

EMILIO PELUSO NEDER MEYER
(Coordenador)

JUSTIÇA DE TRANSIÇÃO EM PERSPECTIVA TRANSNACIONAL



MEMORIAL DA ANISTIA



Centro de Estudos
sobre
Justiça de Transição

REDE LATINO-AMERICANA DE
Justiça de Transição





Ministério da Justiça e Cidadania
Comissão de Anistia

Presidente da República

Michel Temer

Ministro da Justiça e Cidadania

Alexandre de Moraes

Presidente da Comissão de Anistia

Almino Monteiro Álvares Afonso

Vice-Presidente da Comissão de Anistia

Grace Maria Fernandes Mendonça

Coordenadora-Geral do Memorial da Anistia Política do Brasil

Magally Dato Rodrigues

Conselheiros da Comissão de Anistia

Alberto Goldman

Almino Monteiro Álvares Afonso

Amanda Flávio de Oliveira

Ana Maria Lima de Oliveira Baia

Arlindo Fernandes de Oliveira

Carlos Bastide Horbach

Carolina Cardoso Guimarães Lisboa

Eneá de Stutz e Almeida

Eunice Aparecida De Jesus Prudente

Fabiano Menke

Fernando Dias Menezes de Almeida

Floriano Peixoto de Azevedo Marques Neto

George Rodrigo Bandeira Galindo

Gilda Portugal Gouveia

Grace Maria Fernandes Mendonça

Henrique de Almeida Cardoso

José Francisco Rezek

José Rogério Cruz e Tucci

Kaline Ferreira Davi

Luiz Alberto Gurjão Sampaio de Cavalcante Rocha

Marina da Silva Steinbruch

Mário Miranda de Albuquerque

Marlon Alberto Weichert

Nina Beatriz Stocco Ranieri

Otávio Brito Lopes

Paulo Lopo Saraiva

Rita Maria de Miranda Sipahi

Rodrigo Gonçalves dos Santos

Vanda Davi Fernandes de Oliveira

EMILIO PELUSO NEDER MEYER
(Coordenador)

JUSTIÇA DE TRANSIÇÃO EM PERSPECTIVA TRANSNACIONAL

INITIA VIA
EDITORA

Belo Horizonte
2017



REDE LATINO-AMERICANA DE JUSTIÇA DE TRANSIÇÃO 2016

Membros plenos

Centro de Análisis Forense y Ciencias Aplicadas (CAFCA) - Guatemala
Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS) - Argentina
Centro de Estudos sobre Justiça de Transição (CTJ) - Brasil
Comissão de Anistia - Brasil
Comisión Mexicana de Defensa y Promoción de los Derechos Humanos - México
Facultad de Derecho de la Universidad del Rosario – Colômbia
Universidade del Rosario - Colômbia
Grupo de Estudos sobre Internacionalização do Direito e Justiça de Transição (IDEJUST) - Brasil
Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú - Peru
Instituto de Derechos Humanos de la Universidad Centroamericana José Simeón Cañas (IDHUCA) - El Salvador
Instituto de Pesquisas e Estudos Jurídicos do Centro de Estudos Superiores de Santa Catarina - Brasil
Memoria Abierta - Argentina
Núcleo de Preservação da Memória Política - Brasil
Observatorio de Justiça Transicional de la Universidad Diego Portales - Chile
Observatorio Latinoamericano para la investigación en Política Criminal y en las Reformas en el Derecho Penal, Universidad de la Republica - Uruguay
Observatorio Luz Ibarburu - Uruguai
Secretaria-Executiva da RLAJT (UnB/UFMG) - Brasil
Universidad de Lanus - Argentina

Membros afiliados

Antonio Coelho Pereira - Uruguai
Andres Del Rio Roldan - Universidade Federal Fluminense (Brasil)
Catalina Vallejo - CRITICTJ - Universidad de Los Andes (Colômbia)
Carlos Bravo Ramírez - CRITCTJ - Comisión Nacional de Derechos Humanos (México)
Eric Wiebelhaus-Brahm - University of Arkansas at Little Rock (Estados Unidos)
Francesca Lessa - University of Oxford (Reino Unido)
George Radics - CRITICTJ - National University of Singapore (Singapura)
Jo-Marie Burt – George Mason University (Estados Unidos) e Washington Office on Latin America - WOLA (EUA e Peru)
José Benjamin Cuéllar Martínez - Universidad Centroamerica José Simeón Cañas (El Salvador)
Nina Schneider - Universität Konstanz (Alemanha)
Noemi Perez Vasquez - CRITICTJ - SOAS (Inglaterra/Venezuela)
Olga Prado Carcovich - Consultora da Comissão Nacional da Verdade, 2013-2014 (Brasil)
Ram Natarajan - CRITICTJ - University of Arkansas (Estados Unidos)
Rogelio Agustín Goiburú - Oficina de Memoria Histórica y Reparación (Paraguai)
Rosely A. Stefanos Pacheco - Universidade Estadual do Mato Grosso do Sul (Brasil)
Simone Rodrigues Pinto - Comissão Anísio Teixeira de Memória e Verdade, UnB (Brasil)
Vanessa Dorneles Schinke - Pontificia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS (Brasil)

SECRETARIA-EXECUTIVA DA RLAJT (2016-2017)

Universidade de Brasília (UnB), Universidade Federal de Minas Gerais (CJT/UFMG)

Coordenação

Camila Prando (UnB)
Emílio Peluso Neder Meyer (UFMG)

Professores Pesquisadores

Cristiano Paixão (UnB)
José Otávio Nogueira Guimarães (UnB)
Liziane Guazina (UnB)
Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira (UFMG)

Pesquisadoras Reladoras

Claudia Paiva Carvalho (UnB)
Mariluci Cardoso Vargas (UFRGS)

Bolsistas

Ana Paula Duque (UnB)
Camilla Cristina Silva (UFOP)
Maria Pia Guerra (UnB)
Patrícia Cunegundes (UnB)
Vanuza Nunes (UFMG)

Estagiários

Felipe Guimarães Assis Tirado (UFMG)
Raquel Cristina Possolo Gonçalves (UFMG)

C749 Justiça de transição em perspectiva transnacional / Emilio Peluso Neder Meyer (organização). – Belo Horizonte : Centro de Estudos sobre Justiça de Transição da UFMG, Secretaria da Rede Latino Americana de Justiça de Transição e Inítia Via, 2017.

391p.

ISBN 978-85-64912-97-7 [E-book]

Outros autores: Carlos Augusto Canêdo da Gonçalves da Silva, Roberta Cerqueira Reis, Inês Virgínia Prado Soares, Viviane Fecher, Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira, Raquel Cristina Possolo Gonçalves, Ana Carolina Rezende Oliveira, Mariana Rezende Oliveira, Gabriel Rojas Andrade, Ram Natarajan, Noemi Perez-Vasquez, Centro de Estudos sobre Justiça de Transição da UFMG; Grupo de Estudos Justiças de Transição Latino-Americanas e Constitucionalismo Democrático; Almir Megali Neto; Camilla Cristina Silva; Jessica Holl; Gustavo Rocha Vital Gonçalves; Mariluci Cardoso de Vargas; Paulo Vitor Cordeiro Repolês; Raquel Cristina Possolo Gonçalves; Raquel Khouri dos Santos ; Lucas de Oliveira Gelape; Núbia Medeiros Caetano da Silva; Raíssa Lott Caldeira da Cunha; Thelma Yanagisawa Shimomura; Felipe Guimarães Assis Tirado e Vanuza Nunes Pereira.

1. Direito constitucional. 2. Justiça de Transição. I. Meyer, Emilio Peluso Neder.
II. Título.

CDU: 340(061.3)

Esta publicação teve o apoio da Secretaria Executiva da Rede Latino-Americana de Justiça de Transição, inserida no Projeto Memorial da Anistia (projeto Fundep 17.076), da Comissão de Anistia e da Universidade Federal de Minas Gerais, bem como da Fapemig (projeto OET-00610-16) e do CNPQ (processo 443162/2015-8). A Secretaria Executiva da RLAJT tem sua sede, nos anos de 2016 e 2017, no Centro de Estudos sobre Justiça de Transição da UFMG e na UnB.

As opiniões e dados contidos na obra são de responsabilidade das autores e não traduzem opiniões do Governo Federal.

Projeto Gráfico, Diagramação e Capa
Rita Motta - Ed. Tribo da Ilha

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	1
Emilio Peluso Neder Meyer	
Estrutura geral e objetivos da obra	1
O Centro de Estudos sobre Justiça de Transição da UFMG (CJT/UFMG): propósitos e atividades	5
Organização e objetivo geral	5
A faceta de pesquisa: integração com o Programa de Pós-Graduação em Direito da UFMG	8
O projeto “Ditadura e Responsabilização”	9
A cooperação com a COVEMG – Comissão da Verdade em Minas Gerais	15
A colaboração com a Comissão Rubens Paiva – Caso JK ...	15
A Secretaria da Rede Latino-Americana de Justiça de Transição	16
Exposição do Memorial da Anistia	20
A parceria com o <i>The Auschwitz Institute for Peace and Conciliation</i>	20
Financiamento e apoios	20

I – PRODUÇÃO ACADÊMICA DE MEMBROS DO CJT/UFMG

1. IRRESPONSABILIDADE INSTITUCIONAL NO BRASIL: equívocos e omissões ante uma adequada compreensão do direito internacional dos direitos humanos	26
Emilio Peluso Neder Meyer	
1.1 Introdução	26
1.2 Poder Judiciário e Direito Internacional dos Direitos Humanos	29
1.3 Poder Legislativo e Direito Internacional dos Direitos Humanos	35
1.4 Considerações finais	37

2. COMISSÕES DA VERDADE, MEMÓRIA, RECONSTRUÇÃO E O CASO BRASILEIRO 41

Carlos Augusto Canêdo Gonçalves da Silva, Roberta Cerqueira Reis

- 2.1 Introdução..... 42**
- 2.2 Memória e reconciliação 45**
- 2.3 A busca pela reconciliação 55**
- 2.4 Considerações finais e o caso brasileiro 59**

3. LEGADO DE VIOLÊNCIA DA DITADURA MILITAR BRASILEIRA: riqueza cultural? 65

Inês Virgínia Prado Soares, Viviane Fecher

- 3.1 Introdução..... 66**
- 3.2 A herança de violência da ditadura e o Direito à Verdade ... 68**
- 3.3 Normas de direitos culturais e legado de violência..... 73**
- 3.4 Perspectivas para uma gestão virtual..... 77**
- 3.5 Rede mundial de computadores: o mundo virtual para contar o que não se deve esquecer 79**
- 3.6 Outros acervos digitais possíveis 87**
- 3.7 Considerações finais 93**

4. A DEMOCRACIA SEM ESPERA: constitucionalização e transição política no Brasil 97

Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira

- 4.1 Premissas 98**
- 4.2 A imagem oficial 100**
- 4.3 "Uma memória em disputa", uma identidade constitucional em questão 103**
- 4.4 Por uma teoria constitucional reconstrutiva 104**
- 4.5 Um herdeiro sem testamento 107**
- 4.6 Uma transição em transição 108**
- 4.7 Teologia política da falta e convergência autoritária na tradição dos retratos do Brasil 111**
- 4.8 Contribuições para uma releitura da transição política brasileira 113**
- 4.9 Fundamento ausente, fundamento sem falta..... 118**
- 4.10 Considerações *porvir* 123**

II – ATUAÇÃO EXTENSIONISTA DO CJT/UFMG

5. MEMORIAL NA ADPF 320 135

Centro de Estudos sobre Justiça de Transição da UFMG

- 5.1 Relevância e representatividade do postulante para ingresso no feito137
- 5.2 Preliminares de mérito: do cabimento da ADPF 320 como arguição incidental 138
- 5.3 Mérito: a necessidade de cumprimento da decisão da Cteldh e a ocorrência de crimes contra a humanidade na ditadura de 1964-1985141
 - 5.3.1 A decisão da Cteldh no *Caso Gomes Lund* 141
 - 5.3.2 Justiça de transição e responsabilização por crimes contra a humanidade..... 150
 - 5.3.3 Crimes contra a humanidade praticados pelo Estado brasileiro durante a ditadura de 1964-1985:
Direito
Costumeiro Internacional, *jus cogens* e obrigações *erga omnes*156
 - 5.3.4 Crimes de desaparecimento forçado praticados no contexto da ditadura de 1964-1985: os precedentes do Colendo STF172
- 5.4 Ausência de responsabilização por crimes contra a humanidade e consolidação do Estado Democrático de Direito177
- 5.5 Dos pedidos181

6. CONTRIBUTO DO CJT/UFMG PARA O RELATÓRIO GERAL DA

RLAJT 2015..... 183

Emílio Peluso Neder Meyer

7. CONTRIBUTO DO CJT/UFMG PARA O RELATÓRIO GERAL

DA RLAJT 2016 190

Emílio Peluso Neder Meyer, Raquel Cristina Possolo Gonçalves

- 7.1 Margarida Maria Alves – anistiada política *post mortem* ...191
- 7.2 Mudanças na composição da Comissão de Anistia do Ministério da Justiça194
- 7.3 Poder Judiciário e direito à reparação no Brasil195
- 7.4 Ações penais ajuizadas em 2016.....199
- 7.5 Conclusões.....200

8. O CJT/UFMG E A SECRETARIA DA RLAJT: manifestos em 2016 .. 206
Secretaria da Rede Latino-Americana de Justiça de Transição

- 8.1 Nota de repúdio à declaração do deputado federal
Jair Bolsonaro206**
- 8.2 Carta aberta ao Supremo Tribunal Federal do Brasil: manifesto
contra a decisão na Extradicação nº 1.362207**

III – PRIMEIROS PERCURSOS NA JUSTIÇA DE TRANSIÇÃO

9. CARTILHA SOBRE JUSTIÇA DE TRANSIÇÃO..... 212

Grupo de Estudos Justiças de Transição Latino-Americanas e Constitucionalismo Democrático

- 9.1 O que é justiça de transição?213**
- 9.2 Os elementos da justiça de transição213**
 - 9.2.1 O direito à memória e à verdade214**
 - 9.2.2 Reformas institucionais215**
 - 9.2.3 Sistema de reparações215**
 - 9.2.4 Responsabilização individual.....216**
- 9.3 Um olhar para o futuro218**

**10. GLOSSÁRIO SOBRE JUSTIÇA DE TRANSIÇÃO NO BRASIL E NA
AMÉRICA LATINA..... 220**

Centro de Estudos sobre Justiça de Transição da UFMG

- 10.1 Anistia e reparação (material e simbólica)220**
 - 10.1.1 Lutas pela Anistia (1964-1988)220**
 - 10.1.2 Anistia na Constituição Federal de 1988 e
processo constituinte223**
 - 10.1.3 Reparções (CEMDP e CA/MJ).....225**
 - 10.1.4 Memorial de Anistia226**
 - 10.1.5 Clínicas do testemunho227**
 - 10.1.6 Anistia e reparação a indígenas e ao campesinato.. 229**
- 10.2 Responsabilização230**
 - 10.2.1 O caso argentino230**
 - 10.2.2 O caso chileno.....231**
 - 10.2.3 Autoanistia na Corte Interamericana de Direitos
Humanos232**
 - 10.2.4 Tribunais Internacionais e a Responsabilização ..234**
 - 10.2.5 Brasil e autoanistia235**
 - 10.2.6 Campesinos e indígenas237**
- 10.3 Memória e Verdade238**
 - 10.3.1 Comissões da Verdade238**
 - 10.3.2 Comissão Nacional da Verdade (CNV).....240**
 - 10.3.3 Acesso à informação242**
 - 10.3.4 Camponeses e indígenas.....244**

10.4 Reformas institucionais	246
10.4.1 Introdução.....	246
10.4.2 Poder Judiciário e Direitos Humanos	246
10.4.3 Forças Armadas	249
10.4.4 Instituições de segurança.....	250

11. A MEMÓRIA EM DISPUTA NO JULGAMENTO DA ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL Nº 153

Ana Carolina Rezende Oliveira, Mariana Rezende Oliveira

11.1 Introdução	254
11.2 O discurso histórico no julgamento da ADPF 153	255
11.3 A tese do acordo político e a disputa pela memória	260
11.4 A indissociabilidade entre memória e justiça	264
11.5 Conclusão	269

12. RESPONSABILIZAÇÃO INDIVIDUAL DE PERPETRADORES DE CRIMES CONTRA A HUMANIDADE EM REGIMES AUTORITÁRIOS: importância de sua implementação no contexto brasileiro.....

Raquel Cristina Possolo Gonçalves, Emilio Peluso Neder Meyer

12.1 Introdução	274
12.2 Responsabilização individual dos agentes de Estado por crimes contra a humanidade	275
12.3 Abordagens da justiça de transição: maximalista, minimalista, moderada e holística.....	278
12.4 Crimes contra a humanidade e sua imprescritibilidade	280
12.5 A Lei de Anistia brasileira e sua interpretação judicial.....	287
12.6 Conclusão	293

IV – CRITICAL TRANSITIONAL JUSTICE NETWORK (CRITICTJ)

13. HACIA UNA DEFINICIÓN DE IMPUNIDAD EN EL MODELO DE JUSTICIA TRANSICIONAL EN COLOMBIA: la necesidad de participación, prevención, comunicación y negociación en la institución social del castigo

Gabriel Rojas Andrade

13.1 Introducción	300
13.2 Las nociones de impunidad, castigo y prisión en el debate sobre la paz en Colombia.....	305
13.3 El castigo como institución social con capacidad de prevención, comunicación y negociación	314

13.3.1 Propuesta unificadora: prevención general y prevención especial sin retribución.....	314
13.3.2 El castigo como comunicación	320
13.3.3 El castigo como institución social y herramienta de negociación	322
13.4 Justicia restaurativa: víctimas, comunidad y reintegración...	329
13.5 Hacia una nueva definición de impunidad: participación, prevención, comunicación y negociación en la justicia transicional	334
14. TRIALS AND PUBLICS	341
Ram Natarajan	
14.1 Trials and Publics	344
14.2 The Public of Militares	347
14.3 Masks and Silence	348
14.5 Madre.....	350
15. THE IMPACT OF THE UNITED NATIONS ON WOMEN'S ACCESS TO JUSTICE IN POST-CONFLICT SOCIETIES	353
Noemi Perez-Vasquez	
15.1 Introduction.....	354
15.2 International actors and transitional justice	355
15.3 Intersection of transitional justice with the women's rights agenda.....	359
15.4 Interaction between domestic and international processes of transitional justice – case studies	367
15.5 Final considerations	373

INTRODUÇÃO

Emilio Peluso Neder Meyer¹

Estrutura geral e objetivos da obra

O presente volume, intitulado “Justiça de transição em perspectiva transnacional”, visa estabelecer um ciclo de publicações do projeto de pesquisa e extensão da Universidade Federal de Minas Gerais, o Centro de Estudos sobre Justiça de Transição (CJT/UFMG) (Disponível em: <<http://cjt.ufmg.br>>. Acesso em: 9 nov. 2016). Esse centro, criado em 2014, procurou congregiar produções acadêmicas e práticas de direitos humanos que pudessem fortalecer a justiça de transição no Brasil e na América Latina, a partir de insumos fornecidos não apenas com origem nessa região do globo, mas de uma forma ainda mais transnacional. Na obra, portanto, busca apresentar-se o resultado de uma atuação emancipatória e não subalterna (CHAKRABARTY, 2009) da própria ideia de justiça de transição, uma temática presente na América Latina há, pelo menos, trinta anos, mas ainda carente de avanços.

Em um momento em que crescem assustadoramente os retornos a práticas antidemocráticas e um uso não problematizado do direito para legitimá-las, a temática da justiça de transição soa como ainda mais necessária. Pudemos observar, nos últimos anos, como o conservadorismo e o apelo a supostamente justificáveis

1. Professor Adjunto II da Faculdade de Direito da UFMG (Graduação e Pós-Graduação, Mestrado e Doutorado). Mestre e Doutor em Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da UFMG. Estágio Pós-Doutoral pelo *King's College Brazil Institute* (2014-2015). *King's College Transnational Law Summer Institute Fellow* (2015). Coordenador do Centro de Estudos sobre Justiça de Transição da UFMG (CJT/UFMG). Coordenador da Secretaria da Rede Latino-Americana de Justiça de Transição (2016-2017).

exceções para todos os gostos puderam crescer de modo desmedido em todo o globo (SANTOS, 2016). *Brexit*, a candidatura permeada de racismo, misoginia e xenofobia de Trump nos Estados Unidos, o não ao Acordo de Paz na Colômbia assentado em um apelo irrefletido a um Direito Penal de combate ao inimigo, a omissão global quanto ao problema dos refugiados na Europa, pautas conservadoras e retrógradas de toda a espécie ganhando mais e mais adeptos em todo o mundo (Rodrigo Duterte nas Filipinas – o mais radical dos exemplos, o Partido Popular na Espanha ou *Freiheitliche Partei Österreichs*, FPÖ, Partido Livre da Áustria).

No Brasil, não seria diferente. Após a assunção da Presidência da República por Michel Temer, em um verdadeiro golpe parlamentar (PRONER et al., 2016; SANTOS, 2016; SOUZA, 2016) chancelado pelo Poder Judiciário e apoiado pela mídia e setores mais conservadores da sociedade, têm início práticas e mais práticas de retrocesso em direitos. De se lembrar que a Comissão de Anistia do Ministério da Justiça, apesar de ser uma comissão de Estado, teria toda sua composição imediatamente alterada dois dias após a Presidência da República se fixar de forma definitiva. Políticas de direitos humanos em curso foram suspensas; manifestações públicas do Ministro da Justiça a favor de mais armas e menos pesquisas; propositura de uma verdadeira proposta de emenda à Constituição “desconstituinte” (nas palavras de CATTONI DE OLIVEIRA, 2016, p. 1), com restrições a direitos sociais e econômicos em nome de uma austeridade bancada pelas classes populares e que não atinge nem o próprio governo (CBN, 2016, p. 1). Não faltariam exemplos vindo do Poder Executivo com o apoio do Congresso Nacional mais conservador já eleito no Brasil (SOUZA; CARAM, 2016, p. 1).

Por outro lado, o Poder Judiciário não ficaria atrás em termos de retrocessos quanto a direitos no Brasil. As inúmeras críticas dirigidas por diversos setores da comunidade jurídica aos excessos da Operação Lava Jato (passando por prisões preventivas em troca de delações premiadas, conduções coercitivas ilegais até o grampo da Presidenta da República) (FREITAS, 2016, p. 1), os excessivos privilégios estabelecidos em termos de subsídios não só elevados, mas que ultrapassam o teto constitucional para abrigar privilégios como o auxílio moradia (MEYER; CATTONI DE OLIVEIRA; BUSTAMANTE, 2016, p. 1) são somados a decisões judiciais afrontosas não só do próprio texto constitucional, como da legislação doméstica e de tratados internacionais de direitos humanos e normas de *jus*

cogens. Por exemplo: as decisões do Supremo Tribunal Federal no Habeas Corpus 126.992 e nas Ações Declaratórias de Constitucionalidade 43 e 44, que passaram a permitir o cumprimento da pena a partir da decisão condenatória de segunda instância; a decisão na Extradicação 1.362, que negou pedido argentino dirigido contra acusado da prática de crimes contra a humanidade, caso se pense em questões transicionais.

Não é de se espantar que essa demanda agressiva de combate ao crime e de restrições a direitos humanos fosse assumida irrefletidamente por outros membros do Judiciário e do Ministério Público no Brasil. Fiquemos com dois exemplos: a decisão do Tribunal de Justiça de São Paulo que anulou condenações pelo Massacre do Carandiru de 1992 (CONJUR, 2016) e a vergonhosa decisão de Juiz de Vara de Infância e Juventude do Tribunal de Justiça do Distrito Federal que determinou a aplicação de métodos de privação do sono para desocupar escola em que alunos se manifestavam contra as políticas do governo federal (STRECK, 2016, p. 1).

