei nº 5.371, de 5 de dezembro de 1967**. Autoriza a instituição da "Fundação Nacional do Índio" e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/L5371.htm>.

_____. **Lei nº 6.001, de 19 de dezembro de 1973**. Dispõe sobre o Estatuto do Índio. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6001.htm>.

_____. Presidência da República. **Decreto-Lei nº 1.736, de 3 de novembro de 1939**. Subordina ao Ministério da Agricultura o Serviço de Proteção aos Índios.

BRASIL. **Decreto nº 4.645, de 25 de março de 2003**. Aprova o Estatuto e o Quadro Demonstrativo dos Cargos em Comissão e das Funções Gratificadas da Fundação Nacional do Índio (Funai), e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2003/D4645.htm>.

_____. **Decreto nº 7.056 de 28 de dezembro de 2009**. Aprova o Estatuto e o Quadro Demonstrativo dos Cargos em Comissão e das Funções Gratificadas da Fundação Nacional do Índio (Funai), e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Decreto/D7056.htm#art8>.

_____. **Decreto nº 5.484 de 27 de junho de 1928**. Regula a situação dos índios nascidos no território nacion.

BUCHANAN, Ian Michel de Certeau. **Cultural Theorist**. London: SAGE Publications, 2000.

CAVALCANTE, Thiago Leandro Vieira. Etno-história e história indígena: questões sobre conceitos, métodos e relevância da pesquisa. **História**, São Paulo, v. 30, n. 1, p. 349-371, 2011. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_abstract&pid=S0101-90742011000100017&lng=pt&nrm=iso>.

_____. **Colonialismo, Território e Territorialidade**: a luta pela terra dos Guarani e Kaiowá em Mato Grosso do Sul. Tese (Doutorado em História) – Faculdade de Ciências e Letras, Universidade Estadual Paulista, Assis, 2013.

CERTEAU, Michel de. **A escrita da História**. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

_____. **A Invenção do Cotidiano**: Artes de Fazer. Petrópolis, Vozes, 1998

CHAMORRO, Graciela; COMBES, Isabelle (Org.). **Kurusu Ñe'ëngatu**. Palabras que la historia no podría olvidar. Assunção: Centro de Estudios Antropológicos, 1995.

_____. **Povos Indígenas em Mato Grosso do Sul**: história, cultura e transformações sociais. Dourados: UFGD, 2015. Disponível em: <http://200.129.209.183/arquivos/arquivos/78/EDITORA/catalogo/povos_indige_nas_em_mato_grosso_do_sul.pdf>.

CHATURVEDI, Vinayak. **Mapping Subaltern Studies and the Postcolonial**. New York: Verso Books, 2012.

CHAUÍ, Marilena de Sousa. **Brasil**: mito fundador e sociedade autoritária. São Paulo: Perseu Abramo, 2000.

COLOMBO, Cristóvão. **Los cuatro viajes**: testamento. Ed. de Consuelo Varela, Madrid, Espanha, 1986.

CONRAD, Joseph. **O Coração das Trevas** – Heart of the Darkness. Tradução e notas Fabio Cyrino. São Paulo: Editora Landmark, 2011.

DA SILVA, Meire Adriana – Documentos. Entrevista com Antonio Jacó Brand. **TELLUS**, ano 12, n. 23, jul./dez. 2012.

DUARTE, Evandro Piza Duarte; SCOTTI, Guilherme. A Queima dos Arquivos da Escravidão e a Memória dos Juristas: os usos da história brasileira na (des)construção dos direitos dos negros. In: Sousa Junior, José Geraldo de. **O direito achado na rua**: introdução crítica à justiça de transição na América Latina. Brasília, DF: UnB, 2015. (O direito achado na rua, v. 7).

EBERHARD Cristoph. Direitos humanos e diálogo intercultural: uma pesquisa antropológica. In: BALDI, C. A. (Org.). **Direitos humanos na sociedade cosmopolita**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

ECUADOR. **Constitución del Ecuador**. Disponível em: <http://www.asambleanacional.gov.ec/documentos/constitucion_de_bolsillo.pdf>.

FAJARDO, Raquel Yrigoyen. Vislumbrando un horizonte pluralista: rupturas y retos epistemológicos y políticos. In: LUCIC, Milka Castro (Ed.). **Los desafíos de la interculturalidad: identidad, política y derecho**. Santiago: Universidad de Chile, 2004. Disponível em: <<http://indigenas.bioetica.org/not/nota59.htm>>.