É claro que não podemos pretender enxergar em todos esses fatos uma relação simplificada de causalidade. Mas deles podemos retirar um alerta constante de que a ausência de uma efetiva pressão sobre as instituições e uma consciente posição de resgate e afirmação diuturna de direitos humanos pode fazer com que a exceção se perpetue. Nesse caso, as universidades e a academia têm um dever de difundir a fim de fazer valer aquilo que a Constituição de 1988 chamou de Estado Democrático de Direito. É o mínimo que se pode esperar delas. A formação de meros tecnocratas só pode contribuir para o cenário desolador contra o qual todos são chamados a lutar no momento. Nada disso deve estar alheio às pretensões de quem pesquisa e milita com a justiça de transição. A presente obra é mais um pequeno passo nesse sentido.

Esquemáticamente, o volume foi dividido de uma forma que pudesse apresentar o resultado de quase três anos de trabalhos, buscando servir como ferramenta de inspiração para práticas similares de consolidação de um regime de direitos humanos, mas também se prestando a difundir os produtos de sua atuação. A Parte I, “Produção Acadêmica de Membros do CJT/UFMG” diz respeito a contribuições acadêmicas de membros internos e membros do conselho consultivo do CJT/UFMG: Emilio Peluso Neder Meyer, Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira, Carlos Augusto Canêdo Gonçalves (em coautoria com Roberta Cerqueira Reis) e Inês Virginia Prado Soares (em coautoria com Viviane Fletcher).

A Parte II, “Atuação Extensionista do CJT/UFMG”, diz respeito a produções que foram feitas por membros do CJT/UFMG e por pesquisadores vinculados no desenvolvimento do aspecto extensionista do projeto. Em primeiro lugar, o memorial apresentado na ADFP 320, em trâmite perante o Supremo Tribunal Federal, memorial referente à participação da Comissão de Familiares de Mortos e Desaparecidos Políticos do Instituto de Estudos sobre Violência do Estado – IEVE, como *amicus curiae* na ação. Em segundo e terceiro lugares, os textos elaborados para os relatórios da Rede Latino-Americana de Justiça de Transição (RLAJT) de 2015 e 2016. Em quarto lugar, os manifestos produzidos na condição de, ao lado da Faculdade de Direito da UnB, sede da Secretaria da RLAJT. Tais manifestos contaram com o apoio de membros da RLAJT.

A Parte III, “Primeiros Percursos na Justiça de Transição”, integra trabalhos produzidos por pesquisadores de Graduação e Pós-Graduação da Universidade Federal de Minas Gerais, da Universidade Federal de Ouro Preto e da Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Alguns pesquisadores, no início de sua formação acadêmica, optaram por atuar junto ao CJT/UFMG ou à RLAJT, no momento em sua Secretaria tem sede naquele centro; outros já o fizeram em estágio mais avançado. O CJT/UFMG dá sua contribuição para pesquisas iniciais na justiça de transição. Em primeiro lugar, por meio de uma cartilha sobre justiça de transição, publicada ainda na formação embrionária do CJT/UFMG, o Grupo de Estudos “Justiças de Transição na América Latina e Constitucionalismo Democrático”.

Em segundo lugar, com a apresentação de um “Glossário sobre Justiça de Transição no Brasil e na América Latina”, envolvendo vários pesquisadores. O objetivo do glossário é o de justamente promover um diálogo mais fundamental com novos pesquisadores em nível de graduação. Tal glossário ainda subsidiaria textos para uma exposição sobre anistia e justiça de transição, conduzida pela Reitoria da UFMG no âmbito do Projeto do Memorial da Anistia. Além disso, contribuições de Raquel Cristina Possolo Gonçalves (em coautoria com Emilio Peluso Neder Meyer), Ana Carolina Rezende Oliveira e Mariana Rezende Oliveira demonstram a importância do desenvolvimento de médio prazo das pesquisas nessa área.

Já a Parte IV do livro diz respeito a mais um aspecto de internacionalização das iniciativas do CJT/UFMG. Intitulada *Critical*

Transitional Justice Network (Disponível em: <<http://www.kcl.ac.uk/law/tli/about/Critical-Transitional-Justice-Network.aspx>>. Acesso em: 14 nov. 2016), ela diz respeito à formação, ainda inicial, de uma rede de pesquisadores internacionais que promovem diálogo direto com o CJT/UFMG e muitos dos quais passaram a se filiar à RLA-JT. Formada a partir da união de pesquisadores (*Fellows*) do *King's College Transnational Law Summer Institute* (Disponível em: <<http://www.kcl.ac.uk/law/tli/tlsi.aspx>>. Acesso em: 9 nov. 2016), a rede integrou inicialmente os pesquisadores Emilio Peluso Neder Meyer (Brasil, UFMG), Gabriel Rojas Andrade (*Universidad de Los Andes*, Colômbia), Ram Natarajan (*University of Arkansas*, EUA), Catalina Vallejo (*Universidad de Los Andes*, Colômbia), Noemi Perez Vasquez (*SOAS University of London*, Reino Unido), Carlos Alberto Bravo Ramírez (*UNAM – Universidad Nacional Autónoma de México*, México), Lina Buchely (*Universidad ICESI*, Colômbia), Rashmi Raman (*Jindal Global Law School*, Índia), George Radics (*National University of Singapore*, Cingapura), Ruti Teitel (*New York Law School*, EUA), Amaya Alvez (*Universidade de Concepción*, Chile) e Marika Samson (*McGill University*, Canadá). Para esse volume, contribuíram Gabriel Rojas Andrade, Ram Natarajan e Noemi Perez Vasquez; seus textos foram mantidos na língua original a fim de permitir uma maior fidelidade às propostas dos autores.

Essa publicação integra as iniciativas da Secretaria da Rede Latino-Americana de Justiça de Transição, no âmbito do Projeto do Memorial da Anistia (projeto Fundep 17.076). Ela é produto, também, das atividades do CJT/UFMG como Projeto Coletivo integrante da Linha de Pesquisa “História, Poder e Liberdade” do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFMG.

O Centro de Estudos sobre Justiça de Transição da UFMG (CJT/UFMG): propósitos e atividades

Organização e objetivo geral

O Centro de Estudos sobre Justiça de Transição da Universidade Federal de Minas Gerais, doravante CJT/UFMG, está sediado na Faculdade de Direito e Ciências do Estado, da Universidade Federal de Minas Gerais, Brasil. Ele resulta da necessidade de desenvolver

um observatório no qual se analisem e sistematizem as iniciativas de justiça de transição, levadas à frente tanto por agentes da sociedade civil como por instituições públicas, divulgando seus resultados para toda a sociedade. Fazem parte dele pesquisadores brasileiros e estrangeiros, desenvolvendo o centro atividades de pesquisa e extensão que formam novas gerações de juristas e cientistas do Estado que estudam na UFMG.

Sua formação inicial apareceu sob a forma de uma iniciativa de pesquisa coordenada pelos Professores Doutores Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira e Emilio Peluso Neder Meyer, o Grupo de Estudos “Justiças de Transição na América Latina e Constitucionalismo Democrático”. Por meio de reuniões e debates, seu objetivo era o de difundir entre alunos de Graduação da UFMG e de outras instituições a discussão sobre iniciativas de justiça de transição na América Latina. Do seu trabalho resultaram importantes iniciativas, como a “Cartilha Justiça de Transição”, publicada pela Assembleia Legislativa do Estado de Minas Gerais em meio ao evento “Resistir Sempre: Ditadura Nunca Mais” (2014).

A organização efetiva do CJT/UFMG ocorreria no final de 2014. Após a aprovação do projeto de pesquisa e extensão pelas instâncias competentes da UFMG, ele passaria a integrar o Diretório dos Grupos de Pesquisa no Brasil do CNPQ – Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico (Disponível em: <<http://dgp.cnpq.br/dgp/espelhogrupo/5238553064707805>>. Acesso em: 9 nov. 2016). De sua organização fazem parte uma composição interna à UFMG integrada por (links acessados em 9 de novembro de 2016):

- a) Coordenador Professor Doutor Emilio Peluso Neder Meyer, Professor Adjunto II da Faculdade de Direito da UFMG, Graduação (Direito) e Programa de Pós-Graduação em Direito, Estágio Pós-Doutoral no *King's College Brazil Institute*, em Londres. <<http://lattes.cnpq.br/3179808724747993>>;
- b) Doutor Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira, Professor Associado IV da Faculdade de Direito da UFMG, Graduação (Direito e Ciências do Estado) e Programa de Pós-Graduação em Direito, Bolsista em Produtividade do CNPq (Pq 1D 2013), Estágio Pós-Doutoral na *Università degli Studi Roma Tre*; <<http://lattes.cnpq.br/4442732824534071>>;

- c) Doutora Marjorie Correa Marona, Professora Adjunta do Departamento de Ciência Política da Faculdade de Filosofia e Ciências Humanas da UFMG; <<http://lattes.cnpq.br/0414801887136245>>;
- d) Doutor Fabrício Bertini Pasquot Polido, Professor Adjunto de Direito Internacional da Faculdade de Direito da UFMG (Graduação e Pós-Graduação); Doutor em Direito Internacional pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo; *Master in Laws* (LL.M.) pela *Università degli Studi di Torino*, Itália; <<http://lattes.cnpq.br/0945463330398836>>;
- e) Doutor Carlos Augusto Canêdo Gonçalves, Mestre e Doutor em Direito Penal pela UFMG, Professor Associado da Faculdade de Direito da UFMG e Professor Adjunto da PUCMinas; <<http://lattes.cnpq.br/6149109996307398>>.

O CJT/UFMG ainda possui um Conselho Consultivo integrado pelos seguintes pesquisadores (links acessados em 9/11/2016):

- Prof. Dr. Marcelo Torelly (UnB), <<http://lattes.cnpq.br/0844990789772846>>;
- Prof. Msc. Renan Quinalha (USP), <<http://lattes.cnpq.br/5338802143300383>>;
- Prof. Dr. Alexandre Bahia (UFOP), <<http://lattes.cnpq.br/287746297894803220>>;
- Prof. Dr. David Gomes (UFLA), <<http://lattes.cnpq.br/1828373618919886>>;
- Prof. PhD Anthony Pereira (King's College London), <<https://www.kcl.ac.uk/aboutkings/worldwide/initiatives/global/brazilinstitute/people/anthonyperreira/Pereiracv2015WebPage.pdf>>;
- Prof. PhD Par Engstrom (UCL), <<https://www.ucl.ac.uk/americas/people/academicstaff/DrParEngstrom>>;
- Profa. Dra. Deisy Ventura (USP), <<http://lattes.cnpq.br/4248765154816650>>;
- Prof. PhD Octávio Ferraz (King's College London), <<http://www.kcl.ac.uk/law/people/academic/oferraz.aspx>>;
- Profa. Dra. Inês Soares (USP e MPF), <<http://lattes.cnpq.br/3913378758105763>>.

A essa organização são integrados pesquisadores de Graduação e Pós-Graduação, voluntários, bolsistas ou consultores, que permitem um intercâmbio contínuo de conhecimentos e experiências relacionadas à justiça de transição. Ano a ano eles são selecionados, consolidando projetos individuais de pesquisa integrantes de um projeto coletivo de comunhão e troca de informações.

A faceta de pesquisa: integração com o Programa de Pós-Graduação em Direito da UFMG

- O CJT/UFMG é também um Projeto Coletivo vinculado à Linha de Pesquisa “História, Poder e Liberdade” do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFMG (Disponível em: <<http://www.pos.direito.ufmg.br>>. Acesso em 9 nov. 2016). O Projeto Coletivo tem a seguinte ementa:

Desenvolvimento de processos de justiça de transição e a reconstrução hermenêutica e discursiva dos elementos constitutivos em perspectiva comparada. Consolidação da democracia, patriotismo constitucional e jurisdição constitucional. Constitucionalismo democrático e internacionalização do Direito. Judicialização da justiça de transição e manutenção de perspectivas autoritárias nas instituições estatais. Verificação da legitimidade da atuação jurisdicional a partir das teorias da argumentação no marco transicional da Constituição de 1988. Normatividade da justiça de transição, a partir da relação entre Constitucionalismo, Estado de Direito, Direito Internacional dos Direitos Humanos e a construção de um Direito Transnacional.

Com isso, tornou-se possível implementar um projeto em sede de Pós-Graduação *stricto sensu* voltado para a análise da justiça de transição, permitindo a formação de Mestres e Doutores na área. Face às flagrantes inter e transdisciplinares das temáticas de justiça de transição, permite-se com essas pesquisas dialogar com inúmeros aspectos do Direito, da Ciência Política e das Relações Internacionais, apenas para apontar alguns setores do conhecimento.

O projeto “Ditadura e Responsabilização”

Eixo norteador das atividades iniciais do CJT/UFMG, o projeto “Ditadura e Responsabilização” (Disponível em: <<http://cjt.ufmg.br>>. Acesso em: 9 nov. 2016), ainda em curso, permitiu a agregação de diversas iniciativas de justiça de transição. O projeto visou, primeiramente, a identificação de investigações criminais e ações penais propostas pelo Ministério Público Federal para apurar as graves violações de direitos humanos praticadas por agentes públicos durante a ditadura de 1964-1985, demonstrando a inserção das instituições brasileiras em um sistema normativo internacional de responsabilização de crimes contra a humanidade. Em um segundo momento, o projeto passou a abarcar outras formas de judicialização, como o ajuizamento de ações civis públicas e ações civis de reparação.

Impulso fundamental para a consolidação desse projeto foi o estabelecimento do convênio com o Grupo de Trabalho sobre Justiça de Transição do Ministério Público Federal (Disponível em: http://noticias.pgr.mpf.mp.br/noticias/noticias-do-site/copy_of_geral/populacao-tera-acesso-a-informacoes-sobre-procedimentos-para-responsabilizar-agentes-publicos-que-agiram-na-ditadura-militar. Acesso em: 26 maio 2016). Com isso, a atividade de Procuradores da República pôde ser acompanhada e subsidiada de uma perspectiva muito mais aproximada, colocando-se em um espaço de diálogo instituições, universidade e sociedade civil.

São, ainda, objetivos específicos do projeto:

- Sistematização de todas as informações concernentes aos processos e procedimentos, com identificação das fases atuais em que se encontram;
- Sistematização das decisões judiciais relativas aos procedimentos e processos mencionados, identificando a possível formação de jurisprudência e a forma como tais decisões judiciais domésticas lidam com o material normativo do Direito Internacional dos Direitos Humanos, assim como a incorporação de normas de “jus cogens” no Direito brasileiro;
- Coleta de informações reunidas por vítimas, familiares de vítimas, resistentes e familiares de resistentes e intercâmbio dessas informações com o Ministério Público Federal;
- Verificação, no âmbito da justiça de transição, do cumprimento pelas instituições brasileiras das recomendações da Comissão

Nacional da Verdade sobre responsabilização por crimes contra a humanidade;

- Intercâmbio de informações com centros e órgãos que já exercem atividade semelhante em outros países, com eventual celebração de convênios e/ou parcerias, como o *Human Rights Observatory*, da Universidade Diego Portales, no Chile; a ONG *CELS – Centro de Estudios Legales y Sociales*, na Argentina; o *Human Rights Trials in Peru Project*, da George Mason University, nos Estados Unidos; o *International Center for Transitional Justice*, nos Estados Unidos; a Rede Latino-Americana de Justiça de Transição;
- Intercâmbio de informações com órgãos de Estado no Brasil que lidam com a justiça de transição, com eventual celebração de convênios e/ou parcerias: Comissão de Anistia do Ministério da Justiça; Comissão de Mortos e Desaparecidos Políticos da Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República; COVEMG – Comissão Estadual da Verdade em Minas Gerais; outros órgãos de defesa de direitos humanos;
- Intercâmbio de informações e colaboração com órgãos da sociedade civil que lidam com a justiça de transição, com eventual celebração de convênios e/ou parcerias: Grupo de Estudos sobre Internacionalização do Direito e Justiça de Transição – IDEJUST; Grupo de Trabalho Juscelino Kubitschek do Largo do São Francisco – GT-JK; Instituto Helena Greco, em Minas Gerais; Grupo Tortura Nunca Mais; Comissão de Familiares de Mortos e Desaparecidos Políticos do Instituto de Estudos da Violência do Estado de São Paulo; outros órgãos da sociedade civil de defesa de direitos humanos;
- Divulgação dos resultados da pesquisa por meio da realização de encontros, reuniões, seminários e eventos;
- Manutenção de página na internet constando todas as informações relativas à proposta principal, permitindo amplo acesso do público em geral, com vistas à promoção do direito à memória e à verdade;
- Estudo dos institutos e das instituições da justiça de transição no Brasil e no direito comparado, com enfoque nas transições políticas e a construção da democracia e de um sistema de direitos humanos no Brasil e na América Latina;

- Estudo da interação entre a formação de um sistema interamericano de proteção a direitos humanos e os processos de consolidação da democracia no continente, bem como das relações de incorporação de normas de Direito Internacional dos Direitos Humanos nos respectivos sistemas constitucionais, principalmente, no Brasil;
- Publicação dos resultados de pesquisa.

A justificativa desse projeto se aproxima (e se confunde) com políticas de justiça de transição em vigor na América Latina. Para o efetivo estabelecimento de um Estado Democrático de Direito, é essencial que se investigue os resultados transicionais que foram obtidos e aqueles que ainda se deve alcançar a partir da Constituição de 1988. Perspectivas autoritárias em ações policiais, políticas públicas, projetos de governo, decisões judiciais e em outros campos da atuação estatal necessitam ser questionadas a fim de se dar curso ao projeto constituinte de 1988 (CATTONI DE OLIVEIRA, 2010, p. 200 e ss).

Em 2010, o Supremo Tribunal Federal rejeitou o pleito do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil para que se interpretasse a Lei de Anistia de 1979 (Lei nº 6.683/1979) no sentido de que ela excluiria a possibilidade de anistia de agentes públicos que praticaram graves violações de direitos humanos durante a ditadura (BRASIL, Supremo Tribunal Federal, 2010). Contudo, em novembro do mesmo ano, o Estado brasileiro foi condenado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH) por conta das violações praticadas durante a chamada Guerrilha do Araguaia. A Corte IDH estabeleceu, entre outras determinações, que o Brasil deveria investigar as circunstâncias e responsabilizar todos os envolvidos nos desaparecimentos forçados ocorridos naquela ocasião (Corte IDH, 2010, p. 114).

Em cumprimento à decisão condenatória no Caso Gomes Lund, o Ministério Público Federal, por meio da Resolução nº 1/2011 da 2ª Câmara de Coordenação e Revisão Criminal, entendeu não haver colisão entre a decisão da corte regional de direitos humanos e a decisão do Supremo Tribunal Federal na ADPF 153/DF, que rejeitara o pleito do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil para dar “interpretação conforme” à Lei de Anistia de 1979

(BRASIL, Ministério Público Federal, 2011). Com isto, a noção de graves violações de direitos humanos, ganhou densidade normativa na ordem jurídica brasileira.

Uma mudança ainda maior viria com a incorporação no Brasil da noção internacional de crimes contra a humanidade para lidar com os crimes da ditadura. Os crimes contra a humanidade, já há muito referidos no campo do Direito Internacional dos Direitos Humanos como norma de *jus cogens* (ou seja, obrigatórias e não derogáveis) (BASSIOUNI, 1996a, p. 17; 1996b, p. 63 e ss), teriam destaque com a propositura de ações penais relativas a crimes perpetrados no início da década de 1970 (caso Rubens Paiva) e após a anistia de 1979 (caso Riocentro). A noção de crimes contra a humanidade também seria invocada no caso que envolveu a morte e desaparecimento do opositor político Luiz Eduardo da Rocha Merlino. As peças referentes a esses casos se encontram no site do CJT/UFMG (Disponível em: <<http://cjt.ufmg.br>>. Acesso em: 10 nov. 2016).

Também o Procurador-Geral da República mostrou claramente ter o Brasil incorporado o conceito de crimes contra a humanidade na sua justiça de transição, em duas ocasiões, pelo menos. Na primeira delas, ao apresentar parecer em relação ao pedido de extradição feito pela República Argentina em relação a Manuel Alfredo Montenegro, acusado de crimes de privação ilegítima de liberdade agravada com imposição de tortura durante a última ditadura argentina (BRASIL, Procuradoria-Geral da República, 2014a).

A posição do Procurador-Geral da República ficaria ainda mais cristalina com o parecer apresentado na ADPF nº 320, proposta pelo PSOL – Partido Socialismo e Liberdade. Essa nova ação requer que o STF determine ao Estado brasileiro o cumprimento das determinações da Corte Interamericana de Direitos Humanos no Caso Gomes Lund (BRASIL, Procuradoria-Geral da República, 2014b). O Procurador-Geral da República claramente abraçou a tese encampada pelo Grupo de Justiça de Transição do Ministério Público Federal, integrado por membros da instituição que atuam neste campo, sustentando que os crimes da ditadura de 1964-1985 são crimes contra a humanidade.

Como isto, delinea-se, hoje no Brasil, um campo no qual deverão proliferar diversas medidas de justiça de transição concernentes à

responsabilização criminal de agentes da ditadura pelo cometimento de crimes contra a humanidade. Ainda que órgãos superiores de justiça possam vir a ter entendimentos futuros que visem barrar tais medidas, é preciso sempre lembrar que composições de tribunais se alteram e novos questionamentos podem surgir, como já aconteceu na Argentina, no Chile e no Peru.

O Ministério Público Federal mantém um Grupo de Trabalho de Justiça de Transição e tem procurado sistematizar as informações a respeito das investigações levadas à frente e das ações criminais ajuizadas. Entretanto, a existência de instituições autônomas às práticas estatais e mais diretamente relacionadas à sociedade civil pode cooperar de um modo importantíssimo com o trabalho do Ministério Público Federal, desenvolvendo uma maior sistematicidade para o mesmo. Além disto, é necessário reconstruir cientificamente os passos que têm sido dados para a aceitação deste conceito no Brasil. Isto terá efeitos sobre o próprio modo de se trabalhar a responsabilização, mas também alcançará outras medidas transicionais, como o direito à memória e à verdade, o sistema de reparação e as reformas institucionais.

Ressalte-se, também que a Comissão Nacional da Verdade recomendou expressamente a responsabilização de agentes públicos por crimes contra a humanidade. Veja-se:

Determinação, pelos órgãos competentes, da responsabilidade jurídica – criminal, civil e administrativa – dos agentes públicos que deram causa às graves violações de direitos humanos ocorridas no período investigado pela CNV, afastando-se, em relação a esses agentes, a aplicação dos dispositivos concessivos de anistia inscritos nos artigos da Lei no 6.683, de 28 de agosto de 1979, e em outras disposições constitucionais e legais (BRASIL, Comissão Nacional da Verdade, 2014).

Não se pode desconsiderar que tais medidas são fundamentais para a consolidação do regime democrático e de um sistema de direitos humanos. O acesso pleno à verdade contribui diretamente para a afirmação de uma memória não obrigada, permitindo que a identidade de um povo seja construída com sua contribuição. Além disso, responsabilizações criminais demonstram que o Estado refuta claramente as práticas autoritárias e ilícitas que outrora cancelara.

O problema se torna ainda mais grave quando se verifica que o Poder Judiciário se mostra renitente em possibilitar a persecução penal e eventual responsabilização por crimes contra a humanidade praticados na ditadura de 1964-1985. Das 21 ações penais ajuizadas até agora pelo Ministério Público Federal, quase a totalidade encontrou obstáculos em habeas corpus aviados pelos acusados e aceitos pelo Poder Judiciário federal ou em reclamações com decisões liminares de suspensão no Supremo Tribunal Federal. O argumento recorrente é o de que é necessário aguardar o julgamento final das ADPF's nº 153 e 320. A situação se torna ainda mais complicada diante do julgamento da Extradução nº 1.362, em que o STF reviu sua posição de reconhecimento do sequestro como crime permanente e não autorizou a extradição para a Argentina de acusado da prática de crimes contra a humanidade (REDE LATINO-AMERICANA DE JUSTIÇA DE TRANSIÇÃO, 2016, p. 1).

Com isto, o problema abordado no projeto de pesquisa e extensão “Ditadura e Responsabilização” diz com o equacionamento e a sistematização das investigações e das ações judiciais propostas pelo Ministério Público Federal e por particulares visando a apurar a ocorrência de crimes contra a humanidade no Brasil, crimes estes praticados durante o período da ditadura de 1964-1985. Pelo perfil acadêmico e científico do projeto, é possível, a partir de tal investigação, identificar o cumprimento do direito à memória e à verdade no Brasil para além do trabalho desenvolvido por comissões da verdade. Tal estudo possibilita a identificação de práticas de repressão que ainda possam estar em uso nos órgãos de segurança pública, o que permite cooperar também com o elemento transicional das reformas institucionais.

A execução deste projeto tem relevo direto na área do Direito, uma vez que permite que pesquisadores em nível de Graduação e Pós-Graduação tenham contato direto com medidas de justiça transicional, permitindo a formação novos juristas conscientes da necessidade de lidar com legados autoritários ainda presentes. Os impactos, entretanto, ultrapassam o meio acadêmico, vez que a disponibilização de dados de fácil acesso ao público sobre as investigações e ações propostas permitem uma maior possibilidade de conscientização a respeito de graves violações de direitos humanos e da necessidade de sua não repetição.

No que respeita ao Direito Constitucional brasileiro, basta lembrar que, há 27 anos da promulgação da Constituição de 1988, ainda há elementos transicionais não devidamente enfrentados: a responsabilização por crimes contra a humanidade e as necessárias reformas institucionais de aparatos de segurança são uns dos mais evidentes. Todas essas exigências aparecem na Constituição de 1988 e são decorrência do sistema internacional de direitos humanos que ela incorpora no Brasil. Como impacto direto, temos a formação de juristas (e cidadãos) cientes do sistema de direitos humanos que deve imperar.

A cooperação com a COVEMG – Comissão da Verdade em Minas Gerais

Outra linha de atuação do CJT/UFMG provém de um convênio estabelecido com a COVEMG – Comissão da Verdade em Minas Gerais (Disponível em: <<http://www.comissaodaverdade.mg.gov.br>>. Acesso em: 10 nov. 2016). Tal parceria, instituída ainda na formação do Grupo de Estudos “Justiças de Transição na América Latina e Constitucionalismo Democrático”, em 2013, tem permitido que os pesquisadores de Graduação e Pós-Graduação do Centro possam levar adiante atividades de extensão ligadas ao direito à memória e à verdade, atuando nos diversos núcleos desta comissão da verdade. Instituída no Estado de Minas Gerais pela Lei Estadual nº 20.765/2013, a COVEMG deverá apresentar relatório final até setembro de 2016. Novo convênio permitirá que o CJT/UFMG possa participar diretamente da cooperação na elaboração do relatório final.

A colaboração com a Comissão Rubens Paiva – Caso JK

Fruto de uma relação com a Comissão da Verdade Rubens Paiva do Estado de São Paulo, o membro coordenador Emilio Peluso Neder Meyer apresentou parecer que integra seu relatório final já publicado (Disponível em: <<http://verdadeaberta.org>>. Acesso em: 9 nov. 2016). O parecer procurou defender a tese de que, em se tratando de crimes contra a humanidade, é necessário inverter o ônus da prova em favor das vítimas, colocando-o sobre os ombros do Estado.

A Secretaria da Rede Latino-Americana de Justiça de Transição

A Rede Latino-Americana de Justiça de Transição foi fundada em 2011, sendo incentivada pelo Projeto BRA/08/021 – Cooperação para o intercâmbio internacional, desenvolvimento e ampliação das políticas de Justiça Transicional do Brasil – da Comissão de Anistia do Ministério da Justiça, da Agência Brasileira de Cooperação do Ministério das Relações Exteriores e do Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento, e desenvolvida em parceria com o *International Center for Transitional Justice* (ICTJ), disponível em: <<https://www.ictj.org>>. Acesso em: 10 nov. 2016). O objetivo da Comissão de Anistia, à época, e do *ICTJ*, era o desenvolver mecanismos de interação entre os diversos países da América Latina que enfrentavam a temática da justiça de transição. De um lado, a medida reforçaria a necessidade de verificação de aspectos contextuais fundamentais; de outro, permitiria o intercâmbio de informações entre os contextos, procurando unir instituições governamentais, educacionais e da sociedade civil (Disponível em: <<http://rlajt.com/quem-somos/historia-e-objetivo/>>. Acesso em: 10 nov. 2016).

Nos anos de 2014 e 2015, a Secretaria da RLAJT foi estabelecida em projetos da UnB e da UFRJ, atuando também na forma de um observatório. Esse primeiro momento foi fundamental para a consolidação da RLAJT:

A Secretaria Executiva buscou se estruturar e se capacitar para atender seus objetivos principais de: i) compartilhar materiais e informações sobre os processos de justiça de transição na América Latina e de ii) promover e facilitar a comunicação entre os membros da RLAJT, bem como o seu fortalecimento e ampliação. No primeiro ponto, a Secretaria realizou a alimentação do sítio eletrônico da RLAJT e da sua página no Facebook, com a divulgação de notícias, textos e eventos relacionados à justiça transicional no continente latino-americano. No segundo ponto, a Secretaria organizou e promoveu encontros entre os membros da RLAJT, incluindo dois seminários internacionais realizados em junho e em novembro de 2015. Também foram realizados esforços para expandir a RLAJT, que resultou na incorporação de 17 membros plenos provenientes de 9 países (SECRETARIA DA

REDE LATINO-AMERICANA DE JUSTIÇA DE TRANSIÇÃO, 2015, p. 18).

No ano de 2014, um relatório geral base apresentou-se como um importante produto da RLAJT (PAIXÃO, 2015). No ano de 2015, as atividades da RLAJT e de sua Secretaria resultaram em três relatórios: “Justiça de Transição na América Latina – Panorama 2015” (GUIMARÃES, PAIVA; GUERRA, 2016); “Judicialização da Justiça de Transição na América Latina” (OSMO, 2016); e, “Tratamento de Arquivos de Direitos Humanos na América Latina” (SANTOS, 2016).

Em novembro de 2015, a Assembleia Geral da RLAJT, abrangendo, pois, as 17 organizações proveniente de 9 países, escolheu por voto o CJT/UFGM e a UnB para manterem a Secretaria da RLAJT para os anos de 2016 e 2017. A equipe passaria a ser integrada pelos Professores Doutores Emilio Peluso Neder Meyer (coordenador, UFGM), Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira (UFGM), Camila Cardoso de Mello Prando (coordenadora, UnB), José Otávio Nogueira Guimarães (UnB), Cristiano Paixão (UnB) e Liziane Guazina (UnB). Com isso, foi necessário, para atender às necessidades da Secretaria da RLAJT, a formação de duas equipes de pesquisadores:

- UFGM: Vanuza Nunes (Mestrado, Direito, UFGM); Camilla Cristina (Doutorado, História, UFOP); Raquel Possolo (Graduação, Direito, UFGM); Felipe Guimarães Tirado (Graduação, Direito, UFGM);
- UnB: Ana Paula Duque (Mestrado, Direito, UnB); Patrícia Cunegundes (Mestrado, Comunicação, UnB); Maria Pia Guerra (Doutorado, UnB).

A Assembleia Geral da RLAJT decidira no sentido de que as temáticas de judicialização e arquivos deveriam continuar sendo objeto de investigação. Em 2016, contudo, dois enfoques seriam primordiais: crimes sexuais e desaparecimento forçado. Desse modo, três consultores seriam ainda responsáveis por relatórios que envolvessem essas temáticas específicas, mas também uma perspectiva geral sobre os caminhos da justiça de transição na América Latina em 2016. Assim, foram contratados os pesquisadores Mariluci Vargas (Doutorado, História, UFRGS – relatório sobre desaparecimento forçado – justiça e arquivos); Cláudia Paiva (Doutorado, História,

UnB – relatório sobre crimes sexuais – justiça de arquivos); e, Rafael Schincariol (Doutorado, Direito, USP – relatório geral 2016). Os relatórios, em fase de finalização, serão publicados até o início de 2017.

Por ser uma atividade de formação de subsídios de justiça de transição, decidiu-se pela inclusão do projeto da Secretaria da RLAJT em 2016 no Projeto do Memorial da Anistia da UFMG (Projeto 17.076). A agregação da Secretaria da RLAJT ao Projeto do Memorial da Anistia permitiria um intercâmbio de atividades benéficas para a produção de conhecimento e insumos para ambas as partes:

O objeto do plano de trabalho do Memorial consiste na geração de conteúdos, produção e instalação de projeto museográfico completo, exposição de longa duração de alta interação com os visitantes, produção de conteúdos para o acervo do Memorial e ações de articulação com instituições atuantes em justiça de transição e memorialização. Seus produtos compreendem: ações de articulação e cooperação institucional com entidades que atuam na área de justiça de transição e memorialização, especialmente por meio da RLAJT, dando apoio a suas atividades, de modo a gerar subsídios (pesquisas, relatórios, seminários, publicações e outros produtos) que venham a integrar o acervo do Memorial da Anistia Política do Brasil e que orientem o processo de formulação dos projetos museográfico e pedagógico (SECRETARIA DA REDE LATINO-AMERICANA DE JUSTIÇA DE TRANSIÇÃO, 2015, p. 17).

Assim, o próprio CJT/UFMG, além auxiliar com seus pesquisadores nas atividades da Secretaria da RLAJT, atuou nas atividades de desenvolvimento do Projeto do Memorial da Anistia, especialmente a realização de uma exposição, como abaixo será relatado.

Antes, porém, vale registrar que as atividades da Secretaria da RLAJT se desenvolveram em múltiplas áreas. Além da pesquisa e produção de conteúdo para o site e página do *Facebook* da RLAJT, com redação de textos e manifestos importantes para o momento político latino-americano, a Secretaria foi responsável pela realização do III Congresso Internacional sobre Justiça de Transição (Disponível em: <<https://cjt.ufmg.br/index.php/2016/11/03/iii-congresso>>

so-internacional-sobre-justica-de-transicao/>. Acesso em: 28 nov. 2016). Este evento contou com a presença não só de membros da RLAJT, mas de outras redes: a Diretoria do IDEJUST – Grupo de Estudos sobre Internacionalização do Direito e Justiça de Transição e a *CRITICTJ* (*Critical Transitional Justice Network*).

Além disso, no ano de 2016, a Secretaria da RLAJT promoveu diversos eventos visando à disseminação de conteúdo sobre justiça de transição:

- “Justiça de transição no Peru”, com José Carlos Agüero (Peru), Rômulo Monte Alto (UFMG) Emilio Peluso Neder Meyer (UFMG), em 3/10/2016;
- “Lançamento e Apresentação – Relatório Justiça de Transição na América Latina: Panorama 2015”, com José Otávio Nogueira Guimarães (UnB), Cláudia Paiva (UnB), Maria Pia Guerra (UnB), Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira (UFMG) e Emilio Peluso Neder Meyer (UFMG), em 30/5/2016;
- “Lançamento e Apresentação dos Relatórios Parciais RLAJT/ 2015 - Semana da Anistia”, com Carla Osmo (UnB), Shana Santos (UFRJ), Heloísa Greco (Instituto Helena Greco), Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira (UFMG) e Emilio Peluso Neder Meyer (UFMG);
- “O assassinato de JK pela ditadura: documentos oficiais”, como Léa Vidigal Medeiros (USP), Marco Braga (USP) e Emilio Peluso Neder Meyer (UFMG);
- “Vida e direito: uma estranha alquimia”, com Albie Sachs (África do Sul), Misabel Derzi (UFMG), Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira (UFMG), Thomas Bustamante (UFMG), Fabrício Polido (UFMG) e Emilio Peluso Neder Meyer (UFMG);
- “500 - Os bebês roubados pela ditadura argentina”, com José Antonio Cafiero (Argentina), Céres Pimenta (COVEMG), Ingrid Gianordoli Nascimento (UFMG) e Mariluci Vargas (RLAJT e UFRGS).

Exposição do Memorial da Anistia

A fim de difundir o projeto futuro de finalização da edificação do Memorial da Anistia em Belo Horizonte, o plano de trabalho de

2016 envolveu a realização de uma exposição sobre anistia e justiça de transição, ainda no ano de 2017, para a qual o CJT/UFMG deu contribuição direta na seleção de imagens e na produção de textos. Com isso, foi possível unificar a produção de conteúdo a partir de atividades da RLAJT, desenvolvidas por meio da Secretaria estabelecida no ano de 2016 no CJT/UFMG.

A parceria com o *The Auschwitz Institute for Peace and Conciliation*

O CJT/UFMG também laborou juntamente com o *The Auschwitz Institute for Peace and Conciliation*, com vistas a implementar um relatório sobre o papel de diversos *ombudsmen* na América Latina na temática da justiça de transição. A parceria foi fruto do memorando de entendimentos entre o Instituto e a *Federación Iberoamericana de Ombudsmen*. O relatório contou com a colaboração de pesquisadores do Instituto (em especial, Clara Ramírez Barat), pesquisadores do CJT/UFMG (Emilio Peluso Neder Meyer e Mariana Rezende Oliveira) e também da CRITICTJ (Gabriel Rojas Andrade). A publicação do relatório é aguardada para o início de 2017.

Financiamento e apoios

Como sede da Secretaria da RLAJT, o CJT/UFMG desenvolveu tal atividade com financiamento do Projeto do Memorial da Anistia da Reitoria da UFMG (projeto Fundep 17.076). De modo autônomo, o CJT/UFMG também foi contemplado em financiamentos 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). De modo inicial, sua organização e fundação se deu em meio ao desenvolvimento de pesquisa pós-doutoral pelo organizador Emilio Peluso Neder Meyer financiada pela CAPES – Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoa de Nível Superior (processo 3192-14-8). O CJT/UFMG ainda conta com o apoio institucional e financeiro do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFMG e da COVEMG – Comissão da Verdade em Minas Gerais. Algumas atividades ainda contaram com o apoio da Comissão de Direitos Humanos da Seção Minas Gerais da Ordem dos Advogados do Brasil.

Referências

BASSIOUNI, Cherif. International Crimes: *Jus Cogens* and *Obligatio Erga Omnes*. *Law and Contemporary Problems*, v. 59, n. 4, 1996b.

BASSIOUNI, Cherif. Searching for Peace and Achieving Justice: the Need for Accountability. *Law and Contemporary Problems*, v. 59, n. 4, 1996a.

BRASIL. Comissão Nacional da Verdade. Relatório final. Brasília: CNV, 2014.

BRASIL. Ministério Público Federal. Procuradoria-Geral da República. 2ª Câmara de Coordenação e Revisão. *Documento nº 1/2011*. Brasília/DF, 21 de março de 2011. Disponível em: <www.prf3.mpf.gov.br>. Acesso em: 12 mar. 2012.

BRASIL. Ministério Público Federal. Procuradoria da República no Estado do Rio de Janeiro. *Denúncia referente ao Procedimento de Investigação Criminal nº 1.30.001.006990/2012-37*. Disponível em: <<http://www.prrj.mpf.mp.br/institucional/crimes-da-ditadura/atuacao-1>>. Acesso em: 15 jun. 2014.

BRASIL. Procuradoria-Geral da República. Parecer. *Arguição de descumprimento de preceito fundamental nº 320*. Requerente: PSOL – Partido Socialismo e Liberdade. Relator Ministro Luiz Fux. Disponível em <www.stf.jus.br>. Acesso em: 22 dez. 2014, 2014b.

BRASIL. Procuradoria-Geral da República. Parecer. *Prisão preventiva para extradição nº 696*. Requerente: República Argentina. Requerido: Manuel Alfredo Montenegro. Relator Ministro Gilmar Mendes. Disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/extradicao-manuel-montenegro-parecer-pgr.pdf>>. Acesso em: 22 out. 2014, 2014a.

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, 29 de abril de 2010. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPd->

fPaginado.asp?id=330654&tipo=TP&descricao=ADPF%2F153>. Acesso em: 12 mar. 2011.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. Democracia *sem* espera e processo de constitucionalização: uma crítica aos discursos oficiais sobre a chamada “transição política brasileira”. BRASIL. Comissão de Anistia. Ministério da Justiça. *Revista anistia política e justiça de transição*, Brasília, Ministério da Justiça, n. 3, p. 200-230, jan./jun. 2010.

_____. Breves considerações iniciais sobre a PEC n. 241 (“Novo Regime Fiscal”): o estado de exceção econômico e a subversão da Constituição democrática de 1988. *Empório do Direito*. Disponível em: <<http://emporiოდireito.com.br/breves-consideracoes-iniciais-sobre-a-pec-n-241-novo-regime-fiscal-o-estado-de-excecao-economico-e-a-subversao-da-constituicao-democratica-de-1988-por-marcelo-andrade/>>. Acesso em: 9 nov. 2016.

CBN. *Gastos com cartão corporativo em quatro meses superam o 1º semestre*. Disponível em: <<http://cbn.globo.radio.globo.com/editorias/politica/2016/11/07/GASTOS-COM-CARTAO-CORPORATIVO-EM-QUATRO-MESES-SUPERAM-O-1-SEMESTRE.htm>>. Acesso em: 8 nov. 2016.

CHAKRABARTY, Dipesh. *Provincializing Europe: Postcolonial Thought and Historical Difference*. New Jersey: Princeton University Press, 2009.

CONJUR. *TJ-SP anula julgamentos dos 73 policiais condenados por Massacre do Carandiru*. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2016-set-27/tj-sp-anula-condenacoes-policiais-massacre-carandiru?utm_source=dlvr.it&utm_medium=facebook>. Acesso em: 8 nov. 2016.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Gomes Lund e Outros (“Guerrilha do Araguaia”) v. Brasil*. Sentença de 24 de novembro de 2010. Disponível em <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_219_por.pdf>. Acesso em: 28 out. 2014.

FREITAS, Janio de. Excessos de autoritarismo da Lava Jato são problema institucional. *Folha de S. Paulo*. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/colunas/janiodefretas/2016/08/1806668--excessos-de-autoritarismo-da-lava-jato-sao-problema-institucional.shtml>>. Acesso em: 8 nov. 2016.

GUIMARÃES, José Otávio Nogueira; PAIVA, Cláudia; GUERRA, Maria Pia (Orgs). *Justiça de transição na América Latina*: panorama 2015. Brasília: Ministério da Justiça, Comissão de Anistia, Rede Latino-Americana de Justiça de Transição, 2016.

MEYER, Emilio Peluso Neder; CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade; BUSTAMANTE, Thomas da Rosa. Judiciário e Ministério Público: acima de tudo, uma questão constitucional. *Jota*. Disponível em: <<http://jota.info/judiciario-e-ministerio-publico-acima-de-tudo-uma-questao-constitucional>>. Acesso em: 8 nov. 2016.

SANTOS, Boaventura de Souza. *A difícil democracia*: reinventar as esquerdas. São Paulo: Boitempo Editorial, 2016.

SOUZA, Nivaldo. CARAM, Bernardo. Congresso eleito é o mais conservador desde 1964, afirma Diap. *Estadão*, 6 de outubro de 2014. Disponível em: <<http://politica.estadao.com.br/noticias/eleicoes,congresso-eleito-e-o-mais-conservador-desde-1964-afirma-diap,1572528>>. Acesso em: 8 nov. 2016.

OSMO, Carla. *Judicialização da justiça de transição*. Brasília: Ministério da Justiça, Comissão de Anistia, Rede Latino-Americana de Justiça de Transição, 2016.

PAIXÃO, Cristiano (Org.) *Relatório 2014*. Brasília: Ministério da Justiça, Comissão de Anistia, Rede Latino-Americana de Justiça de Transição, 2015.

REDE LATINO-AMERICANA DE JUSTIÇA DE TRANSIÇÃO. *Carta aberta ao Supremo Tribunal Federal do Brasil*: manifesto contra a decisão na Extradicação nº 1.362. Manuscrito. Belo Horizonte: RLAJT, 2016.

SANTOS, Shana. *Tratamento de Arquivos de Direitos Humanos na América Latina*. Brasília: Ministério da Justiça, Comissão de Anistia, Rede Latino-Americana de Justiça de Transição, 2016.

SECRETARIA DA REDE LATINO-AMERICANA DE JUSTIÇA DE TRANSIÇÃO. *Plano de trabalho*. Brasília: UnB, 2015.

STRECK, Lênio Luiz. Tortura em Brasília: Ao caçar coelhos, mataremos a borboleta azul! *Conjur*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-nov-01/streck-tortura-brasilia-cacar-coelhos-mataremos-borboleta>>. Acesso em: 8 nov. 2016.

[\[Volta ao Sumário\]](#)

Parte I

PRODUÇÃO ACADÊMICA DE MEMBROS DO CJT/UFMG

A Parte I deste livro dedica-se à produção acadêmica de membros do CJT/UFMG, sejam eles vinculados internamente à UFMG, ou componentes do conselho consultivo. Emilio Peluso Neder Meyer contribui com o artigo “Irresponsabilidade institucional no Brasil: equívocos e omissões ante uma adequada compreensão do Direito Internacional dos Direitos Humanos”, publicado originalmente na obra “Risco e futuro da democracia brasileira: direito e política no Brasil contemporâneo”¹ Carlos Augusto Canedo Gonçalves da Silva, em coautoria com Roberta Cerqueira Reis, apresentam o artigo “Comissões da verdade, memória, reconstrução e o caso brasileiro”. Inês Virginia Prado Soares, em coautoria com Viviane Fecher, colaborou com o artigo “Legado de Violência da ditadura brasileira: riqueza cultural?”. Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira apresenta a contribuição fundamental para refletir sobre a justiça de transição e sua formulação brasileira: “A democracia sem espera: constitucionalização e transição política no Brasil”. Tais produções procuram evidenciar aspectos comuns da pesquisa desenvolvida pelos membros do CJT/UFMG: pensar a justiça de transição, principalmente no Brasil, como um projeto em construção a partir da Constituição de 1988.

1. Ver GUIMARÃES, Juarez. CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. LIMA, Martonio Mont’Alverne Barreto. ALBURQUERQUE, Newton de Menezes. *Risco e futuro da democracia brasileira: direito e política no Brasil contemporâneo*. São Paulo: Perseu Abramo, 2016.

IRRESPONSABILIDADE INSTITUCIONAL NO BRASIL: equívocos e omissões ante uma adequada compreensão do direito internacional dos direitos humanos

Emilio Peluso Neder Meyer¹

1.1 Introdução

O horizonte da justiça de transição no Brasil ainda resente de transformações importantíssimas, principalmente no que respeita aos pilares da reforma institucional e da responsabilização por crimes contra a humanidade.² O relatório da Anistia Internacional divulgado em agosto de 2015, intitulado “Você matou meu filho: homicídios

1. Professor Adjunto II da Faculdade de Direito da UFMG (Graduação e Pós-Graduação, Mestrado e Doutorado). Mestre e Doutor em Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da UFMG. Estágio Pós-Doutoral pelo *King's College Brazil Institute* (2014-2015). *King's College Transnational Law Summer Institute Fellow* (2015). Coordenador do Centro de Estudos sobre Justiça de Transição da UFMG (CJT/UFMG). Coordenador da Secretaria da Rede Latino-Americana de Justiça de Transição (2016-2017).