_____. El Horizonte del Constitucionalismo Pluralista: del multiculturalismo a la descolonización. In: GARAVITO, César Rodríguez (Coord.). **El Derecho en América Latina**: Un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2011.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir**: nascimento da prisão. Petrópolis, RJ: Vozes, 1983.

_____. **Em defesa da Sociedade**. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

_____. **A verdade e as formas jurídicas**. Rio de Janeiro: Nau Editora, 2003.

FREEMAN, Michael; NAPIER, David. **Law and Anthropology current legal issues**. New York: Oxford University Press, 2008.

GARAVITO, César Rodríguez. **El derecho en América Latina**: un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2011.

GHAH, Yash. Globalização, multiculturalismo e direito. In: SANTOS, Boaventura de S. (Org.). **Reconhecer para libertar: os caminhos do cosmopolitismo multicultural**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.

GRANDMAISON, Olivier Le Cour. **De l'indigénat – Anatomie d'un «monstre» juridique**: Le droit colonial en Algérie et dans l'Empire français. Paris: Zones, 2010. Disponível em: <http://www.editions-zones.fr/spip.php?page=lyberplayer&id_article=113>.

HOLANDA, Marianna Assunção Figueiredo. **Quem são os humanos dos direitos?:** Sobre a criminalização do infanticídio indígena. 2008. 157 f. Dissertação (Mestrado em Antropologia) – Universidade de Brasília, Brasília, 2008.

INSTITUTO SOCIOAMBIENTAL – ISA. **Aty Guasu divulga carta e volta a pedir à União Europeia a criação de "barreiras humanitárias"**. Disponível em: <<https://pib.socioambiental.org/es/noticias?id=178687>>.

International Center for Transitional Justice – ICTJ. **Transitional Justice for Indigenous People in a Non-transitional Society**. New York: ICTJ, 2009. Disponível em: <<https://www.ictj.org/sites/default/files/ICTJ-Identities-NonTransitionalSocieties-ResearchBrief-2009-English.pdf>>.

_____. **Strengthening Indigenous Rights through Truth Commissions**: A Practitioner's Resource. New York: ICTJ, 2012. Disponível em: <<https://www.ictj.org/sites/default/files/ICTJ-Truth-Seeking-Indigenous-Rights-2012-English.pdf>>.

_____. **Transitional Justice and the Struggle for Indigenous Rights**. New York: ICTJ, 2013. Disponível em: <<https://www.ictj.org/news/transitional-justice-and-struggle-indigenous-rights>>.

LACERDA, Rosane Freire. **Diferença não é incapacidade**: gêneses e trajetória histórica da concepção da incapacidade indígena e sua insustentabilidade nos marcos do protagonismo dos povos indígenas e do texto constitucional de 1988. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, 2007.

_____. **“Volveré, y Seré Millones”**: Contribuições Descoloniais dos Movimentos Indígenas Latino Americanos para a Superação do Mito do Estado-Nação. 2014. 2 v. Tese (Doutorado em Direito) — Universidade de Brasília, Brasília, 2014. p. 415.

LANDER, Edgardo. (Org.). **A colonialidade do saber**: eurocentrismo e ciências sociais – perspectivas latino-americanas. Buenos Aires: CLACSO, 2005. Disponível em: <<http://biblioteca.clacso.edu.ar/ar/libros/lander/pt/lander.html>>.

LIMA, Antonio Carlos de Souza. **Um Grande Cerco de Paz**: Poder Tutelar, Indianidade e Formação do Estado no Brasil. Petrópolis: Vozes, 1995.

_____. Sobre tutela e participação: povos indígenas e formas de governo no Brasil, séculos XX/XXI. **Mana**, Rio de Janeiro, v. 21, n. 2, p. 425-457, ago. 2015.

LUGARD, Frederick D. **The dual mandate in British tropical Africa**. Londres: W. Blackwood, 1929. p. 150.

MAGALHÃES, Couto. **O Selvagem**. 1876. Disponível em: http://cdpb.org.br/leitura_basica.html. Acesso em: 29 jul. 2018.

MALDONADO-TORRES, Nelson. Sobre la colonialidad del ser: contribuciones al desarrollo de un concepto. In: CASTRO-GÓMEZ, S.; GROSFOGUEL, R. (Ed.). **El giro decolonial**. Reflexiones para una diversidad epistémica más allá del capitalismo global. Bogotá: Iesco-Pensar-Siglo del Hombre Editores, 2007.

MASO, Tchenna Fernandes. **Resistência Guarani e Kaiowá e a integração Latino-Americana**: reflexões desde A ATY Guasu. 2016. 188 p. Dissertação (Mestrado em Integração Contemporânea da América Latina) – Universidade Federal da Integração Latino-Americana, Foz do Iguaçu, 2016.