2. Para a uma análise destes e outros aspectos da justiça de transição brasileira, cf. MEYER, Emilio Peluso Neder. *Ditadura e Responsabilização: Elementos para uma Justiça de Transição no Brasil*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2012; MEYER, Emilio Peluso Neder. “Crimes Contra a Humanidade Praticados pela Ditadura Brasileira de 1964-1985: Direito à Memória e à Verdade, Dever de Investigação e Inversão do Ônus da Prova.” *Parecer apresentado à Comissão da Verdade Rubens Paiva do Estado de São Paulo e ao GT-JK* (2014): acesso 10 de setembro, 2015, <http://verdadeaberta.org/relatorio/>; MEYER, Emilio Peluso Neder. CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. *Justiça de Transição nos 25 anos da Constituição de 1988*. Belo Horizonte: Initia Via, 2015; TORELLY, Marcelo D. *Justiça de Transição e Estado Constitucional de Direito: Perspectiva Teórico-Comparativa e Análise do Caso Brasileiro*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

cometidos pela Polícia Militar na cidade do Rio de Janeiro”, indicou o número de 8.466 vítimas de homicídios decorrentes de intervenções policiais em todo o Estado do Rio de Janeiro, entre 2005 e 2014.³ O quadro de violência institucionalizada extrema na repressão policial anda de mãos dadas com uma efetiva e ampla impunidade que é resguardada por instituições como as próprias polícias (militar e civil), o Ministério Público e o Poder Judiciário.⁴ Ainda que a associação entre a persistência de um aparato repressor lesivo de direitos humanos e a ausência de responsabilização criminal individual possa ser debatida, é possível arriscar que a situação não poderia ser pior se acaso enfrentássemos devidamente os obstáculos criados pela ausência de um tratamento normativo dos crimes contra a humanidade praticados no Brasil entre 1964 e 1985.⁵

A Comissão Nacional da Verdade, ao publicar seu relatório final em dezembro de 2014, deu um importante passo no sentido de busca inserir o Estado brasileiro entre aqueles que não tolerariam uma anistia em branco para crimes contra a humanidade. Explicitamente ela assim se referiu às graves violações de direitos humanos praticadas por agentes públicos durante a última ditadura, recomendando que a Lei de Anistia de 1979 não mais servisse de

3. ANISTIA INTERNACIONAL. *Você matou meu filho*: homicídios cometidos pela Polícia Militar na cidade do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro: Anistia Internacional, 2015, p. 31.

4. “O quadro de violência e a alta taxa de homicídios no Brasil são agravados pelo elevado índice de impunidade. Estima-se que apenas de 5% a 8% dos homicídios no país sejam elucidados. Nos casos registrados como “homicídio decorrente de intervenção policial”, a impunidade é ainda maior devido às graves falhas no processo de investigação. Essa impunidade alimenta o ciclo de violência e revela problemas na investigação criminal e no sistema de Justiça Criminal como um todo, o que inclui a Polícia Civil, o Ministério Público e o Poder Judiciário” (ANISTIA INTERNACIONAL. *Você matou meu filho*: homicídios cometidos pela Polícia Militar na cidade do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro: Anistia Internacional, 2015, p. 65).

5. Para a uma defesa da correlação direta entre ausência de responsabilização criminal individual por graves violações de direitos humanos e persistência da violência de Estado em períodos transicionais, cf. SIKKINK, Kathryn. *The justice cascade: how human rights prosecutions are changing world politics*. New York: W. W. Norton & Co., 2011. Para uma crítica desta direta associação, cf. OLSEN, Tricia D. PAYNE, Leigh A. REITER, Andrew G. *Transitional Justice in Balance: Comparing Processes, Weighing Efficacy*. Washington: Unite States Institute of Peace Press, 2010

obstáculo à responsabilização criminal por tais atos.⁶ Mais do que isto, procurou deixar clara a inserção do Estado brasileiro em uma ordem normativa internacional preocupada com o assecuramento de obrigações *erga omnes* e normas de *jus cogens*. Em um sentido semelhante, foi essa a posição defendida pelo Procurador-Geral da República no parecer que apresentou no procedimento da ADPF (Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental) 320, ação proposta pelo PSOL – Partido Socialismo e Liberdade visando a exigir o cumprimento pelo Estado brasileiro do que foi decidido pela Corte Interamericana de Direitos Humanos no julgamento do Caso Gomes Lund.⁷

A posição do Procurador-Geral da República externou uma clara preocupação com o Direito Internacional dos Direitos Humanos – ainda que se possa questionar o modo como se procedeu à distinção entre controle de constitucionalidade e controle de convencionalidade.⁸ Mas mesmo esta crítica não se compara ao “estado

6. “Para a fundamentação de sua posição, a CNV considerou que, desde meados do século XX, em decorrência da investigação e do julgamento de violações cometidas durante a Segunda Guerra Mundial, ocorreu a crescente internacionalização dos direitos humanos, com a consolidação de parâmetros de proteção mínimos voltados à proteção da dignidade humana. A jurisprudência e a doutrina internacionalistas são unânimes em reconhecer que os crimes contra a humanidade constituem violação ao costume internacional e mesmo de tratados sobre direitos humanos. A elevada relevância do bem jurídico protegido – nas hipóteses de crimes contra a humanidade, a abranger as práticas de detenções ilegais e arbitrárias, tortura, execuções, desaparecimentos forçados e ocultação de cadáveres – requer dos Estados o cumprimento da obrigação jurídica de prevenir, investigar, processar, punir e reparar graves violações a direitos. A importância do bem protegido justifica o regime jurídico da imprescritibilidade dos crimes contra a humanidade e da impossibilidade de anistia, determinado pela ordem internacional e decorrente da proteção à dignidade da pessoa humana e da prevalência dos direitos humanos, previstas pela Constituição brasileira (artigos 1º, III, e 4º, II), bem como da abertura desta ao direito internacional dos direitos humanos (artigo 5º, parágrafos 2º e 3º)” (BRASIL. Comissão Nacional da Verdade. *Relatório*. Volume I. Brasília: CNV, 2014, p. 914).

7. Para uma análise da relação entre a decisão do STF na ADPF 153 e a decisão da Corte Interamericana de Direitos Humanos em Gomes Lund, cf. MEYER. *Ditadura e Responsabilização: Elementos para uma Justiça de Transição no Brasil*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2012.

8. Para esta crítica, cf. PATRUS, Rafael Dilly. *Articulação Constitucional e Justiça de Transição: uma releitura da ADPF 320 no marco do “constitucionalismo abrangente”*. Dissertação de Mestrado. Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da UFMG. Belo Horizonte: UFMG, 2015.

da arte” do Poder Judiciário brasileiro no que concerne à transição brasileira e seus desdobramentos normativos. E nem mesmo ao Poder Legislativo.

Neste breve artigo, resgataremos dois atos – um judicial e outro legislativo – que bem denunciam, a nosso ver, tal situação. Ela chama a atenção para um total descolamento em relação ao que tem acontecido na normativa internacional dos direitos humanos, assim como em relação às concepções que procuram relacionar tais acontecimentos ao Constitucionalismo contemporâneo. Será a ocasião, portanto, para trazer a lume questionamentos que podem iluminar mais um dentre os vários focos de crítica em relação aos três poderes – sem, contudo, perder de vista uma concepção normativa e constitutiva adequada ao Estado Democrático de Direito estabelecido pela Constituição de 1988.

1.2 Poder Judiciário e Direito Internacional dos Direitos Humanos

O Poder Judiciário tem chamado a atenção nos últimos anos não só por suas querelas e pretensões de cunho patrimonial, como também por conta das decisões que toma – protagonizando a cena aquelas travestidas de argumentos de combate a uma “generalizada corrupção” aceitos sem qualquer preocupação com o sistemas de garantias processuais penais.⁹ Auxílios das mais variadas espécies concorrem com decisões que primam pela falta de compromisso com normas constitucionais e, no que toca ao objeto deste artigo, normas internacionais de direitos humanos. Na linha do parecer do Procurador-Geral da República na ADPF 320 acima mencionado, o Ministério Público Federal tem instaurado diversos procedimentos investigatórios criminais e ajuizado ações penais públicas para responsabilizar

9. Para algumas críticas a alguns aspectos da Operação “Lava jato”, cf. STRECK, Lenio Luiz. TRINDADE, André Karam. “Lava jato” é sintoma de que nem as palavras têm mais valor no Direito. Conjur, <http://www.conjur.com.br/2015-ago-15/diario-classe-lava-jato-sintoma-nem-palavras-valor-direito>, acesso 10 de Agosto, 2015; ROSA, Alexandre Morais da. Como é possível ensinar processo penal depois da operação “lava jato”? Conjur. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-jul-04/diario-classe-possivel-ensinar-processo-penal-depois-lava-jato>>. Acesso em: 10 ago. 2015.

agentes e ex-agentes públicos por crimes contra a humanidade praticados na ditadura de 1964-1985.¹⁰

Na data de fechamento deste texto, 14 ações penais tramitavam no Poder Judiciário brasileiro, várias delas com percalços e, principalmente, enfrentando o obstáculo de suspensões determinadas pelo Supremo Tribunal Federal em reclamações ali ajuizadas pelos acusados. Destacam-se os argumentos de uma suposta confusão de objeto com o que será decidido na ADPF 320 e de violação de autoridade do julgado na ADPF 153, por exemplo, nas Reclamações 19.760 e 18.686, referentes aos casos Edgar de Aquino Duarte e Rubens Paiva. Para além dos inúmeros problemas constantes das decisões mencionadas, deslocaremos o foco para uma decisão de primeira instância.

O Ministério Público Federal ajuizou, perante a 1ª Vara Federal Criminal, do Júri e das Execuções Penais da 1ª Subseção Judiciária de São Paulo, ação penal contra Audir Santos Maciel e outros pela suposta prática dos crimes de homicídio e falsidade ideológica contra a vítima Manoel Fiel Filho. Caso rumoroso ocorrido em 1976, os crimes se deram com o emprego de vários agentes do DOI – Destacamento de Operações Internas – do II Exército, tudo em um contexto de um ataque sistemático e generalizado. Os autos da referida ação penal, de número 0007502-27.2015.4.03.6181, consistiram de cerca de 20 volumes e somavam-se a testemunhos de direito à memória e à verdade constantes de documentos oficiais como o relatório da Comissão Nacional da Verdade.¹¹

Diante destas circunstâncias, pareceu bastar que a decisão proferida pelo Juiz Federal Alessandro Diaferia, em suas 54 páginas,

10. Para a um acompanhamento dessas ações, verifique-se o projeto desenvolvido pelo CJT – Centro de Estudos sobre Justiça de Transição da UFMG (<<http://ctj.ufmg.br>>).

11. O tomo “Mortos e desaparecidos políticos – maio de 1974, outubro de 1985” do relatório final da CNV informa (p. 276): “A conjuntura em que este evento ocorreu é indicativa de que a morte de Manoel integrava o quadro de assassinatos empreendidos pela “Operação Radar”, desencadeada pelo DOI do II Exército entre março de 1974 e janeiro de 1976, com vistas a dizimar a direção do PCB. Em 1978, o legista José Antônio de Mello, que integrava a equipe do IML/SP quando o corpo do operário chegou, afirmou em matéria da Folha de São Paulo que as possibilidades de autoestrangulamento são raríssimas e que a versão dada no laudo por estrangulamento indicava homicídio e não suicídio. No mesmo ano, Thereza entrou com um processo contra a União, por meio

se ativesse a transcrever 22 páginas da decisão do Supremo Tribunal Federal na ADPF 153. Nenhuma consideração foi feita a respeito do que decidido no Caso Gomes Lund pela Corte Interamericana de Direitos Humanos – esclareça-se que tal decisão não se restringe aos casos da Guerrilha do Araguaia, estabelecendo que nenhum instituto de afastamento da incidência da norma penal poderá obstaculizar responsabilizações por graves violações de direitos humanos.¹² Em uma comparação claramente descabida, a decisão judicial refuta o argumento do Ministério Público Federal de que haveria, no contexto da ditadura, um ataque generalizado e sistemático contra a população brasileira, salientando que tal ataque estaria, em verdade, presente em situações como o genocídio de Ruanda ou o genocídio armênio.¹³ Ora, isto equivaleria a ressuscitar o velho argumento de que tivemos no Brasil uma suposta “ditabranda” – ou seja, a força de uma repressão seria medida em números e direitos humanos tornar-se-iam meramente quantificáveis.

da Comissão Justiça e Paz da Arquidiocese de São Paulo, requerendo a elucidação das circunstâncias da morte de Manoel.

A sentença proferida pelo então juiz Federal Jorge Flauquer Scartezzini, em 1980, inferiu à existência de responsabilidade objetiva da União, pela conduta de agentes do DOI/CODI do II Exército, relativamente à prisão, tortura e morte de Manoel, por meio de depoimentos anexados que comprovavam tal versão”.

12. “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” (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Gomes Lund e Outros (Guerrilha Do Araguaia) v. Brasil*. Sentença de 24 de novembro de 2010. Disponível em www.cidh.or.cr, acesso 10 de setembro de 2015, p. 114).

13. “Encontramos, com muito mais propriedade (sic!), um exemplo de ataque generalizado à população, com a certeza de se estar diante de um **autêntico crime de lesa-humanidade, no genocídio ocorrido em Ruanda** em 1994, onde as estatísticas apontam o extermínio, em alguns meses, de centenas de milhares de pessoas, variando os números entre 500.000 mil e 1 milhão de vítimas. Outro exemplo é o chamado **genocídio armênio**, ocorrido no início do século passado, para o qual se aponta a ocorrência de 600.000 a 1.800.000 vítimas” (BRASIL. 1ª Vara Federal Criminal, do Júri e das Execuções Penais. 1ª Subseção Judiciária de São Paulo. Rejeição de denúncia. Disponível em: <<http://www.jfsp.jus.br/assets/Uploads/administrativo/NUCS/decisoes/2015/150819ditadura.pdf>>. Acesso em: 10 set. 2015, p. 45-46).

Pior ainda: ignora-se toda a sistematicidade da repressão trazida à tona pelo relatório da CNV. No que interessa precipuamente a este artigo, verifica-se também que há um total desconhecimento do sentido jurídico dos crimes contra a humanidade. A decisão confunde este conceito jurídico com o de genocídio: como assinala David Luban, uma das características distintivas dos crimes contra a humanidade é que eles são praticados com o uso de uma força política, isto é, eles apontam para uma responsabilidade institucional.¹⁴ Já o crime de genocídio independe do aspecto organizacional, podendo ser praticado por um único agente. Além disto, trata-se de crimes voltados para vítimas identificadas por sua filiação ou vinculação a um grupo, por ser quem são, independentemente do que fazem. Mais do que isto, crimes contra a humanidade surgem como uma categoria jurídica que visa controlar o que governos ou grupos detentores de poder político podem fazer com outros grupos ou populações (nacionais e estrangeiras) a partir do aparato que detêm. A partir da Carta de Nuremberg, o cerceamento à soberania estatal por meio de tais espécies de crimes fundamentou-se justamente na não oponível escusa de que questões de “menor dimensão” seriam assuntos nacionais.¹⁵

Este argumento viria a ser somado à já embolorada ideia de que a ordem internacional não atua sobre a ordem interna, devendo haver prevalência de princípios como “independência nacional”, “autodeterminação dos Estados” ou “estabelecimento da paz mundial”. Ora, como mencionar supostos princípios e não discutir a adesão do Estado brasileiro à competência da Corte Interamericana de Direitos Humanos – bem como a decisão em Gomes Lund? Qual a

14. LUBAN, David, “A Theory of Crimes Against Humanity,” *Yale J. Int’l L.* 29 (2004), p. 97-98. Segundo Luban, pode-se mesmo dizer que o crime de genocídio foca no caráter plural das vítimas, ao passo que os crimes contra a humanidade focam no caráter plural dos agentes. Em sentido semelhante, AMBOS, Kai. WIRTH, Steffen, “The Current Law of Crimes Against Humanity: An Analysis of Untaet Regulation 15/2000,” *Criminal Law Forum* 13, no. 1 (2002), p. 21 e CHESTERMAN, Simon, “An Altogether Different Order: Defining the Elements of Crimes Against Humanity,” *Duke Journal of Comparative & International Law* 10, no. 2 (2000), p. 315.

15. “To decline to prosecute a perpetrator because his attack on a civilian population had “only” a few victims diminishes the value of the victim” (LUBAN, “A Theory of Crimes Against Humanity”, p. 107-108). Tradução livre: “Refutar-se a processar um perpetrador porque seu ataque a uma população civil teve “apenas” algumas vítimas diminui o valor da vítima”.

coerência de tal argumentação que, aliás, parece muito mais se confundir com ausência de argumentação? No mesmo sentido, estaria a ideia defendida de suposta aplicação retroativa das normas internacionais de *jus cogens* e obrigações *erga omnes* sobre os crimes contra a humanidade.

Ocorre que, como postulado pelo Ministério Público Federal, a vigência de tais normas antecede a prática dos crimes imputados aos acusados nesta ação penal. Como bem apontou o Procurador-Geral da República em seu parecer na ADPF 320, podemos arrolar como normas de *jus cogens* vigentes no período de exceção: a) Carta do Tribunal Militar Internacional (1945); b) Lei do Conselho de Controle nº 10 (1945); c) Princípios de Direito Internacional reconhecidos na Carta do Tribunal de Nuremberg e nos julgamentos do Tribunal, com comentários (*International Law Commission*, 1950); d) Relatório da Comissão de Direito Internacional da Organização das Nações Unidas (ONU) (1954); e) Resolução 2.184 (Assembleia Geral da ONU, 1966); f) Resolução 2.202 (Assembleia Geral da ONU, 1966); g) Resolução 2.338 (Assembleia Geral da ONU, 1967); h) Resolução 2583 (Assembleia Geral da ONU, 1969); i) Resolução 2.712 (Assembleia Geral da ONU, 1970); j) Resolução 2.840 (Assembleia Geral da ONU, 1971); k) Princípios de Cooperação Internacional na Identificação, Prisão, Extradicação e Punição de Pessoas Condenadas por Crimes de Guerra e Crimes contra a Humanidade (Resolução 3.074 da Assembleia Geral da ONU, 1973); l) Convenção das Nações Unidas sobre a Imprescritibilidade de Crimes de Guerra e de Crimes contra a Humanidade, que, acrescente-se, incidiria como norma costumeira no caso brasileiro.

Naomi Roht-Arriaza sustenta, desde pelo menos o início da década de 1990, que há uma responsabilidade estatal internacional de investigação e persecução de desaparecimentos, esquadrões da morte e outras graves violações de direitos humanos praticadas por regimes opressores.¹⁶ Já naquele momento, ela destacava a incidência de um direito costumeiro internacional capaz de fundamentar um dever para com a verdade. Ele estaria assentado em: a) tratados internacionais que poderiam gerar obrigações mesmo para Estados

16. ROHT-ARRIAZA, Naomi, "State Responsibility to Investigate and Prosecute Grave Human Rights Violations in International Law," *California Law Review* (1990, p. 449 e ss).

não signatários, reconhecendo tais normas um direito a uma solução judicial (*right to a remedy*); b) práticas estatais, tais quais a perseguição de perpetradores, a formação de um direito doméstico conforme as normas internacionais de direitos humanos, as declarações de representantes governamentais, resoluções e declarações de organizações internacionais; e, c) a responsabilidade estatal pelos atos de seus agentes que consistam em graves violações de direitos humanos.

Em sentido equivalente, Cherif Bassiouni também defendera, em meados da década de 1990, uma estrutura normativa a partir da qual teríamos a formação de direitos e obrigações estatais concernentes à prática de crimes contra a humanidade.¹⁷ Tal estrutura tem caráter de norma imperativa de *jus cogens* e determina obrigações *erga omnes*. Especificamente, ela determinaria:¹⁸

- a) A obrigação de perseguição ou extradição;
- b) Fornecimento de assistência jurídica;
- c) A eliminação de cláusulas de afastamento da norma penal (*statutes of limitations*, como as autoanistias);
- d) A eliminação de imunidades estatais;
- e) E, adicionaríamos com Roht-Arriaza, a obrigação de inversão do ônus da prova em favor da vítima e em desfavor do Estado.¹⁹

Portanto, a única “novidade” é que decisões do Poder Judiciário brasileiro parecem ter mais força do que normas do Direito Internacional dos Direitos Humanos, normas de *jus cogens* e obrigações *erga omnes* válidas para o Brasil e às quais ele não formulou qualquer oposição formal. Para além da ironia, o que resta é a insatisfação com a constatação de que ou há um total desconhecimento do Direito Internacional ou ele é deliberada e solenemente solapado. As velhas desculpas de “pacificação social” e “segurança jurídica”, contraditoriamente, valem mais para esta decisão judicial do que a “sensação de impunidade” por ela cinicamente mencionada (com o perdão da expressão, mas não haveria outra mais adequada).

17. BASSIOUNI, M Cherif, “Searching for Peace and Achieving Justice: The Need for Accountability,” *Law and Contemporary Problems* (1996, p. 17).

18. Cf., também, BASSIOUNI, M Cherif, “International Crimes: “Jus Cogens” and “Obligatio Erga Omnes,”” *Law and Contemporary Problems* (1996, p. 63 e ss).

19. ROHT-ARRIAZA, “State Responsibility to Investigate and Prosecute Grave Human Rights Violations in International Law” (1990, p. 506).

1.3 Poder Legislativo e Direito Internacional dos Direitos Humanos

Se o Poder Judiciário não tem apresentado melhores motivos para se pensar em instituições vinculadas a um projeto constituinte democrático e de asseguramento de direitos humanos, o Poder Legislativo também fica a dever. É notório que uma legislatura extremamente conservadora como a que foi eleita em 2010 trouxe consigo enormes dificuldades para referido projeto: elevações irresponsáveis de gastos públicos, manutenção e fortalecimento do financiamento de campanhas por pessoas jurídicas, discussões atropeladas sobre a redução da maioria penal, deliberações ao arrepio das normas constitucionais do processo legislativo, tudo isto somado à manutenção de um discurso totalmente desvinculado das exigências internacionais de direitos humanos. Fiquemos no seguinte exemplo.

O Senador Randolfé Rodrigues propôs o Projeto de Lei nº 237/2013, projeto este visava definir legalmente o significado da expressão “crimes conexos”, constante do art. 1º, § 1º, da Lei 6.683/1979, Lei de Anistia. A proposição buscava excluir da incidência do referido dispositivo normativo crimes praticados por agentes públicos contra opositores do regime de exceção, afastando, ainda, a prescrição dos referidos casos. Ainda que este não nos pareça ser o caminho adequado – uma vez que, por se tratar de questão normativa de direitos humanos, o Poder Judiciário seria competente para interpretá-la à luz do sentido estabelecido pelo art. 8º do ADCT da Constituição de 1988²⁰ – vale registrar um momento importante da tramitação legislativa. Após ter recebido parecer favorável na Comissão de Direitos Humanos e Legislação Participativa do Senado Federal, o projeto viria a receber o parecer de rejeição na Comissão de Relações Exteriores e Defesa Nacional da mesma casa legislativa.

O parecer, da lavra do Senador Relator Antonio Anastasia, chama a atenção, como a decisão judicial acima, pelo modo com que

20. Para uma compreensão que leve a sério as demandas constitucionais e do Direito Internacional dos Direitos Humanos a respeito da adequada interpretação da Lei de Anistia no contexto da Constituição de 1988, cf. MEYER, Emilio Peluso Neder. CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. TORELLY, Marcelo D. SILVA FILHO, José Carlos Moreira da. *Não há anistia para crimes contra a humanidade - Partes I e II*. Conjur (2014). Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-set-15/nao-anistia-crimes-humanidade-parte>>. Acesso em: 10 set. 2015.

refuta dar aplicação aos sistemas internacional e regional de direitos humanos.²¹ O parecer chega a mencionar a fundamentação da proposição legislativa, que exige a adequação da ordem jurídica interna à Constituição de 1988 e aos “sistema de tratados internacionais sobre direitos humanos dos quais o Brasil é signatário”. Mas, em seguida, toda a fundamentação retoma e busca reforçar argumentos das decisões do Supremo Tribunal Federal na ADPF 153. A questão já teria sido “eloquentemente decidida”: a fundamentação do voto do Ministro Eros Grau, no sentido de que a lei seria uma “lei-mediada” é recordada. Mas há mais.

Sustenta o parecer, também na linha do voto do Ministro Eros Grau, que a Lei de Anistia teria sido elevada à categoria de pressuposto para a realização da Assembleia Constituinte de 1987-1988, nos termos do art. 4º da Emenda Constitucional nº 26/1985. Um argumento que constaria também do voto do Ministro Gilmar Mendes na ADPF 153. Teria ocorrido uma suposta identidade entre poder constituinte e poder constituído, em um tipo de confusão teórica, conceitual e política difícil de elucidar. Descendo alguns degraus a mais, o parecer chega a afirmar que “[...] a anistia para os crimes cometidos pela repressão política da ditadura consistiu em um dos pilares para a construção da nova ordem constitucional advinda com a Constituição Federal de 1988”.²²

Ora, haveria um modo mais claro de embasar uma ordem democrática e de direitos humanos em uma total lesão desses mesmos direitos humanos? O que dizer de toda a normativa internacional que rechaça as autoanistias e anistias em branco, verdadeiras tentativas de tornar impunes crimes contra a humanidade e graves violações de direitos humanos? Amarrar a Constituição de 1988 a esta tentativa torpe de manter impunes atos tão graves significa não compreender o projeto instituído por essa mesma Constituição ou, pior, reduzi-lo a uma tentativa espúria de mais grave se pôde fazer em nome do Estado brasileiro.

21. BRASIL. Senado Federal. “Parecer sem número.” (2015): acesso 10 de setembro, 2015, <http://legis.senado.leg.br/mateweb/arquivos/mate-pdf/168886.pdf>.

22. BRASIL. Senado Federal. “Parecer sem número.” (2015): acesso 10 de setembro, 2015, <http://legis.senado.leg.br/mateweb/arquivos/mate-pdf/168886.pdf>, p. 6.

Repensar os limites do poder constituinte originário tem sido, sim, uma das preocupações da teoria constitucional contemporânea. Mas nunca para aceitar lesões a direitos humanos e sim para refuta-las. Já tivemos ocasião de discutir a temática em outros trabalhos.²³ Por ora, registremos a reivindicação de que as bases do constitucionalismo têm sido erigidas sobre o respeito às normas básicas do Direito Internacional dos Direitos Humanos, estabelecidas em favor do asseguramento de obrigações *erga omnes*, normas de *jus cogens* e costumes internacionais lógica e frontalmente opostos à prática de crimes contra a humanidade, não ao seu acobertamento.²⁴

1.4 Considerações finais

Para além das preocupações com o reclamo irracional de saudosos da ditadura brasileira, parece se descortinar um contexto institucional em que o trabalho de afirmação e consolidação do projeto constituinte da Constituição de 1988 se torna cada vez mais árduo. Se levarmos a sério a pretensão de um jurista norte-americano de que Poder Judiciário e Poder Legislativo devem primar pelo cumprimento da virtude política da *integridade*, o problema se torna ainda mais evidente em relação ao sistema constitucional e à normativa internacional de direitos humanos que este mesmo sistema exige cumprimento.²⁵

23. MEYER, Emilio Peluso Neder. Anistia e poder constituinte: bases para uma compreensão hermenêutica do projeto constitucional instituído pela Constituição de 1988. In: PIOVESAN, Flávia. SOARES, Inês Virgínia Prado. *Direitos Humanos Atual*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014.

24. Sensível a um processo de “constitucionalização internacional” (em um sentido restrito aos direitos humanos, poderíamos acrescentar, Ulrich Preuss afirma que tantas obrigações *erga omnes* como normas de *jus cogens* são fontes de obrigações e responsabilidades de Estados em geral, como integrantes de uma comunidade internacional, detendo um status normativo diferente das regras que atingem relações apenas entre Estados (PREUSS, Ulrich K. Disconnecting Constitutions From Statehood: Is Global Constitutionalism a Viable Concept. In: DOBNER, Petra. *The Twilight of Constitutionalism*. Oxford: Oxford University Press, 2010, p. 46).

25. Cf. DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

Procuramos apresentar apenas duas situações em que Poder Judiciário e Poder Legislativo trataram o problema da autoanistia, a nosso ver, de modo irresponsável. Refletir criticamente e denunciar os desmandos de nossas instituições é o primeiro passo para consolidar de forma republicana nosso sistema constitucional de direitos humanos. Muitos outros movimentos ainda são necessários: um maior engajamento da sociedade civil pode advir justamente da difusão crítica das atividades judicial e legislativa. No que respeita à temática aqui ventilada, a mal resolvida situação de perpetradores de crimes contra a humanidade na ditadura de 1964-1985 continuará a ser um obstáculo para uma efetiva reforma de nossas instituições; é uma exigência do nosso próprio sistema normativo constitucional que exijamos responsabilidade institucional no trato de tão graves violações de direitos humanos.

Referências

AMBOS, Kai. WIRHT, Steffen. “The Current Law of Crimes Against Humanity: An Analysis of UNTAET Regulation 15/2000.” *Criminal Law Forum* 13, no. 1 (2002), p. 1-90).

ANISTIA INTERNACIONAL. “Você matou meu filho: homicídios cometidos pela Polícia Militar na cidade do Rio de Janeiro.” Rio de Janeiro: Anistia Internacional, 2015.

BASSIOUNI, M. CHERIF. “International Crimes: “Jus Cogens” and “Obligatio Erga Omnes.”” *Law and Contemporary Problems* (1996, p. 63-74).

BASSIOUNI, M. CHERIF. “Searching for peace and achieving justice: The need for accountability.” *Law and Contemporary Problems* (1996, p. 9-28).

BRASIL. 1ª Vara Federal Criminal, do Júri e das Execuções Penais. 1ª Subseção Judiciária de São Paulo. Rejeição de denúncia. <http://www.jfsp.jus.br/assets/Uploads/administrativo/NUCS/decisoes/2015/150819ditadura.pdf>, acesso 10 de setembro de 2015.

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

BRASIL. Senado Federal. “Parecer sem número.” (2015): acesso 10 de setembro, 2015, <http://legis.senado.leg.br/mateweb/arquivos/mate-pdf/168886.pdf>

CHESTERMAN, SIMON. “An Altogether Different Order: Defining the Elements of Crimes Against Humanity.” *Duke Journal of Comparative & International Law* 10, no. 2 (2000).

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Gomes Lund e Outros (Guerrilha Do Araguaia) v. Brasil*. Sentença de 24 de novembro de 2010. Disponível em www.cidh.or.cr, acesso 10 de setembro de 2015.

DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Trad. Jefferson Luiz Carmo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

LUBAN, David. “A Theory of Crimes against Humanity.” *Yale J. Int’l L.* 29 (2004): 86–167.

MEYER, Emilio Peluso Neder. *Ditadura e Responsabilização: Elementos para uma Justiça de Transição no Brasil*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2012.

MEYER, Emilio Peluso Neder. Anistia e poder constituinte: bases para uma compreensão hermenêutica do projeto constitucional instituído pela Constituição de 1988. In PIOVESAN, Flávia. SOARES, Inês Virgínia Prado. *Direitos Humanos Atual*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014.

MEYER, Emilio Peluso Neder. “Crimes Contra a Humanidade Praticados pela Ditadura Brasileira de 1964-1985: Direito à Memória e à Verdade, Dever de Investigação e Inversão do Ônus da Prova.” *Parecer apresentado à Comissão da Verdade Rubens Paiva do Estado de São Paulo e ao GT-JK* (2014): acesso 10 de setembro, 2015. <http://verdadeaberta.org/relatorio/>.

MEYER, Emilio Peluso Neder. CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. *Justiça de Transição nos 25 anos da Constituição de 1988*. Belo Horizonte: Initia Via, 2015.

MEYER, Emilio Peluso Neder. CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. TORELLY, Marcelo D. SILVA FILHO, José Carlos Moreira da. *Não há anistia para crimes contra a humanidade - Partes I e II*.

Conjur (2014): <http://www.conjur.com.br/2014-set-15/nao-anistia-crimes-humanidade-parte>, acesso 10 de setembro, 2015.

OLSEN, Tricia D. PAYNE, Leigh A. REITER, Andrew G. *Transitional Justice in Balance: Comparing Processes, Weighing Efficacy*. Washington: United States Institute of Peace Press, 2010.

PATRUS, Rafael Dilly. *Articulação Constitucional e Justiça De Transição: uma releitura da ADPF 320 no marco do “constitucionalismo abrangente”*. Dissertação de Mestrado. Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da UFMG. Belo Horizonte: UFMG, 2015.

PREUSS, Ulrich K. Disconnecting Constitutions From Statehood: Is Global Constitutionalism a Viable Concept. In DOBNER, Petra. *The Twilight of Constitutionalism*. Oxford: Oxford University Press, 2010.

ROHT-ARRIAZA, NAOMI. “State responsibility to investigate and prosecute grave human rights violations in international law.” *California Law Review* (1990): 449–513.

ROSA, Alexandre Morais da. *Como é possível ensinar processo penal depois da operação “lava jato”?* Conjur: <http://www.conjur.com.br/2015-jul-04/diario-classe-possivel-ensinar-processo-penal-depois-lava-jato>, acesso 10 de agosto, 2015.

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

STRECK, Lenio Luiz. TRINDADE, André Karam. “Lava jato” é sintoma de que nem as palavras têm mais valor no Direito. Conjur, <http://www.conjur.com.br/2015-ago-15/diario-classe-lava-jato-sintoma-nem-palavras-valor-direito>, acesso 10 de Agosto, 2015.

TORELLY, Marcelo D. *Justiça de Transição e Estado Constitucional de Direito: Perspectiva Teórico-Comparativa e Análise do Caso Brasileiro*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

[\[Volta ao Sumário\]](#)

COMISSÕES DA VERDADE, MEMÓRIA, RECONSTRUÇÃO E O CASO BRASILEIRO

Carlos Augusto Canêdo Gonçalves da Silva¹
Roberta Cerqueira Reis²

Resumo: O presente artigo discute as Comissões da Verdade pela perspectiva teórico-doutrinária interdisciplinar, dialogando psicologia, literatura/narrativa e direito. Questiona-se o papel das Comissões na superação do trauma político através de uma narrativa pautada nos testemunhos de vítimas. A transição democrática, argumenta-se, deve se pautar na recomposição dos laços sociais e reinserção das vítimas na comunidade política. As Comissões forneceriam esse espaço público de celebração da memória através dos testemunhos. Levanta-se uma breve discussão e reflexão sobre o papel desempenhado pela Comissão Nacional da Verdade na composição da memória do período e a redemocratização brasileira.

Palavras-chave: Trauma. Memória. Reconciliação. Comissão da Verdade. Justiça de Transição. Redemocratização. Narrativa.

Abstract: This paper addresses Truth Commissions from an interdisciplinary theoretical point of view, through the dialogue between psychology, literature/narrative and law. We argue about the role played by the Commissions in overcoming political traumas with a narrative based on victim's testimonies. Democratic transition is accomplished by recomposing social bounds and reinserting

1. Procurador de Justiça do Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Professor Dr. de Direito Penal e Direito Internacional na Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais e na Universidade Federal de Minas Gerais.

2. Advogada. Professora Ms. de Direito Internacional Público e Direitos Humanos na Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais.

victims in the political community. Commissions would guarantee this public space for celebrating memory through testimonies. The paper proposes a discussion about the role of the Comissão Nacional da Verdade in building memory and helping in Brazilian democratic process.

Keywords: Trauma. Memory. Reconciliation. Truth Commission. Transitional Justice. Democratization, Narrative.

2.1 Introdução

Em 24 de novembro de 2010, a Corte Interamericana de Direitos Humanos, em decisão histórica, condenou o Estado brasileiro no caso Julia Gomes Lund e outros, pela execução e desaparecimento forçado de integrantes da chamada Guerrilha do Araguaia, um grupo de cerca de 70 (setenta) pessoas que lutava contra o Regime Militar brasileiro instaurado em 1964.

De acordo com a sentença o Brasil teria descumprido a Convenção Americana de Direitos Humanos ao, dentre outros itens, negar acesso à justiça aos familiares dos membros da Guerrilha que nunca obtiveram uma resposta ou investigação quanto ao paradeiro dos militantes desaparecidos.

A falta de informações sobre o caso e circunstâncias que envolveram o desaparecimento dos membros da Guerrilha do Araguaia levou a Corte a questionar a Lei de Anistia brasileira que, no seu entendimento, seria contrária às previsões da Convenção Americana, por violar direitos humanos dos familiares, causando-lhes insegurança e desconfiança das instituições públicas. Assim é trecho da decisão:

A Corte considera que a incerteza e a ausência de informação por parte do Estado acerca dos acontecimentos, o que em grande medida perdura até a presente data, constituiu para os familiares uma fonte de 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. Igualmente, o Tribunal mencionou que, em face de atos de desaparecimento forçado de pessoas, o

Estado tem a obrigação de garantir o direito à integridade pessoal dos familiares também por meio de investigações efetivas. Essas afetações, integralmente compreendidas na complexidade do desaparecimento forçado, subsistirão enquanto persistam os fatores de impunidade verificados. (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2010, p. 91).

A busca pela justiça em casos de graves violações de direitos humanos, como torturas, desaparecimentos forçados, prisões arbitrárias, assassinatos, entre outros, muitas vezes se mostra frustrante e impossível. As famílias e os sobreviventes normalmente não encontram espaço público de reconhecimento para sua dor e a elaboração do trauma sofrido passa a ser um problema individual que isola as vítimas e desagrega ainda mais a sociedade.

A importância de se investigar os fatos e encontrar os corpos dos desaparecidos seria uma medida imprescindível para aliviar o sofrimento das famílias que por quase meio século vivem no total desconhecimento acerca do que houve com os seus familiares.

A discussão trazida pela Corte Interamericana ao abordar o tema da Guerrilha do Araguaia lançou luz sobre um debate que vinha acontecendo timidamente no Brasil, mas com profusão no mundo: A importância de investigar e apurar fatos ocorridos no contexto da institucionalização de políticas estatais de violência.

Trata-se de abordar o conflito a partir da necessidade de construir uma narrativa sobre eventos políticos traumáticos que, ao mesmo tempo, traga alento às famílias e permita a elaboração do luto que, na maioria das vezes, é suprimido pela ausência de corpos e isolamento das vítimas que não conseguem socializar sua experiência.

Em situações em que a violência é institucionalizada e generalizada o trauma deixa de ser uma experiência meramente individual e se coletiviza, passando a corroer e desagregar toda a comunidade política. Estados que enfrentaram situações de políticas de atrocidade (HUMPHREY, 2002), em algum momento em seu processo de reconstrução social pós conflito, tiveram que enfrentar seu passado e recontar a história do conflito, preenchendo lacunas e reinserindo as vítimas na comunidade política, recompondo o tecido social.

Os processos de transição democrática têm enfrentado este dilema e a chamada Justiça de Transição (LEFRANC, 2004; 2009) surge como uma tentativa de reconstruir, institucionalmente, uma sociedade estilhaçada pelo trauma. Uma possível resposta para a superação do trauma tem sido dada pelas chamadas Comissões da Verdade. No caso da Guerrilha do Araguaia, a Corte encorajou para que o Brasil providenciasse a sua criação:

Quanto à criação de uma Comissão da Verdade, a Corte considera que se trata de um mecanismo importante, entre outros aspectos, para cumprir a obrigação do Estado de garantir o direito de conhecer a verdade sobre o ocorrido. Com efeito, o estabelecimento de uma Comissão da Verdade, dependendo do objeto, do procedimento, da estrutura e da finalidade de seu mandato, pode contribuir para a construção e preservação da memória histórica, o esclarecimento de fatos e a determinação de responsabilidades institucionais, sociais e políticas em determinados períodos históricos de uma sociedade. (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2010, p. 107).

As Comissões da Verdade e a Justiça de Transição ganharam centralidade no debate jurídico-político. A extensão de seu papel na reconstrução política e social de Estados tem sido tema de muitos escritos na área. No Brasil, no entanto, este debate parece ter se desvanecido após a entrega do relatório final da Comissão Nacional da Verdade no final do ano de 2014 que, tendo em vista sua importância histórica, causou pouca repercussão nos meios de comunicação e entre a população em geral.

Assim, este artigo surge para discutir os limites e a importância das Comissões da Verdade na recomposição da memória social em sociedades que sobreviveram a eventos políticos violentos. Para tanto partiremos de um debate teórico sobre a natureza do trauma e quais são as suas implicações na formação das memórias individuais e sociais e, conseqüentemente, o seu impacto na reestruturação das sociedades pós-conflito.

Discutiremos com LaCapra (1994; 2004), Seligman-Silva(2005; 2006), Edkins (2003) Felman (2014), Luckhurst (2008),

entre outros autores, que a superação do trauma perpassa a construção de uma narrativa capaz de preencher as lacunas de memória provocadas pelo evento traumático. Entendendo que as Comissões da Verdade cumprem justamente este papel.

A partir da base teórica descrita na sessão inicial lançaremos olhar sobre as experiências com as Comissões da Verdade e a importância dada por elas aos depoimentos de vítimas e familiares para a construção da narrativa que reestruture o Estado.

Ao final sugerimos alguns questionamentos acerca da experiência brasileira com a Comissão Nacional da Verdade e alguns *insights* sobre os motivos que podem ter ocasionado o pequeno apelo social de seu relatório e as repercussões da Comissão para a sociedade brasileira.

2.2 Memória e reconciliação

Memória, ao contrário do que já se pensou, não é um depósito de informações, mas sim um importante mecanismo que coloca o indivíduo no mundo temporal. Através dela o sujeito pode acessar suas experiências e contar sua própria história de vida constituindo sua identidade.

A memória se organiza de forma seletiva, destacando “cenas” importantes que devem ser lembradas e descartando as demais. Estas cenas são, então, reorganizadas de forma linear, como em uma narrativa que fixa a experiência temporalmente (RICOEUR, 1994).

A construção narrativa que organiza as experiências vividas ocorre por meio de dois fenômenos descritos por Paul Ricoeur (1994) como *mimese* e *muthos*. O primeiro (*mimese*) é a representação feita pelo indivíduo de uma determinada ação, trata-se da interpretação dada para algo ocorrido. A interpretação dos eventos se baseia no universo simbólico pré-constituído pelo sujeito. Interpretamos o mundo com base em nossas experiências passadas, assim, olhamos para os novos eventos à luz das vivências anteriores.

O segundo fenômeno (*muthos*) é a colocação daquele fato em uma ordem. O indivíduo compreende um determinado evento,

interpreta-o e o insere na sua linha temporal, organizando aquela experiência em sua história.

Este fenômeno de formação de memória por intermédio de uma narrativa ocorre também do ponto de vista social. A memória social existe para preservar os eventos e as experiências relevantes para um dado grupamento humano. Trata-se do passado existente no imaginário coletivo e que é atualizado constantemente, pautando as ações e decisões futuras. É esta memória que produz a identidade coletiva e o sentimento de pertencimento ao grupo que compartilha desse passado comum. (SARAPU, 2012)

A sociedade se mantém coesa em torno de uma cultura e identidade comuns, impedindo que os laços se desfaçam entre os membros. A narrativa construída pelo grupo social acerca da sua história permeia a formação das memórias individuais, inserindo os indivíduos neste todo maior. “A memória coletiva teria uma natureza comunicacional, isto é, ela se formaria e se reproduziria por meio da circulação permanente de informações homogêneas sobre uma determinada experiência.” (SARAPU, 2012, p. 231).

A maneira como a pessoa produz suas próprias lembranças, ou seleciona as suas “cenas”, está intimamente relacionada com a forma como o grupo em que ela está inserida constituiu a sua própria memória. Os indivíduos preenchem lacunas em suas memórias individuais através da memória social. Por grupo inclui-se não apenas a nação, mas também a família, os amigos, entre outros. A relação destes grupos é fundamental para manter viva a memória, por meio da transmissão oral da cultura e da história.

A memória social possui grande influência na criação das memórias individuais, podendo ser responsável pela união dos membros daquela sociedade ou pela seletividade e exclusão de outros membros. O ponto nevrálgico da questão é que a maneira como uma memória social será formada alterará a narrativa que será descrita e, portanto, poderá influenciar diretamente no futuro de um povo e, consequentemente, no futuro de cada um dos indivíduos do grupo.

Os mecanismos de formação das memórias sociais são semelhantes, mas nunca idênticos, àqueles das memórias individuais (BLANCH, 2009). Da mesma maneira que uma pessoa seleciona as “cenas” que irão compor a narrativa sobre sua vida, também a sociedade o faz, deliberada e artificialmente. Para Le Goff (2003, p. 421)

Ainda é mais evidente que as perturbações da memória, que, ao lado da amnésia, se podem manifestar também no nível da linguagem na afasia, devem, em numerosos casos, esclarecer-se também à luz das ciências sociais. Por outro lado, num nível metafórico, mas significativo, a amnésia é não só uma perturbação no indivíduo, que envolve perturbações mais ou menos graves da presença da personalidade, mas também a falta ou a perda, voluntária ou involuntária, da memória coletiva nos povos e nas nações, que pode determinar perturbações muito graves da identidade coletiva.

O processo social de seleção de cenas e construção da memória cultural é feito artificialmente, com a valoração dos eventos que merecem ser celebrados e aqueles que merecem ser esquecidos. Um processo tão deliberado que se assemelha àquele realizado por Winston, o funcionário medíocre da obra 1984 de George Orwell (1949), cujo trabalho consistia em reescrever notícias de jornais ou adaptá-las de acordo com as configurações e vontades do governo totalitário do *Big Brother*.

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.

Inúmeros fatores podem ocasionar a má-formação de memórias, no entanto, o mais importante deles, sem dúvida, é o Trauma, ocasionado por uma ausência de significação do evento no momento de sua ocorrência (quebra da dinâmica *mimese/muthos*).

Em apertada síntese, podemos dizer que o indivíduo (ou a sociedade, na hipótese de traumas políticos) não consegue dar um significado a dado evento com base nos elementos que compõem o seu universo simbólico prévio (CARUTH, 1996; LUCKHURST, 2008; EDKINS, 2003). Esta ausência de significação no momento em que o evento ocorre impede que aquela experiência seja registrada na linha do tempo, gerando uma lacuna na formação da memória.

Diversas causas podem justificar a ausência de elementos simbólicos capazes de fornecer bases para a interpretação do evento.

Geralmente o trauma decorre de uma quebra de confiança, ou seja, a violência se origina em um ponto de apoio do indivíduo, como o Estado ou a família. Em outras palavras, a violência é perpetrada pelas mãos daquele que deveria proteger a vítima. (LUCKHURST, 2008)

O mecanismo de repetições vivido por vítimas de trauma se deve, justamente, a esta quebra da relação *mimese/muthos*. O indivíduo ou a sociedade circula o lugar em que determinada “cena” deveria ter sido gravada e não consegue encontrá-la, revivendo o evento como se fosse um disco de vinil que possui um risco e toca o mesmo trecho repetidamente.