MELIÁ, Bartomeu. El Encubrimiento de America. In: MELIÁ, Bartomeu; TEMPLE, Dominique. **El don, la venganza y otras formas de economía guaraní**. Asunción del Paraguay: CEPAG, 2004.

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL – MPF. **Recomendação ICP nº 1.16.000.000810/2014-54**. Brasília: Procuradoria da República no Distrito Federal, 2014.

MONTEIRO, Maria Elizabeth Brêa. **Levantamento histórico sobre os índios Guarani Kaiwá**. Rio de Janeiro: Museu do Índio. 2003. Coleção Fragmentos da História do Indigenismo.

MOREIRA, Erika Macedo. **ONHEMOIRÃO**: o Judiciário frente aos direitos indígenas. 2014. 274 f. Tese (Doutorado em Direito) — Universidade de Brasília, Brasília, 2014.

NOVA ZELÂNDIA. **Te Awa Tupua (Whanganui River Claims Settlement) Act 2017**. 2017. Disponível em: <<http://www.legislation.govt.nz/act/public/2017/0007/latest/whole.html>>.

OLIVEIRA, Jorge Eremites de. A História Indígena no Brasil e em Mato Grosso do Sul. **Espaço Ameríndio**, Porto Alegre, v. 6, n. 2, p. 178-218, jul./dez. 2012. Disponível em: <<http://seer.ufrgs.br/EspaçoAmeríndio/article/view/31745>>.

PACARI, Nina. "Pluralidad Jurídica: Una Realidad Constitucionalmente Reconocida", em Justicia Indígena. In: SALGADO, Judith. **Aportes para un Debate**. Quito: Universidad Andina Simón Bolívar, 2002.

PAINE, Robert (Ed.). **The White Arctic**. Anthropological Essays on Tutelage and Ethnicity. St. Johns: Institute of Social and Economic Research, Memorial University of Newfoundland, 1977.

PANNIKAR, Raimundo. Seria a noção de direitos humanos um conceito ocidental? In: BALDI C. A. (Org.). **Direitos humanos na sociedade cosmopolita**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 209.

PEREIRA, Levi M. **Relatório de identificação da Terra Indígena Guyra Roká**. Município de Caarapó, Mato Grosso do Sul. Documentação Funai, Brasília, 2002.

_____. **Relatório de identificação da Terra Indígena Taquara**. Município de Juti, Mato Grosso do Sul. Documentação Funai. Brasília, 2005.

_____. Mobilidade e processos de territorialização entre os Kaiowá Atuais. **Suplemento Antropológico**, Asunción, v. XLII, p. 121-154, 2007.

PERROT, Michelle. **As mulheres ou os silêncios da história**. Trad. Viviane Ribeiro. São Paulo: EDUSC, 2005.

PRIMER MANIFIESTO DE TIAHUANACO. 1973. Disponível em: <<http://marianabruce.blogspot.com.br/2010/06/primer-manifiesto-de-tiahuanaco-1973.html>>.

QUIJANO, Anibal. Colonialidade do poder, eurocentrismo e América Latina. In: LANDER, Edgardo (Org.). **A colonialidade do saber**: eurocentrismo e ciências sociais. Perspectivas latino-americanas. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: CLACSO, 2005. (Colección Sur Sur).

RECASENS, Andreu Viola. Discursos "pachamamistas" versus políticas desarrollistas: el debate sobre el sumak kawsay en los Andes. **Revista: Iconos. Revista de Ciencias Sociales**, 2014.

REINERT, Erik S. **Development and Social Goals**: Balancing Aid and Development to Prevent Welfare Colonialism. DESA Working Paper n. 14 ST/ESA/2006/DWP/14J. January 2006. Disponível em: <http://www.un.org/esa/desa/papers/2006/wp14_2006.pdf>. Acesso em: 30 set. 2014.

SANTOS, B. S. A construção intercultural da igualdade e da diferença. In: SANTOS, B.S. **A gramática do tempo**. São Paulo: Cortez, 2006. p. 316.

_____. Para além do Pensamento Abissal: das Linhas Globais a uma Ecologia de Saberes. In: SOUSA SANTOS, Boaventura de; MENESES, Maria Paula (Org.). **Epistemologias do Sul**. Coimbra: Almedina, 2009.

_____. **Reconhecer para libertar**: os caminhos do cosmopolitismo multicultural. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.