Ocorre uma falha na linha do tempo, uma lacuna que não se consegue preencher. A maneira de lidar com o trauma e superá-lo perpassa o preenchimento dessa lacuna, recompondo uma história estilhada através de uma nova narrativa. Recompôr a narrativa significa recompor a própria vida daquela pessoa ou sociedade, dando um sentido futuro para uma experiência pretérita (LACAPRA, 1994, 2004; SELIGMAN-SILVA, 2005, 2006).

A importância da construção de uma narrativa capaz de aparar arestas de um conflito, acalmando ânimos e projetando um futuro pacífico e próspero tem ocupado juristas, cientistas políticos, historiadores e demais acadêmicos. A busca pela paz deve necessariamente significar a superação do conflito, o que tem sido discutido atualmente pelo viés da reconciliação.

A elaboração de memórias e a relação existente entre as memórias individuais e a memória social voltaram a ocupar o debate em torno da chamada justiça de transição e a reconstrução dos Estados convulsionados que sofreram com políticas de atrocidade (BLANCH, 2009). A recordação e a narrativa dos eventos surgem como necessidade para recompor o tecido social.

Para Losi (2001, p. 6, tradução nossa)³:

3. *The conversations, the stories that people exchange and construct in situations of conflict, are clearly important, whether they influence the conflict's resolution or, on the contrary, contribute to its perpetuation. When these stories are woven in an international conflict situation such as that which overcame Kosovo, even international players, often unwittingly, figure amongst the individuals active in their construction.*

As conversas, as histórias que as pessoas trocam e constroem em situações de conflito são claramente importantes, quer por influenciarem a resolução do conflito ou, ao contrário, contribuírem para sua perpetuação. Quando estas histórias estão costuradas em conflitos internacionais, como o que ocorreu no Kosovo, mesmo os atores internacionais, geralmente e sem querer, figuram entre os sujeitos ativos em sua construção.

A reconciliação e reestruturação de Estados a partir da elaboração de uma memória social condizente com as memórias individuais, principalmente aquela das vítimas, e que reconheça o período do conflito tem sido a proposta das chamadas Comissões da Verdade. Estas comissões são um fenômeno relativamente recente, com explosão principalmente em meados dos anos 1970 (TRINDADE, 1999). Foi o caso da Argentina, Chile, África do Sul, Brasil, entre muitos outros.

O fundamento de uma Comissão da Verdade é o que se convencionou denominar “Direito à Verdade”, que busca difundir informações sobre um determinado evento e se fundamenta na Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948:

Art. 19 Todo o indivíduo tem direito à liberdade de opinião e de expressão, o que implica o direito de não ser inquietado pelas suas opiniões e o de procurar, receber e difundir, sem consideração de fronteiras, informações e ideias por qualquer meio de expressão.

Trata-se de uma tentativa de estabelecer os fatos (a “Verdade”) que envolveram violações graves de direitos humanos no contexto de determinado Estado. O seu papel limita-se a destacar estes fatos e narrá-los, não havendo qualquer pretensão de punir os transgressores. Não se busca apurar responsabilidades. (MAIER, 2000) Para Trindade (1999, p. 401-402), são características comuns das Comissões:

(...) primeiro, o fato de atuarem em um contexto de transição democrática em um determinado país, não como órgãos judiciais, mas mais propriamente de investigação dos fatos;

segundo, o exame de fatos ocorridos no passado, atinentes não tanto a eventos isolados, mas sim a uma situação generalizada de violações de direitos humanos em determinado país; e terceiro, um mandato com limitação temporal, e que se extingue com a apresentação do relatório final com os resultados das investigações.

As Comissões da Verdade se baseiam na premissa de que é necessário construir um registro histórico que tenha notoriedade perante o público e torne possível a redemocratização. Os fatos apurados pelas Comissões podem vir a ser utilizados por historiadores e, vice-versa, os próprios historiadores podem questionar os fatos levantados.

As Comissões da Verdade trabalham de forma eficiente a relação entre as memórias individuais e as sociais, costurando as narrativas de modo a reconstituir laços e reinserir os indivíduos na coletividade, reconstruindo o tecido social. Por isso a importância dada aos testemunhos. Os fatos apurados baseiam-se primordialmente no depoimento daqueles indivíduos envolvidos nas violações de direitos humanos, sejam eles vítimas ou violadores.

A transição de uma situação de conflito para outra de paz e estabilidade deve se basear não apenas na reconstrução de prédios e instituições, mas também das pessoas que viveram o cataclisma. Humphrey (2002, p. 72, tradução nossa) lembra um ditado libanês que captura a essência do argumento: “É preciso reconstruir pessoas, não apenas prédios.”⁴

Se a política estatal baseou-se na violência e nas atrocidades cometidas contra as vítimas, é a figura do sobrevivente que irá constituir o elemento mais importante da narrativa pós-conflito. É o corpo das vítimas que contém as marcas e o legado do trauma. É esta imagem que moldará o futuro. Para Humphrey (2002, p. 8, tradução nossa)⁵:

4. *We need to rebuild people, not just buildings.*

5. *The trauma of victims has increasingly become a focus of intervention in post-violence reconstruction. The traumatic violence produced in dictatorships, revolutions and civil wars has become a major issue in the social rehabilitation of individuals and communities. The focus on individual trauma assumes a humanitarian perspective which holds that the*

O trauma das vítimas tem progressivamente se tornado um foco de intervenção para a reconstrução pós-conflito. A violência traumática produzida pelas ditaduras, revoluções e guerras civis se tornou uma questão central na reabilitação de indivíduos e comunidades. O foco no trauma individual assume uma perspectiva humanitária que sustenta que vítima e comunidades podem ser curadas se lhes for dada a oportunidade de expressar publicamente sua dor.

A necessidade de que as vítimas narrem suas histórias e os violadores confessem seus atos sustenta todo o trabalho das Comissões. A busca por esta narrativa supera o impulso por responsabilizações e condenações (MAIER, 2000). Afinal, se houvesse a possibilidade de ser condenados, provavelmente, os autores dos crimes não contariam suas histórias e a busca por esta “verdade” se tornaria prejudicada.

Para Maier (2000, p. 267, tradução nossa)⁶ “a comissão da verdade não pode fornecer a justiça no sentido de garantir retribuição, mas ao menos ela evita a acumulação da injustiça de negar o sofrimento. É um passo para o reconhecimento.”

A Comissão garante que haja um público para ouvir o testemunho daqueles que sofreram, recolocando o sobrevivente em um papel central para a reconstrução daquela sociedade. “Porque durante muitos anos, inclusive na democracia, eles se sentiram marginalizados da história, sem que sua luta, sua dor e às vezes seu exílio ou prisão tenham merecido a consideração social, política e moral que eles requeriam” (BLANCH, 2009, p. 122, tradução nossa).⁷ Aquele indivíduo que um dia teve negado seu status político de ser humano ressurge como a base de sustentação da nova ordem política.

A reconstrução de uma sociedade e participação das vítimas nesse processo não se baseia em uma utópica recuperação total, o

victims and communities can be healed by being given the opportunity publicly to express their pain (HUMPHREY, 2002, p. 8).

6. *The truth commission may not be able to provide justice in the sense of rendering retribution, but it at least avoids the accumulated injustice of denying recognition of suffering. It is a step toward acknowledgment.*

7. *“Porque durante muchos años, e incluso en democracia, se han sentido marginados de la historia, sin que su lucha, su dolor y a veces su exilio o prisión haya merecido la consideración social, política y moral que requerían”.*

que seria impossível. O que importa é tornar a vida daqueles sobreviventes mais suportável através do compartilhamento de sua dor e, a partir deste reconhecimento, tornar a própria vida em sociedade possível. (FELMAN, 2014)

O compartilhamento da dor por meio da fala retira a vítima de seu isolamento, recompondo os laços sociais desfeitos pela violência. O testemunho, ao ser contextualizado com o de vários outros sobreviventes, auxilia na construção narrativa das histórias individuais que passam a ser inseridas em um cenário maior. As lacunas vão sendo preenchidas por meio de um discurso atual que emprega sentido a um evento passado.

O relatório da Comissão atua na construção do quadro geral do conflito, encaixando as narrativas individuais de modo a determinar o todo, colocando os eventos em ordem cronológica e estruturada. As provas e as testemunhas são organizadas e apresentadas de modo a demonstrar certa linearidade para eventos até então caóticos. Para Losi (2001, p. 6, tradução nossa)⁸:

Em outras palavras, quando ‘revestimos’ uma experiência ou situação de caos com uma história ou narrativa, nós a transformamos, damos sentido. Nós domamos o caos. No entanto, isto não ocorre sozinho, como A. Felman nota, ‘narrativas não apenas explicam eventos, elas são parte integrante de como decidimos o que é um evento e o que não é’

O relato pormenorizado torna palpável crimes inacreditáveis. Os testemunhos imprimem um sentido temporal e espacial à ação, tornando-a concreta. A história deixa de ser uma memória pessoal para se tornar pública, partilhada. Inicia-se um processo de superação da negação, o que permite o luto e a reconciliação. “O testemunho confronta o mal cometido com o mal sofrido” (GARAPON, 2002, p. 175).

A Comissão possibilita a criação de um encadeamento de experiências individuais em torno de uma narrativa única, coletiva,

8. *In other words, when we “clothe” an experience or a situation of chaos with a story or narrative, we transform it, give it sense. We tame chaos. This does not happen alone however, as A. Feldman notes, “Narratives not only explain events; they are integral to how we decide what is an event and what is not”* (FELDMAN, 1991).

que passará de geração em geração. A narrativa que se forma é aquela baseada no sofrimento das vítimas e na recuperação da sua linguagem. A memória é construída como algo novo e diferente da historiografia, pois oriunda da voz inaudita das vítimas.

Muito se discute acerca da confiabilidade dos discursos construídos com base em depoimentos das vítimas, especialmente devido às mazelas do trauma que provoca um rompimento da memória, tornando as falas confusas ou incongruentes temporalmente. Não é incomum que vítimas de tortura percam a noção de tempo ou espaço e não consigam contar sua experiência de forma linear. No entanto, no contexto de uma Comissão da Verdade, o mais relevante é o lugar da narrativa, seu simbolismo e importância na recuperação e reestruturação social.

Os relatos contados podem não acrescentar muito ao já sabido das atrocidades, na maioria das vezes os historiadores já publicaram os casos e já os conheciam a fundo. No entanto, isto não é suficiente – é preciso que a história seja contada pelo sobrevivente, permitindo que ele insira sua narrativa em um contexto maior, socializando sua experiência e vivendo tardiamente o luto suprimido. Para Thornton (apud LOSI, 2001, p. 6, tradução nossa)⁹:

Narrativas de violência têm uma função social e cultural específica. Ao narrar eventos, nós ligamos uma série de ações – seja por predisposição cronológica, conspiração ou psicológica – em uma moldura compreensível. Neste sentido, eventos violentos que romperam radicalmente com o fluxo de normalidade aparentam previsíveis, e o momento do caos que desafiou a normalidade é domado.

A fala permite que o sobrevivente organize seus próprios pensamentos e “encaixe” (por falta de uma palavra mais adequada) sua própria experiência em um contexto maior do conflito. A participação nos trabalhos da Comissão ajuda a fazer sentido para a

9. *Narratives of violence have a specific social and cultural function. By narrating events, we link a series of actions – whether by chronology, conspiracy or psychological predisposition – into a comprehensible framework. In this way the violent event that has radically disrupted the flow of normality appears to have been predictable, and the moment of chaos that has challenged order is tamed.*

experiência individual fornecendo dados que ajudam a preencher as lacunas de representação que impediram a correta compreensão dos eventos no momento da recepção. Em outras palavras, ocorreria uma espécie de catarse, auxiliando na recomposição das memórias individuais daqueles que sobreviveram.

Ao recompor as narrativas individuais verifica-se outro fenômeno. As memórias individuais não são compostas isoladamente, trata-se de uma construção conjunta, que envolve outros testemunhos e as demais provas documentais. O indivíduo vê sua história enquanto parte de um todo maior. O sobrevivente pode, novamente, sentir-se parte de uma comunidade.

A história da vítima encontra um espaço público e oficial para reconhecer seu sofrimento. “O reconhecimento público transforma um saber em verdade oficial, aumenta-o na versão da história tornada autoridade (...) obriga a passar do *knowledge*¹⁰ ao *acknowledgment*¹¹” (GARAPON, 2002, p.179, grifo no original).

As sociedades não podem reestruturar-se sem que se construa uma narrativa que recomponha os laços sociais destruídos no conflito, criando uma memória social que abarque o período das atrocidades. Para Losi (2001, p. 12, tradução nossa)¹²:

Após um evento traumático, as pessoas e a comunidade bloqueiam e reduzem sua interpretação, o significado de suas vidas, ao preciso momento do episódio traumático. Os períodos que precederam e preparam o evento em si, são cancelados, assim como os seus efeitos. Para ser capaz de ajudar as pessoas e comunidades que enfrentaram experiências dilacerantes, é necessário oferecer sugestões para que eles

10. Conhecimento

11. Reconhecimento

12. (...) *after a traumatic event, the people and the community block and reduce the interpretation, the meaning of their lives, to the precise moment of the traumatic episode. The periods that pre-announced/prepared the event as such, are cancelled, just as are the after effects. To be able to help people and communities that have endured these shattering experiences, it is necessary to offer suggestions so that they might reconsider their histories and therefore the potentials of their future, beyond the reduction of all of their resources to the ashes left after such a devastating event. It is also necessary to help them consider “something different” that they might look to, once this hardship has passed.*

reconsiderem suas histórias e pensem sobre o seu potencial para o futuro, para além da redução de seus recursos a cinzas após o evento devastador. É necessário, também, ajudá-los a considerar ‘algo diferente’ com o que esperar, uma vez que o pior passar.

A Comissão da Verdade permite a construção dessa memória social que contempla as vivências das vítimas, as insere no mundo político e oferece novas opções para o futuro. A memória social não se constrói sem a participação das narrativas individuais, das vítimas que trazem em seus corpos e mentes os pequenos trechos de uma história maior. Sem memória, não há reestruturação social, não há elo entre os indivíduos e não há comunidade.

2.3 A busca pela reconciliação

Os modelos de “Comissões da Verdade” (algumas experiências do modelo sugerem o acréscimo da palavra “conciliação”) terão suas experiências inaugurais em dois países do cone sul: Argentina e Chile. A primeira levou o nome de “Comissão Nacional sobre os Desaparecidos”. Sua dinâmica de trabalho privilegiou mais os dados apresentados por organismos de defesa dos direitos humanos do que depoimentos presenciais de vítimas, e buscava “compensar” a impossibilidade encontrada pela justiça criminal argentina de processar e punir todos os envolvidos nas atrocidades cometidas pelo regime militar.

O ano era 1984, e o governo Alfonsín, aproveitando-se da imensa fragilidade da posição dos militares após a queda ignominiosa do regime, buscava levar-lhes as barras dos tribunais criminais. As condenações dos principais comandantes militares, anunciadas em dezembro de 1985, não satisfazia as demandas de punição de um enorme contingente de militares violadores de direitos humanos, e a CONADEP (*Comisión Nacional sobre la Desaparición de Personas*) buscava, de alguma maneira, minimizar um crescente sentimento da sociedade de que afinal de contas, muito ainda havia do que se fazer no âmbito da justiça criminal.

O relatório final da CONADEP afastava somente em parte a teoria dos dois demônios, que apregoava uma responsabilidade

equivalente dos movimentos armados de esquerda e dos militares, e insistia em uma reconciliação mediante o arrependimento dos culpados e uma justiça fundada na verdade.

A Comissão Nacional de Verdade e Reconciliação Chilena, por sua vez, valorizou bastante os informes das vítimas no seu relatório final (LEFRANC, 2004), inserindo-se na ideia de que a Comissão possui um papel na recuperação do trauma social por intermédio da figura da vítima e suas narrativas. A partir dessas Comissões, o modelo se espalhou e o trabalho de Hayner (2011) nos dá conta de sua aplicação em variadas Comissões da Verdade em países como África do Sul, Uganda, Chad, Zimbabue, Uruguai, Equador, Serra Leoa, El Salvador, Sri Lanka, Burundi, Congo entre outros.

No Brasil, seguindo orientação do III Plano Nacional de Direitos Humanos, de dezembro de 2009, que, entre outros objetivos, estabeleceu o “Direito à memória e à Verdade” como um dos seus principais objetivos e se propôs a “promover a apuração e o esclarecimento público das violações de Direitos Humanos praticadas no contexto da repressão política ocorrida no Brasil”, foram sancionados dois projetos importantes para a Justiça de Transição no Brasil: a lei 12.527/2011 – que estabelece prazos máximos para a restrição do acesso a informação de documentos sigilosos; e a Lei 12.528/2011, que criou a Comissão Nacional da Verdade (CNV) cujo objetivo seria o de “investigar as graves violações de direitos humanos praticadas no período fixado no artigo 8 das Disposições Constitucionais Transitórias”, ocorridas entre 18 de setembro de 1946 a 5 de outubro de 1988”, efetivando, assim, o direito à memória e à verdade histórica e promovendo a reconciliação nacional. Ao contrário da Comissão argentina, a CNV brasileira rejeitou a tese dos dois demônios e buscou investigar tão somente os crimes cometidos pelo Estado brasileiro (VASCONCELOS, 2015).

Voltando o olhar para a experiência brasileira percebemos que o modelo de transição inscreve-se em dois dos tipos ideais de mudança de regime sugeridos por Share e Mainwaring (1986): transições via autoexclusão e transições por transação.

Ao contrário daquelas mudanças ocasionadas por um processo de rápida e profunda deslegitimação ou perda de credibilidade do governo autoritário – uma acachapante derrota militar ou uma

ampla e acelerada desmoralização das instituições governamentais internas, no sempre lembrado exemplo argentino –, que os autores denominarão de transições por colapso ou desmoronamento, a paulatina passagem brasileira de um regime autoritário e repressor para a democracia será caracterizada pelo controle acentuado por parte dos dirigentes do regime, pelo menos em um primeiro momento, dos principais mecanismos de liberalização. Isso significa um controle – embora nunca absoluto – das principais iniciativas legislativas, da escolha dos interlocutores considerados mais adequados, do tempo propício para cada iniciativa, das concessões a serem oferecidas ou das ameaças a serem proferidas.

Uma crescente perda de legitimidade, decorrente de derrotas eleitorais importantes, do acirramento da crise econômica, de pressões externas, de mobilizações populares ou do crescimento dos partidos de oposição condicionaram uma perda paulatina do controle do processo por parte do regime autoritário que, no entanto, continuou sendo capaz de controlar, ainda que em parte, importantes componentes da burocracia estatal, do Poder Judiciário, da Polícia e do próprio Congresso Nacional, o que torna muito difícil a aplicação de políticas retrospectivas, ou pelo menos as adiam por um período indeterminado (BRITO; FERNÁNDEZ ; ENRÍQUEZ, 2002).

A experiência das diferentes Comissões da Verdade instauradas aponta para o fato de que políticas de “verdade e justiça” estão estreitamente ligadas ao processo de passagem do regime autoritário para o democrático. Os caminhos e as escolhas – uma vez feita a opção por algum tipo de política retrospectiva –, exigirão que se identifique perpetradores e vítimas e, dependendo da política elegida, qual o itinerário a seguir. Se as necessidades de estabilidade e composição com uma elite ainda poderosa remanescente do regime anterior prevalecerem, uma certa “ética da responsabilidade” pode aconselhar a opção por uma “verdade” sem “justiça”.

Por outro lado, uma transição por colapso propiciará uma maior possibilidade para julgamentos criminais e expurgos de membros do regime anterior; uma ênfase maior nos dramas e sofrimentos das vítimas pode determinar o uso de instrumentos mais participativos, e a África do Sul aqui será o exemplo mais saliente; programas educacionais em Direitos Humanos em escolas e academias militares serão também possíveis opções.

As condições concretas nortearão as escolhas e opções, assim como suas amplitudes e limitações. Como afirmam Brito et al. (2002, p. 51, tradução nossa¹³) “é evidente que os objetivos e os diferentes tipos de opções políticas disponíveis em cada momento não se podem separar ou diferenciar completamente, já que estão entrelaçados, no entanto, ênfases diferentes produzirão diversos destinos de recursos e iniciativas políticas”.

Vasconcelos (2015) sintetiza as variáveis condicionantes das políticas de “verdade e justiça” propostas por Brito et al.: 1) as atitudes e crenças dos novos dirigentes e partidos políticos, a intensidade de suas preferências e compromissos políticos; 2) o marco legal e institucional que se herda do período ditatorial (leis de anistia, por exemplo), bem como suas limitações constitucionais; 3) a natureza das forças e partidos de oposição ao regime ditatorial; 4) os movimentos de direitos humanos e o papel da sociedade civil; 5) a longevidade do regime ditatorial e seu grau de institucionalização; 6) a cultura política e as tradições e instituições democráticas, que, se mais liberais e tendentes a valorizarem o Estado de Direito, podem criar melhores condições para a exigência e aplicação de políticas de verdade e justiça; 7) a presença de uma igreja conservadora ou progressista, sobretudo nos países católicos; 8) as características e natureza da repressão política (econômica, física, psicológica), seu alcance e magnitude; 9) as experiências históricas com o passado (autoritárias ou democráticas), assim como as memórias acumuladas e as lições aprendidas; 10) os sistemas internacionais de Direitos Humanos e suas redes transnacionais de defesa e divulgação. Neste aspecto, o incremento, sobretudo a partir dos anos 1990, da atuação do Sistema Interamericano de Direitos Humanos (Comissão Americana de Direitos Humanos e Corte Interamericana de Direitos Humanos) exercerá um papel continuamente crescente como instrumento de pressão sobre as jurisdições internas dos países da região no sentido de ampliarem seus escopos de atuação na busca de uma efetiva persecução criminal contra os crimes cometidos pelos regimes de repressão anteriores.

13. *“Es evidente que los objetivos y los diferentes tipos de opciones políticas disponibles en cada momento no se pueden separar o diferenciar completamente, ya que están entrelazados; no obstante, énfasis diferentes producirán diversas asignaciones de recursos e iniciativas políticas”.*

Um elemento a mais deve ser observado, ou seja, a intensidade da experiência do trauma vivenciado, sentido ou percebido por uma determinada sociedade não deixará também de compor o elenco das variáveis na medida em que, de alguma maneira, essas vivências, sentidos e percepções podem influir nos movimentos de pressão por determinadas políticas de verdade e justiça, ou de reação – positiva ou negativa – às medidas tomadas pelos diversos atores políticos.

Em resumo, quanto maior o trauma social, crescem as possibilidades de se ampliarem os espaços de discussão sobre o passado, são potencializados os recursos de pressão em direção ao governo democrático para que implemente políticas de verdade e justiça e, quando implementadas, reverberam com mais força dentro da sociedade.

2.4 Considerações finais e o caso brasileiro

A criação de Comissões da Verdade tem sido uma opção adotada por diversas sociedades pós-conflito. A sua força consiste, basicamente, na capacidade de narrar um evento histórico revestido de obscuridade e desconhecimento. A narrativa, por sua vez, difere-se ao se basear nas vivências e experiências das vítimas.

A Comissão garante que os testemunhos das vítimas construam e façam parte de um discurso oficial que dê conta do período de exceção. A memória do conflito é construída através da união dos testemunhos e provas documentais que traduzem de forma linear e lógica um período confuso e caótico que, na maioria das vezes, representou inversões de legalidade.

As políticas de atrocidade que precedem a instauração das Comissões constituem períodos político-socialmente traumáticos. O trauma, por sua vez, caracteriza-se pela quebra da linearidade narrativa, causando lacunas de memórias que ocasionam a repetição do evento mal gravado. O desenvolvimento da sociedade perpassa a superação dessas repetições, ou seja, a elaboração do trauma sofrido.

Com base nos trabalhos de Seligman-Silva (2005; 2006), La-Capra (1994; 2004), entre outros, concluímos que a narrativa é a maneira mais adequada para recompor essas lacunas e promover a superação do trauma.

As Comissões ao permitir que as vítimas contribuam na construção dessa narrativa que supera o conflito, promovem ainda a socialização da dor, através do compartilhamento da experiência com outras vítimas, religando-as socialmente.

Uma rede bastante articulada de ONGs (Organizações Não Governamentais), associadas a alguns centros universitários e figuras políticas e intelectuais proeminentes (alguns atuaram em Comissões) fizeram circular estas ideias que julgavam ser as benesses da experiência, sustentando tratar-se de mecanismo eficiente no sentido de potencializar “políticas de memória” aptas a reforçar sentimentos democráticos nas populações, incrementar a democracia nos Estados e reduzir a violência.

No entanto, alguns autores, como Lefranc (2009) entendem que não existem dados empíricos convincentes sobre a efetividade das Comissões na elaboração das memórias sociais. De acordo com o autor (2009, tradução nossa¹⁴) “nada garante que as ‘políticas de memória’, quando são assumidas pelas autoridades públicas, tenham efeitos mecânicos sobre a memória ativa.”

O caso brasileiro parece-nos interessante para abordar a relação entre as Comissões da Verdade, memória e trauma. A Comissão Nacional da Verdade (CNV) foi constituída pelo poder legislativo o que lhe lega imensa legitimidade. Em seu período de atuação foram ouvidos cerca de mil depoimentos e empreendeu-se um imenso levantamento documental e probatório. A própria então presidente da República, Dilma Rousseff, prestou depoimento como vítima de tortura e prisão arbitrária no período da ditadura militar.

No entanto, com todo este arcabouço probante pouco se discutiu acerca do impacto social do relatório final da Comissão, do ponto de vista de sua contribuição para a democracia brasileira e composição identitária do país. Afinal, em que medida a narrativa construída pela CNV impactou para a superação do trauma da ditadura militar brasileira?

A repercussão do relatório foi bastante ampla no meio acadêmico, especialmente entre os estudiosos de Direitos Humanos e suas

14. “Nada garantiza que las ‘políticas de la memoria’, cuando son assumidas pelas autoridades públicas, tengan efectos mecânicos sobre la memoria activa”.

inúmeras áreas afins, contudo, a população em geral não nos parece ter participado ou se dado conta da importância do documento e do que ele representava.

Uma possível resposta talvez seja o imenso lapso temporal de mais de vinte anos entre o fim da ditadura e constituição da CNV. A lei de anistia também pode ter contribuído para o desinteresse, afinal, a impossibilidade de punição de infratores (regra nas Comissões da Verdade) talvez represente mais uma vitimização, mais um ultraje aos sobreviventes.

O método de transição democrática ocorrido no Brasil, através de acordo e sem confrontos diretos, com a utilização dos próprios membros que já estavam no poder político, também, nos parece, não contribuiu para que a sociedade como um todo se desse conta da ruptura e transição. (MOREIRA ALVES, 2005)

A transição “lenta e gradual” talvez tenha reduzido a percepção do período ditatorial como um trauma social, em que pese não haver qualquer dúvida do seu impacto avassalador como um trauma para todas as vítimas e suas famílias. O não reconhecimento do período como um evento traumático se demonstra nas recentes manifestações com alguns pedidos de intervenção militar, retorno da ditadura, fechamento do Congresso e grave crise de representativa na política brasileira.

A dimensão do trauma social e a forma como a transição democrática se operam nos parecem fundamentais para que as Comissões da Verdade tenham expressividade na reconciliação social e reconstrução do Estado.

Ainda há muito que se discutir com relação ao alcance da CNV e, este artigo, buscou apenas pontuar alguns tópicos que nos parecem essenciais para o debate acadêmico e social. Em tempos de instabilidade política como a enfrentada pelo Brasil, a constituição de nossa memória política e social, como a proposta pela Comissão, deveria ocupar um papel central de recomposição de laços sociais. Recorrer aos trabalhos da Comissão e inquirir acerca de sua receptividade pela sociedade nos parece um convite para o começo de uma importante discussão sobre Brasil.

Referências

BLANCH, Pelai Pagès I. Memoria y Olvido de la Guerra civil. In: CAPELLÀ, Magalida; GINARD, David. *Represión Política, Justicia y Reparación: La memoria historica en perspective juridical (1936-2008)*. Palma: Plural, 2009.

BRITO, Alexandra Barahona. Verdad, Justicia, Memoria Y democratización en el Cono Sur. In: *Las políticas hacia el pasado - Juicios,depuraciones y olvido en las nuevas democracias*. Eds. Alexandra Barabona de Brito, Paloma Aguillar Fernández y Carmen González Enríquez. Madrid: Ediciones Istmo, 2002.

CARUTH, Cathy. *Unclaimed experience: trauma, narrative, and history*. Baltimore: The Johns Hopkins University Press, 1996.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. CASO GOMES LUND E OUTROS (“GUERRILHA DO ARAGUAIA”) VS. BRASIL. Sentença. 24 nov. 2010. Disponível em <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_219_por.pdf>. Acesso em: 10 ago. 2014.

EDKINS, Jenny. *Trauma and the memory of politics*. Cambridge: Cambridge University Press. 2003.

FELMAN, Shoshana. *O inconsciente jurídico: julgamentos e traumas no século XX*. São Paulo: EDIPRO, 2014.

GARAPON, Antoine. *Crimes que não se podem punir nem perdoar: para uma justiça internacional*. Lisboa: Instituto Piaget, 2002.

HAYNER B.,Priscilla. *Unspeakable truths transitional justice and the challenge of Truth Comission*. New York: Routledge, 2011.

HUMPHREY, Michael. *The politics of atrocity and reconciliation*. New York: Routledge, 2002.

LACAPRA, Dominick. *History in transit: experience, identity, critical theory*. Ithaca: Cornell University Press, 2004.

LACAPRA, Dominick. *Representing the Holocaust: history, theory and trauma*.Ithaca: Cornell University Press, 1994.

LE GOFF, Jacques. *História e memória*. 5. ed. Campinas (SP): Ed. da UNICAMP, 2003.

LEFRANC, Sandrine. *Políticas Del Pérdon*. Madrid: Frónesis, Cátedra PUV, 2004.

LEFRANC, Sandrine. *La invención de certidumbres en el tiempo de la violencia política: el tiempo de las comisiones de la verdad*. In: *Violencia y transiciones políticas a finales del siglo XX*. Europa del Sur – América Latina. Estudios reunidos por Sophie Baby, Olivier Compagnon y Eduardo Calleja. Madrid. Casa de Velazques. 2009.

LOSI, Natale. Beyond the archives of memory. In: IOM International Organization for Migration. *Archives of Memory: Supporting Traumatized Communities through narration and remembrance*, Psychological Notebook, Geneva, v. 2, p. 5-15, 2001.

LUCKHURST, Roger. *The trauma question*. London: Routledge, 2008.

MAIER, Charles S. Doing History, Doing Justice: The Narrative of the historian and of truth commissions. In ROTBERG, Robert I.; THOMPSON, Dennis. *Truth v. Justice: The morality of truth commissions*. New Jersey: Princeton University Press, 2000.

MEYER, Emilio Peluso Neder. *Ditadura e responsabilização: elementos para uma Justiça de Transição no Brasil*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2012.

MOREIRA ALVES, Maria Helena. Estado e oposição do Brasil: 1964-1984. Bauru: Edusc, 2005.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Declaração Universal Dos Direitos Humanos*. 10 dez. 1948. Disponível em: <<http://www.ohchr.org/EN/UDHR/Pages/Language.aspx?LangID=por>>. Acesso em: 4 out. 2015.

RICOEUR, Paul. *Tempo e narrativa*. Campinas (SP): Papirus, 1994-3v.

SARAPU, Daniel Vieira. *Direito e memória: uma compreensão temporal do Direito*. Belo Horizonte: Arraes, 2012.

SELIGMANN-SILVA, Márcio. *História, memória, literatura: o testemunho na Era das Catástrofes*. Campinas: Editora da Unicamp, 2006.

_____. *O local da diferença: ensaios sobre memória, arte, literatura e tradução*. São Paulo: Editora 34, 2005.

SHARE, Donal; MAINWARING, Scott. Transiciones via transaccion: la democratizacion en Brasil y Espana. *Revista de Estudios politicos*, n. 49, p. 87-135, 1986.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*, v. 2. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999.

VASCONCELOS, Daniela Mateus de. *A exceção da Justiça: razões do atraso e dos impasses da Justiça de Transição do Brasil*. Tese (Doutorado) – Programa de Pós-graduação em Ciência Política da UFMG, Belo Horizonte, 2015.

[\[Volta ao Sumário\]](#)

LEGADO DE VIOLÊNCIA DA DITADURA MILITAR BRASILEIRA: riqueza cultural?

Inês Virgínia Prado Soares¹
Viviane Fecher²

*Um homem com uma dor, é muito mais elegante. (...)
Ópios, édens, analgésicos.
Não me toquem nessa dor
Ela é tudo que me sobra.
(Dor Elegante - Paulo Leminski)*

Resumo: O presente artigo aborda as potencialidades dos legados de episódios de massivas violações de direitos humanos enquanto bens culturais, desde a perspectiva da ditadura instaurada em 1964, a partir do aporte documental produzido e acumulado nas últimas décadas. Com especial atenção aos acervos digitais, analisa os usos dessas tecnologias em consonância com suportes nacionais e internacionais sobre arquivos, informação, verdade e memória e patrimônio cultural. Posteriormente, são visitadas experiências brasilei-

1. Mestre e Doutora em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Pós-Doutoranda no Núcleo de Estudos da Violência da USP (NEV/USP). Procuradora da República em São Paulo. Autora do livro *Direito ao (do) Patrimônio Cultural Brasileiro*, Editora Fórum, 2009. E-mail: inespradosoares@hotmail.com

2. Advogada. Mestre em Direitos Humanos e Cidadania pela Universidade de Brasília. Foi Coordenadora de Gestão Processual da Comissão de Anistia. É assessora do Grupo de Trabalho Memória e Verdade da Procuradoria Federal dos Direitos do Cidadão - Ministério Público Federal. Membro do Grupo de Pesquisa Justiça de Transição da Faculdade de Direito da UnB. E-mail: vivifecher@gmail.com

ras exitosas e avaliadas outras possibilidades. Por fim, propõe um início de reflexão sobre duas questões ainda pouco enfrentadas: o acesso público à acervos privados e acervos públicos de posse de particulares.

Abstract: This article discusses the potential legacy of massive human rights violations episodes as cultural goods, on the perspective of the dictatorship established in 1964, from the produced documentary contribution and accumulated in recent decades. With special attention to digital collections, it analyzes the uses of these technologies consilient with national and international media about files, information, truth and memory and cultural heritage. Later, the successful Brazilian experiences are visited and other possibilities are evaluated. Finally, it proposes the reflection on two issues still not addressed: public access to private collections and public collections of private ownership.

3.1 Introdução

O processo de enfrentamento dos fatos passados e, portanto, de exercício do direito à verdade, é tido no direito internacional dos direitos humanos, como primordial para qualquer processo que tenha como objetivo a superação das massivas violações de direitos humanos, e, conseqüentemente, a não repetição dessas violências.³

O conhecimento das diferentes versões sobre as massivas violações de direitos humanos sofridas por uma comunidade pode torná-la capaz de (re)formular sua concepção sobre a história e, a partir daí, determinar caminhos futuros. Trata-se da relação intrínseca entre passado, presente e futuro que permeiam tanto os direitos humanos como os discursos da memória (HUYSSSEN, 2014, p. 196).

Desde o retorno à democracia, após a ditadura que durou vinte e um anos (1964-1985), o Estado brasileiro e a sociedade

3. Pesquisa recente realizada pelo Núcleo de Estudos da Violência da Universidade de São Paulo (NEV-USP) mostrou que quase metade dos brasileiros concorda com o uso de tortura, uma das mais nefastas heranças do período de exceção, para a obtenção de provas nos tribunais (somente 52,5% dos entrevistados foram contra). Disponível em: <<http://agenciabrasil.ebc.com.br/noticia/2012-06-05/quase-metade-dos-brasileiros-concorda-com-uso-de-tortura-para-obter-provas-na-justica>>. Acesso em: 24 set. 2016.

(especialmente vítimas e familiares de mortos e desaparecidos políticos) empreendem ações para a revelação dos acontecimentos mais nefastos do período com a finalidade de reparação do sofrimento das vítimas, busca e propagação da verdade (principalmente sobre o paradeiro dos desaparecidos), reposicionamento da memória coletiva (revisitação da história oficial), responsabilização dos perpetradores e reformulação das instituições.

Pode-se observar que, após trinta anos de iniciativas oficiais e não oficiais com finalidade de lidar com o legado de violência deixado pelo regime autoritário – com reunião de documentos, fotos, músicas, filmes e peças de teatro censurados ou não, artefatos os mais variados possíveis, de pesquisas históricas, de narrativas de vítimas, de identificação de lugares e pessoas e acionamento do judiciário, o Brasil conta atualmente com uma rica coleção cultural originária da resistência política e da violência e do horror do Estado praticados durante esse período.

De certo, esse não é o acervo cultural desejado por nenhuma sociedade. Mas, aconteceu. E nesses anos recentes, em que a Comissão Nacional da Verdade e as inúmeras comissões setoriais/locais encerraram seus trabalhos no Brasil e divulgaram seus relatórios, estudiosos e defensores dos direitos humanos têm o desafio de, também com base no aporte de tutela do patrimônio cultural, refletir sobre como proteger memórias, narrativas, lugares, obras de arte e outros artefatos inspirados/decorrentes da violência da ditadura brasileira e transformá-los em instrumentos e iniciativas de resignificação e garantias de não repetição.

Soma-se a isso, o momento atual no qual o engajamento na pauta dos direitos humanos, seja ele por parte de agentes do Estado, seja pela sociedade civil, está totalmente inserido em um cenário digital de alcance internacional. Portanto, o avanço das políticas de promoção da verdade, construção da memória, acesso à informação e tutela dos bens culturais devem ser desenhadas com a consideração da importância do mundo digital.

A partir desta perspectiva abordaremos as possibilidades jurídicas de tutelar a memória da violência ocorrida durante a ditadura como um (rico) legado cultural, sob a perspectiva dos acervos documentais, mais especificamente dos acervos documentais digitais

acessíveis na rede mundial de computadores. Para isso, apresentaremos um breve panorama sobre os esforços dos atores brasileiros em revelar as atrocidades e o suporte normativo e doutrinário apto a lidar com a questão.

Nessa etapa, traremos subsídios que situam, no âmbito jurídico, o legado de violência da ditadura (1964-1985) como elemento qualificador da memória coletiva e, por consequência, permitem considerar os arquivos documentais sobre esse período como bens culturais integrantes do patrimônio cultural brasileiro, com especial atenção aos bens incorpóreos, como os acervos digitais.

A parte seguinte do trabalho abordará os avanços no tratamento e disponibilização dos acervos digitais da ditadura no Brasil, com apresentação e análise de alguns casos. Por fim, será analisada a situação de acervos da ditadura que ainda não disponibilizados digitalmente, bem como abordados seu potencial e relevância, sob a ótica da busca da Verdade, construção da memória e proteção de bens culturais, como os promissores acervos do judiciário, da Comissão de Anistia e das comissões da verdade. Fechamos o artigo propondo uma reflexão sobre a necessidade e os meios para tratar a questão dos acervos da ditadura de natureza privada e os de natureza pública que estejam de posse de particulares, sem perder de vista a perspectiva da política de gestão digital da informação.

3.2 A herança de violência da ditadura e o Direito à Verdade

Desde o retorno à democracia, há iniciativas do Estado e da sociedade para elucidar o passado e apresentar respostas às demandas para que o legado de violência da ditadura seja tratado de forma mais transparente, com atenção às vítimas e sob a ótica da necessidade de abertura das informações.

Esses esforços oficiais e não oficiais convivem, até hoje, com a impunidade dos perpetradores e com a falta de explicação acerca das circunstâncias e motivos das mortes dos presos políticos, bem como a ausência de informação sobre a localização dos restos mortais dos desaparecidos e da rede de colaboração privada ao golpe e à manutenção da ditadura.

Uma boa compreensão do direito à Verdade como direito de conhecer e compreender o legado de violência após o retorno à democracia é apresentada por Marcelo Torelly (2012)⁴:

(...) o 'direito à verdade' não objetiva a formulação de uma narrativa una que se oponha e substitua a narrativa construída pela repressão, mas sim a viabilização da insurgência de narrativas plurais construídas com igualdade de oportunidades, ou seja: com igual acesso as 'fontes de verdade' e meios de difusão. Essas novas narrativas referem-se preferencialmente as vítimas, mas não apenas a elas, uma vez que o que se pretende não é erradicar as versões do passado existente, mas sim pluralizá-las.

As narrativas sobre os atos nefastos do passado podem ser veiculadas em diversos tipos de bens culturais e são importante mecanismo de informação e de reparação das vítimas. Nas palavras de Katya Kozicki e Bruno Lorenzetto (2014, p. 141):

Ainda que não suficiente para alterar a dor das vítimas e/ou seus familiares, contar a história do que aconteceu no passado é condição essencial para que não apenas os que foram afetados pelos atos da ditadura militar possam ter condições de lidar com estas mágoas como também para que a sociedade brasileira possa, recuperando seu passado recente, estabelecer as condições para que ele não venha a se repetir.

As diretivas internacionais indicam que o direito à Verdade está intrinsecamente relacionado à um leque bem diverso de outros direitos, cujo exercício concomitante é fundamental para o pleno do Estado democrático. Na perspectiva da interdependência e da indivisibilidade dos direitos humanos, o exercício do direito à Verdade está intimamente relacionado à liberdade de informação, à liberdade de expressão, à luta contra a corrupção e à impunidade e ao direito à Memória. Pressupõe, de outro modo, uma pluralidade de deveres

4. Disponível em: <<http://www.reidespecial.org.br/?CONT=00000340m>>. Acesso em: 22 out. 2013.

por parte Estado, tais como dever de investigar, de buscar e preservar informações, de dar publicidade e acesso à informação pública, de dar transparência a seus atos, dentre tantos outros.

A Declaração Universal dos Direitos do Homem, a Convenção Europeia dos Direitos do Homem e a Convenção Americana de Direitos Humanos estabelecem um teor semelhante para o direito de liberdade de expressão e indicam que este direito compreende a liberdade de buscar, receber e difundir informações e ideias de qualquer natureza, sem limitação de fronteiras.

Sob a ótica da Verdade como direito, o *Conjunto de princípios atualizados para a proteção e a promoção dos direitos humanos na luta contra a impunidade*⁵ indica o dever do Estado de garantir todos os meios para que a verdade seja conhecida e, também, de recordar os acontecimentos revelados. Essa normativa considera o direito à verdade como direito inalienável dos povos, que somente se efetiva com o conhecimento da verdade a respeito dos crimes do passado, inclusive sobre as circunstâncias e motivos envolvendo os atos de violência. (ONU, 2005)

O direito à verdade tem ligação intrínseca com o que saber sobre os desaparecidos políticos. No tema específico dos desaparecimentos forçados, como lembra Ezequiel Malarino, desde a sua primeira sentença, a Corte Interamericana de Direitos Humanos (CorteIDH) reforça o dever dos estados em envidar todos os esforços necessários à alcançar a verdade sobre as circunstâncias em que se deram as graves violações de direitos humanos, assim como a Comissão Interamericana de Direitos Humanos reconhece no direito à verdade um componente da reparação devida pelo Estado às vítimas e seus familiares, em perspectiva privada, bem como seu caráter coletivo que permite à sociedade ter acesso às informações essenciais ao desenvolvimento dos sistemas democráticos. (MALARINO, 2009, p. 415)

No âmbito doméstico, como forma de garantir o direito à Verdade, em 18 de novembro de 2011 foram promulgadas duas leis: a Lei nº 12.527 de 18 de novembro de 2011, conhecida como Lei de

5. Disponível em: <<http://www.unhcr.org/refworld/docid/42d66e7a0.html>>. Acesso em: 1º set. 2009. Ainda de acordo com este documento, o conhecimento, por parte da sociedade, da história de determinado período de opressão constitui patrimônio público, cabendo ao Estado preservar a memória coletiva e evitar que surjam teses revisionistas ou de negação dos fatos. Além disso, o exercício pleno e efetivo do direito à verdade proporcionaria salvaguarda fundamental contra a repetição de tais violências.

Acesso às Informações Públicas – LAI; e a Lei nº 12.528 de 18 de novembro de 2011, que cria a Comissão Nacional da Verdade – CNV. Estas leis são importantes instrumentos para apuração da verdade sobre os acontecimentos e atos de violência praticados durante a ditadura militar brasileira. Na lei que cria a CNV, a Verdade foi positivada como direito, sendo reconhecida a obrigação do Estado na efetividade do direito à memória e à verdade histórica (art. 1º).

Essas leis dão formato mais consistente ao conteúdo jurídico do dever do Estado brasileiro de informar sobre o passado de graves violações, dever vinculado diretamente ao direito à Memória e Verdade. Esse direito, embora tenha uma relevante repercussão na esfera individual das vítimas, é essencialmente coletivo, especialmente porque rompe o silêncio e o esquecimento, permite restaurar publicamente a dignidade das vítimas, tem potencial reconciliador e pode transformar a opinião pública em relação à tirania do Estado.

No sistema jurídico brasileiro, a Verdade está ligada ao direito cultural de saber e compreender o passado. Nesta perspectiva, a Verdade é essencial para a identidade cultural e também para formação e fruição da memória individual e coletiva (art. 216, caput, CF). Os documentos, públicos ou privados, com valor histórico (ou cultural) são mencionados no texto constitucional, como bens culturais que podem integrar o patrimônio cultural brasileiro (inciso IV do art. 216). Além dos documentos públicos, mercedores de proteção pelo seu valor histórico ou cultural, a Constituição também destacou a necessidade de ampliar a tutela para toda documentação governamental com a finalidade de garantir o acesso dos cidadãos a este acervo (§ 2º do art. 216).⁶

Assim, os bens culturais que veiculem informações e dados que permitam a construção da verdade, tais como arquivos, memoriais, bibliotecas, objetos de arte, produções literárias, teatrais e musicais etc se apresentam como ferramentas indispensáveis no processo de compreensão do legado de violência da ditadura.

Além do suporte legislativo mencionado até agora, a Lei de Arquivos (Lei 8.159/91) aborda os aspectos jurídicos mais relevantes para a gestão documental da violência da ditadura. Ao instituir

6. Este artigo dispõe que “cabem à administração pública, na forma da lei, a gestão da documentação governamental e as providências para franquear sua consulta a quem dela necessitar”.

a Política Nacional de Arquivos Públicos e Privados, dispõe sobre a organização de bens e documentos integrantes de um arquivo. Essa gestão deve proporcionar o amplo acesso à comunidade especializada e leiga, cabendo ao Poder Público observar a sistematização de forma compreensível e de fácil manuseio, bem como o acondicionamento adequado dos documentos, com a atenção para os critérios que lhes garantam segurança e evitem qualquer deterioração ou perecimento.