_____. Por uma concepção multicultural de direitos humanos. **Revista Crítica de Ciências Sociais**, n. 48, p. 11-32, 1997.

SCHMITT, Jean-Claude. A história dos marginais. In: LE GOFF, Jacques et al. (Org.). **A nova história**. Coimbra: Almedina, 1990.

SOUSA JUNIOR, José Geraldo de. **Direito como liberdade**: o Direito achado na rua: experiências populares emancipatórias de criação do Direito. 2008. 338 f. Tese (Doutorado em Direito) — Universidade de Brasília, Brasília, 2008.

_____. **O direito achado na rua**: introdução crítica à justiça de transição na América Latina. Brasília, DF: UnB, 2015. (O direito achado na rua, v. 7).

SOUZA, Olivia Carla Neves de; OLIVEIRA, Jorge Eremitas de; BECKER, Simone. A prevalência da lógica integracionista: negações à perícia antropológica em processos criminais do Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul. **Etnográfica** [on-line], v. 17, n. 1, p. 110-112, 2013.

SPIVAK, Gayatri Chakravorty. **Pode o Subalterno falar?** Belo Horizonte: UFMG, 2010.

STAVENHAGEN, Rodolfo. **Los pueblos indígenas y sus derechos**. Informes temáticos del relator especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los pueblos indígenas del Consejo de Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas. México: Unesco, [S.d.].

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Petição 3.388**. Rel. Min. Carlos Ayres Brito. Julgado em 24 set. 2009.

_____. **Ag. Reg. no REExt com Agr. 803.462/Mato Grosso do Sul**. Rel. Min. Teori Zavascki. Julgado em 9 dez. 2014.

_____. **RMS 29.087**. Rel. Min Ricardo Lewandowski. Julgado em 16 set. 2014.

SURUÍ, Ywynuhu. Ywynuhu Suruí: O primeiro povo indígena anistiado. **Folha de São Paulo**, 22 set. 2014.

TODOROV, Tzvetan. Fictions and Truths. In: _____. **The morals of history**. Translated by Alyson Waters. Minneapolis, USA: University of Minnesota Press, 1995.

_____. **A Conquista da América**: a questão do outro. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

TROUILLOT, Michel-Rolph. **Silencing the past**: Power and the production of History. Massachusetts, USA: Beacon Press, 1995.

Truth and Reconciliation Canada (TRC). **Honouring the truth, reconciling for the future: Summary of the final report of the Truth and Reconciliation Commission of Canada**. Winnipeg: Truth and Reconciliation Commission of Canada, 2015.

UNITED NATIONS. **Forced Evictions**. Fact Sheet n. 25/Rev.1. New York; Geneva, 2014.

_____. **Relatório da missão ao Brasil da Relatora Especial sobre os direitos dos povos indígenas**. A/HRC/33/42/Add.1. 8 de agosto de 2016. Disponível em: <<http://unsr.vtaulicorpuz.org/site/images/docs/country/2016-brazil-a-hrc-33-42-add-1-en.pdf>>.

_____. **25 United States Code Ch. 5**: Protection of Indians § 177. Disponível em: <<http://uscode.house.gov/view.xhtml?path=/prelim@title25/chapter5&edition=prelim>>.

URT, João Nackle. **Assuntos Inacabados**: relações internacionais e a colonização dos povos Guarani e Kaiowá no Brasil contemporâneo. Tese (Doutorado em Relações Internacionais) – Universidade de Brasília, Brasília, 2015.

VALENTE, Rubem. **Os Fuzis e as Flechas**. São Paulo: Companhia das Letras, 2017.

WALSH, Catherine. Interculturalidade e (des)colonialidade. Perspectivas críticas e políticas. In: CONGRESSO ARIC, 12, Florianópolis, 2009. **Anais...** Florianópolis: ARIC, 29 jun. 2009. p. 9.

WEIL, Patrick. Le statut des musulmans en Algérie coloniale. Une nationalité française dénaturée. **Histoire de la justice**, n. 16, p. 93-109, 2005/1, DOI: 10.3917/rhj.016.0093. Disponível em: <<http://www.cairn.info/revue-histoire-de-la-justice-2005-1-page-93.htm>>.

WOLKMER, Antonio Carlos. **Pluralismo jurídico**: fundamentos de uma nova cultura no direito. 3 ed. São Paulo: Alfa-Ômega, 2001.

_____. Pluralismo jurídico, direitos humanos e interculturalidade. **Sequência: Estudos Jurídicos e Políticos**, Florianópolis, v. 27, n. 53, p. 113-128, jan. 2006.