O capítulo da Lei de Arquivos que rege o acesso e o sigilo dos documentos públicos e privados (arts.22 a 24) foi revogado pela recente Lei de Acesso a Informações - LAI (Lei 12.527/11)⁷. Esta lei trouxe mudanças positivas no acesso aos documentos e dados públicos, com dispositivos que prestigiam a gestão transparente de dados e documentos pelos órgãos e entidades do poder público (art. 6º) e o amplo acesso à informação necessária à tutela judicial ou administrativa de direitos fundamentais (art. 21). Há previsão de disponibilização das informações públicas em sítios oficiais na internet (art. 8º), bem como de que os órgãos públicos publiquem, anualmente, em sítio à disposição na internet: rol das informações que tenham sido desclassificadas nos últimos 12 (doze) meses; II - rol de documentos classificados em cada grau de sigilo, com identificação para referência futura. (art. 30, inc.I a III).

A lei regulamenta o tratamento e classificação de informações sigilosas (artigos 24 e 35), com a previsão do prazo máximo de 25 anos para restrição no acesso a documentos públicos (art. 24 §1º), podendo se estender até 50 anos no caso das informações classificadas como ultrassecretas (art.35 §1º III); e de 100 anos para documentos sigilosos em razão da proteção da intimidade, vida privada, honra e imagem das pessoas e (art. 31, §1º, I).

Estabelece, ainda, que não cabe qualquer restrição ao acesso a informações ou documentos que versem sobre condutas que impli-

7. A lei também revogou a Lei 11.111/05. Estas previsões legais, revogadas pela Lei de Acesso a Informações, são objeto de questionamento no Supremo Tribunal Federal na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI 4077), Relatora: Ministra Ellen Gracie. Para maiores informações e acompanhamento processual, consultar: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/ver ProcessoAndamento.asp?incidente=2618912>>. Ver também: Inês Virginia Prado Soares. Acesso a Documentação Governamental e Direito à Memória e à Verdade: Análise do Projeto de Lei, Revista Internacional de Direito e Cidadania, n. 4, jun. 2009, p. 55-61.

quem violação dos direitos humanos praticada por agentes públicos ou a mando de autoridades públicas (art.21 §1º). E também de que a restrição de acesso à informação relativa à vida privada, honra e imagem de pessoa não poderá ser invocada com o intuito de prejudicar processo de apuração de irregularidades em que o titular das informações estiver envolvido, bem como em ações voltadas para a recuperação de fatos históricos de maior relevância (art. 31 § 4º).

Apesar dos avanços dessa legislação, alguns dispositivos precisarão de uma interpretação atenta pela doutrina e jurisprudência para que o direito à informação seja efetivo. Nesse sentido, os artigos que dispõem sobre tratamento e classificação de informações sigilosas (arts. 24 e 35) merecem atenção. O artigo 31 pode permitir, a depender do intérprete, uma valorização dos direitos à privacidade e intimidade, mesmo quando há interesse público⁸. E o artigo 24 impõe um tempo demasiadamente longo para desclassificação de informações cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado. O parágrafo único do art. 28 traz a estranha previsão de que a decisão sobre a classificação da informação será mantida no mesmo grau de sigilo da informação classificada⁹.

São esses alguns pontos iniciais sobre o tratamento da Verdade, acesso à informação e bens culturais incorporados internamente pelo Brasil e com implicação direta nos acervos da ditadura. No próximo tópico, avançaremos no breve panorama do suporte normativo global e local como ferramenta ou base teórico-jurídica para trabalhar a violência da ditadura como legado cultural.

3.3 Normas de direitos culturais e legado de violência

Os direitos culturais e sua proteção integram o rol de direitos humanos, desde a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 em seu artigo 27¹⁰.

8. Nesse sentido, ver: Claudio Chequer, A liberdade de expressão como direito fundamental preferencial *prima facie*: (análise crítica e proposta de revisão ao padrão jurisprudencial brasileiro), Lumen Juris, 2011.

9. Disponível em: <<http://pfdc.pgr.mpf.gov.br/temas-de-atuacao/direito-a-memoria-e-a-verdade/atuacao-do-mpf/nota-tecnica-sobre-o-pl-41-2010>>. Acesso em: 11 dez. 2011.

10. I) Todo o homem tem o direito de participar livremente da vida cultural da comunidade, de fruir as artes e de participar do progresso científico e de fruir de seus benefícios.

O Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais-PIDESC e o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos-PIDCP, adotados simultaneamente em 1966, também tem incluídas cláusulas que fazem referência a direitos culturais.

Os direitos culturais são também reconhecidos em instrumentos regionais de direitos humanos. Nesse sentido, a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, de 1948, que antecede a Declaração Universal dos Direitos Humanos por alguns meses, antecipou a formulação de instrumentos – em matéria de direitos humanos – envolvendo os direitos culturais, prevendo, em seu artigo XIII, que “Toda pessoa tem o direito de participar da vida cultural da comunidade...”. O Protocolo de San Salvador (Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais), de 1988, contém uma disposição dedicada ao “direito aos benefícios da cultura” (artigo 14), semelhante ao artigo 15 do Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais.

Outros tratados de direitos humanos universais consagraram os direitos de grupos específicos ou categorias de pessoas também fazendo referência aos direitos culturais. O que há de comum em todas as normas citadas, é o tratamento dos direitos culturais como direitos humanos que englobam os direitos à subjetividade e personalidade também os direitos à identidade cultural e à memória coletiva. Estes direitos são, no dizer de Bernardo Novais da Mata-Machado, “aquilo que é devido aos povos, ou seja, possuir uma história própria, decidir sobre seu destino e defender sua autonomia e seus valores”¹¹ (MATA-MACHADO, 2007).

Andreas Huyssen, ao tratar das relações entre memória e direitos culturais, nos alerta para o fato de ser “impossível manter uma discussão significativa sobre os direitos culturais sem considerar os direitos sociais e políticos dos indivíduos.” E, indo além, afirma que “a cultura não deve ser separada dos direitos da pessoa ou dos direitos de cidadania”, reforçando, assim, a necessidade de proteção e promoção de seu exercício (2004, p. 209).

II) Todo o homem tem direito à proteção dos interesses morais e materiais decorrentes de qualquer produção científica, literária ou artística da qual seja autor.

11. Disponível em: <<http://centrodepesquisaeformacao.secsp.org.br/issuu/NjI0NjgyOS80MjAyOTE1>>. Acesso em: 4 nov. 2014.

No plano local, desde os anos trinta, as Constituições brasileiras (mesmo as não democráticas) veiculam normas de proteção à cultura e ao patrimônio cultural.

A promulgação da Constituição de 1988 ocorre após a submissão da sociedade a um regime autoritário (1964-1985) e, na visão dos juristas brasileiros, significa um marco na cultura jurídica nacional, já que as anteriores não tinham força normativa, valendo menos que as normas infraconstitucionais (SARMENTO, 2009).

Desse modo, a Constituição atual estabelece um traço cultural democrático e apresenta elementos que proporcionam a redefinição da cidadania para a tutela dos bens culturais, dentre os quais, pode-se ressaltar: a) a ampliação do rol de legitimados ativos para a gestão e manejo dos bens culturais; b) a valorização dos bens culturais a partir do significado que tenham e de sua referência para a comunidade; c) a afirmação da gestão participativa da sociedade nos assuntos relativos ao patrimônio cultural; e d) a previsão de instrumentos para proteção de bens culturais (art. 216 § 1º), dando *status* constitucional aos instrumentos nominados, como, por exemplo, o tombamento, já previsto há décadas nas legislações infraconstitucionais.

Nesse panorama local e global, nota-se uma forte tendência de conferir especial atenção ao direito de participação popular nos processos decisórios culturais, inclusive para a formação do acervo cultural sobre fatos do cotidiano, dentre estes, os acontecimentos de grave violação dos direitos humanos que tenham afetado a normalidade da vida.

Em 2009, uma iniciativa do Conselho de Direitos Humanos da ONU traria impacto no tema da Memória e Verdade: a criação do Procedimento Especial chamado de *Perito Independente na Área dos Direitos Culturais*.

Nesse sentido, dois documentos recentes, produzidos em agosto de 2013 e janeiro de 2014)¹² por Farida Shaheed, que foi *Perita Independente na Área dos Direitos Culturais* da ONU de 2009 a 2015, dedicaram-se à necessidade de (re)posicionamento e proteção da memória coletiva em sociedades que passaram por situações

12. Estes documentos estão disponíveis na página da ONU: Disponível: <<http://www.ohchr.org/EN/Issues/CulturalRights/Pages/AnnualReports.aspx>>. Acesso em: 22 set. 2014

traumáticas e violentas em passado recente: Informe sobre a escrita e o ensino da história (A/68/296), relacionado com livros didáticos sobre história como disciplina escolar, que foi aprovado na Assembleia Geral da ONU em outubro de 2013; e o Informe sobre os processos de memorialização (A/HRC/25/49), que trata dos memoriais e museus, particularmente museus de história, que foram aprovados pelo Conselho de Direitos Humanos da ONU em março de 2014.

No Informe do Relator Especial sobre a Promoção e Proteção do direito à liberdade de opinião e expressão¹³, de 2013, elaborado Frank La Rue, o argumento central é a ligação entre a liberdade de expressão e a verdade sobre todas as circunstâncias relacionadas às violações de direitos humanos, mesmo quando os crimes foram anistiados ou quando estão prescritos. O Relator destaca que a verdade integra o patrimônio histórico e explica ainda que:

O direito à verdade tem implicações em outros direitos; por exemplo, a) forma parte da reparação às vítimas e suas famílias e honra a memória das vítimas, b) é o primeiro passo na eliminação da impunidade, desde a perspectiva do direito à justiça e à reparação, c) integra o conjunto de medidas de garantia de não repetição, d) é imprescindível para o indivíduo e para a recuperação da saúde mental e social, e) forma parte da reconstrução da rede social de relações, existência pacífica e reconciliação e f) é também parte do patrimônio histórico da nação e, por conseguinte, pode ser objeto de investigação acadêmica e de jornalismo investigativo. Só as pessoas que têm direito a reconhecer plenamente seu passado podem ser verdadeiramente livres para decidir seu futuro.¹⁴

Os documentos da ONU chegaram no cenário brasileiro num momento em que a discussão sobre a necessidade de recordar as práticas nefastas da ditadura já estava relativamente amadurecida. Tanto é assim, que o Brasil aprovou, em 2010, após amplo e intenso

13. A/68/362, Informe do Relator Especial sobre a promoção e proteção do direito a liberdade de opinião e de expressão, de autoria de Frank La Rue. Documento apresentado na Assembleia Geral da ONU em 4 de setembro de 2013.

14. A/68/362, Informe do Relator Especial..., ob. Cit, Parágrafo 36. Tradução livre da autora.

debate com a sociedade, três diretrizes sobre Direito à Memória e Verdade por meio do III Programa Nacional de Direitos Humanos - PNDH3: reconhecimento da memória e da verdade como Direitos Humanos da cidadania e dever do Estado; preservação da memória histórica e de construção pública da verdade sobre períodos autoritários; e modernização da legislação relacionada com a promoção do direito à memória e à verdade, fortalecendo a democracia.¹⁵

O amadurecimento na percepção da necessidade de adoção de medidas para recordar as atrocidades da ditadura se contrapõem à incipiente discussão sobre como e o que fazer. Como implementar uma política pública cultural voltada à memória coletiva da violência do regime autoritário?

E nessa arena, o tema dos acervos sobre as graves violações aos direitos humanos desse período começa a ganhar consistência, assim como as ações (oficiais e não oficiais) de sua divulgação sistematizada, na rede mundial de computadores.

3.4 Perspectivas para uma gestão virtual

Chegamos ao ponto que queremos destacar nesse trabalho: a tendência ao amplo uso das Tecnologias da Informação – TI, gestão e manuseio dos arquivos sobre a ditadura. Nesse esteio, os arquivos digitais e sua disponibilização nas redes virtuais são, ao mesmo tempo, uma necessidade e uma realidade. Como nos arquivos em suportes de papel, no âmbito do governo federal, a gestão dos arquivos digitais também cabe ao CONARQ. Este Conselho aprovou, em 2004, uma Carta que dá as diretrizes para o tratamento do tema¹⁶. No documento, é destacado que “o desafio da preservação dos

15. Dentre os objetivos estratégicos do Programa foram inseridas ações para disponibilizar linhas de financiamento para criação de centros de memória e a criação e manutenção de museus, memoriais e centros de documentação. Outros objetivos foram igualmente desenhados: criar comissão específica para reconstruir a história da repressão; identificar e sinalizar locais públicos que serviram à repressão; apoiar a criação de observatórios; e desenvolver ações educativas sobre o regime de 1964-1985.

16. Conforme Carta de Preservação do Patrimônio do Arquivo Digital da CONARQ. Disponível em: <http://www.conarq.gov.br/images/publicacoes_textos/Carta_preservacao.pdf>. Acesso em: 31 out. 2016.

documentos arquivísticos digitais está em garantir o acesso contínuo a seus conteúdos e funcionalidades, por meio de recursos tecnológicos disponíveis à época em que ocorrer a sua utilização” (CONARQ, 2004).

Ainda segundo a Carta do CONARQ, para essa preservação, a garantia de que os documentos permaneçam disponíveis, recuperáveis e compreensíveis pelo tempo que se fizer necessário está ligada a ações arquivísticas incorporadas em todo o ciclo de vida de um arquivo, desde a etapa anterior à sua criação, incluindo as fases de planejamento e concepção de sistemas eletrônicos, com a finalidade de que os registros não se percam nem sejam adulterados até o franqueamento ao público (CONARQ, 2004).

A Carta do CONARQ acompanha a Carta sobre a Preservação do Patrimônio Digital da Unesco, publicada em 2003¹⁷. Este documento reflete a preocupação mundial com o patrimônio digital, pela sua maior exposição ao perigo, pela fragilidade de seu conteúdo – que pode ser perdido em decorrência da rápida obsolescência dos equipamentos e programas informáticos que lhe dão vida – somado às incertezas existentes em torno dos recursos, da responsabilidade e dos métodos para sua manutenção e conservação e à falta de legislação que ampare estes processos.¹⁸

O artigo 2 da mesma Carta diz que o objetivo da conservação desse patrimônio é que o mesmo seja acessível ao público. Ainda no mesmo documento, o artigo 9 destaca que, por definição, o patrimônio digital não está sujeito a limites temporais, geográficos, culturais ou de formato. Ainda que seja próprio de uma cultura, qualquer pessoa do mundo é um usuário em potencial.

Em 2012, é divulgada a Declaração Unesco/Ubc Vancouver, resultado da Conferência Internacional “A Memória do Mundo na Era Digital: Digitalização e Preservação”, promovida pela Unesco, no Canadá. Nessa Declaração, são apresentados os pontos de acordo

17. A Carta da UNESCO parte de dois pressupostos: de que o desaparecimento de qualquer forma de patrimônio empobrece o acervo de todas as nações e de que os recursos de informação e expressão criativa se elaboram, distribuem, utilizam e conservam cada vez mais na forma eletrônica e que isso dá lugar a um novo tipo de legado: o patrimônio digital.

18. Art. 3 da Carta da UNESCO em análise.

entre os participantes da Conferência, destacando o acesso digital como forma de garantir o exercício dos direitos buscar, receber e comunicar informação e a digitalização como meio de proteger documentos e garantir-lhes a sobrevivência.

Os documentos mencionados já dão o viés a ser seguido no uso das Tecnologias da Informação para o tema arquivístico. Não cabe pensar na tecnologia como mera digitalização de dados e documentos que integram um arquivo, mas sim como aporte que garanta a amplitude na definição técnica do objeto da informação e permita a facilitação dos meios de acesso aos dados e documentos dos arquivos, até em situações nas quais parte da informação deva ser excluída do acesso e o remanescente necessite continuar acessível.

Veremos, a seguir, algumas iniciativas brasileiras no campo do acesso digital a acervos da ditadura.

3.5 Rede mundial de computadores: o mundo virtual para contar o que não se deve esquecer

Na tarefa de realizar um elo substancial entre passado e futuro, a organização documental é uma das relevantes formas de alcançar a verdade, reparar simbolicamente as vítimas e preservar a memória. É também um modo de tratar e proteger a violência sob a perspectiva de seu valor cultural, o qual qualifica e enriquece a memória, a identidade e a ação da sociedade brasileira no passado recente da ditadura (para usar o termo da Constituição quando se refere aos bens que podem integrar o patrimônio cultural brasileiro, no art. 216, caput).

Mas, como visto, não se pode falar em gestão, proteção e abertura de acervos sobre a ditadura sem um olhar atento para o uso das Tecnologias da Informação (TI), já que, nos dias atuais, é praticamente impensável projetos de documentação exitosos sem um aporte tecnológico eficiente e seguro. O uso das TI é predominantemente para ações de digitalização e salvaguarda de documentos e disponibilização do acervo na rede mundial de computadores-internet. Essas ações são relevantes para a promoção da verdade e também para

a tarefa de recordar, principalmente porque permitem uma multiplicação das informações com grande velocidade.

No âmbito do Governo Federal, desde a década de 90 vem sendo promovida a abertura de vários arquivos do período, os quais foram encaminhados ao Arquivo Nacional, sistematizados e digitalizados e, atualmente, podem ser consultados pelo público. Dentre os arquivos que foram digitalizados, estão os dos extintos Serviço Nacional de Informações, Conselho de Segurança Nacional e Comissão Geral de Investigações, além dos arquivos do Departamento de Polícia Federal, do Gabinete de Segurança Institucional e de outros órgãos públicos.

Esses acervos foram incorporados ao Centro de Referência das Lutas Políticas no Brasil¹⁹, concebido juntamente com o projeto Memórias Reveladas²⁰, no ano de 2009, constituindo das iniciativas oficiais mais relevantes para acessibilidade de arquivos e documentação sobre a ditadura. Com objetivo de se tornar um espaço de convergência e difusão de documentos ou informações produzidos ou acumulados sobre a ditadura militar, este projeto foi implantado no Arquivo Nacional²¹ constituído atualmente por mais de 16.600.000 páginas de documentos, correspondentes a cerca de 1.400 metros lineares de documentos textuais, 220 mil microfichas e 110 rolos de microfilmes²².

Em 2011, este acervo documental foi apresentado pelo Brasil à Unesco sob o título “Rede de informações e Contrainformação do

19. Mais informações disponíveis em: <http://pfdc.pgr.mpf.gov.br/institucional/grupos-de-trabalho/direito-a-memoria-e-a-verdade/temas-de-atuacao/direito-a-memoria-e-a-verdade/documentos-tecnicos-de-outros-orgaos/oficio_sn.2011_arquivonacional_mj>. Acesso em: 21 set. 2011.

20. Maiores detalhes sobre o Centro de Referência das Lutas Políticas no Brasil e o “Memórias Reveladas” em: <http://www.memoriasreveladas.arquivonacional.gov.br/cgi/cgilua.exe/sys/start.htm?sid=43>.

21. Na época da implantação o Arquivo Nacional era ligado à Casa Civil da Presidência da República e foi este órgão que institucionalizou o projeto. Mas por força do Decreto n. 7.430, o Arquivo Nacional passou a integrar a estrutura básica do Ministério da Justiça.

22. “O *Memórias Reveladas* não possui acervo próprio, mas “tem se configurado como importante veículo de debate sobre a padronização das políticas de acesso a documentos e informações no Brasil”. In: Ofício do Diretor-Geral do Arquivo Nacional e Coordenador do Memórias Reveladas enviado para o MPF, citado na nota de rodapé 24.

Regime Militar no Brasil (1964-1985)”, como candidato a concorrer ao título de Patrimônio Documental da Humanidade e ser registrado no Programa Memória do Mundo²³. Em maio de 2011 a candidatura foi aprovada pelo Comitê Consultivo Internacional do Programa²⁴.

A apresentação da candidatura brasileira traz palavras de renomados especialistas que ressaltam a importância desse acervo para compreensão da recente história brasileira, especialmente da repressão do Estado e da resistência à ditadura. Para Paulo Sérgio Pinheiro, o acervo tem um caráter pedagógico e uma significação de relevância mundial, já que o “Brasil é de todos os países latino-americanos que sofreram ditaduras no período, aquele cujo acervo governamental foi mais preservado e, dada a política internacional então exercida, é visível nos documentos a articulação repressiva que estabeleceu com outras nações da América do Sul.”²⁵

No portal do *Memórias Reveladas*, disponibilizado na internet, há um banco de dados que “proporciona um panorama do acervo disponível à consulta em diferentes pontos do país e permite acompanhar a inventariação das fontes documentais”. Na apresentação do banco de dados no site, nota-se que as ferramentas tecnológicas são parte fundamental para se alcançar os fins desse projeto.²⁶

O mesmo se pode afirmar do Brasil Nunca Mais Digital - BNM-Digital, projeto coordenado pelo Ministério Público Federal e as entidades Armazém Memória, Instituto de Políticas Relacionais, Arquivo Público do Estado de São Paulo e Conselho Mundial de Igrejas, a partir de 2011 e lançado em 2013 que “traz para a era virtual o acervo do histórico Brasil: Nunca Mais-BNM, desenvolvido entre os anos 1979 e 1985 pelo Conselho Mundial de Igrejas e a

23. Para melhor compreensão do programa Memória do Mundo (MoW – Memory of the World) ver: <<http://www.portalan.arquivonacional.gov.br/Media/Diretrizes%20para%20a%20salvaguarda%20do%20patrim%C3%B4nio%20documental.pdf>>. Acesso em: 19 set. 2011.

24. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.gov.br/2011/06/10-jun-2011-memoria-do-mundo-vitoria-da-candidatura-do-brasil>>. Acesso em: 11 ago. 2011.

25. Documento de Candidatura do acervo “Rede de informações e Contrainformação do Regime Militar no Brasil (1964-1985)” apresentado à UNESCO, Arquivo Nacional-Casa Civil da Presidência da República, p. 17.

26. Disponível em: <<http://www.an.gov.br/mr/Seguranca/Principal.asp>>. Acesso em: 3 out. 2016.

Arquidiocese de São Paulo”. O seu mais exitoso produto foi o livro homônimo, publicado em 1985. No entanto, essa obra refletiu a sistematização de pequena parte do material colhido, já que o acervo do projeto BNM original era formado por mais de 1 milhão de cópias em papel e 543 rolos de microfimes extraídos de 707 processos judiciais do Superior Tribunal Militar (STM).

Com o projeto na versão digital, implementou-se a digitalização do restante dos documentos do projeto original, bem como cerca de 4 mil documentos do Conselho Mundial de Igrejas (CMI), relacionados com o financiamento do projeto e com o momento histórico em que o projeto se desenvolvia. Foi, assim, disponibilizado na internet um valioso material a ser pesquisado.²⁷

O projeto contou com diversas etapas no ramo da Tecnologia da Informação (TI): obtenção de cópia dos microfimes; digitalização; verificação e organização dos arquivos digitalizados quanto à qualidade e integralidade; classificação das imagens danificadas quanto à relevância jurídica ou histórica; tratamento digital; obtenção de cópia e digitalização do acervo do Conselho Mundial de Igrejas; indexação de processos; reunião de acervos; criação do site; e hospedagem e manutenção do site.

Se os primeiros anos do BNM foram de clandestinidade, atualmente, com o BNM-Digital, tem-se um projeto dotado de institucionalidade e com forte amparo dos órgãos e agentes públicos.²⁸ Certamente, a incorporação do BNM ao espaço institucional demonstra sua importância e atualidade.

Como a finalidade do projeto é divulgar as atrocidades e recordar o sofrimento das vítimas com o objetivo de promover a superação dos legados da ditadura na sociedade brasileira, a privacidade não foi aventada como empecilho ou elemento restritivo para divulgação do sofrimento dos presos, possivelmente porque os discursos das vítimas retratavam a situação de muitos, como na reflexão de Ginzburg: “consciente de não ser o único sujeito à tortura, a voz do torturado apresenta a dor dos outros no interior do processo narrativo em que expõe a sua, suprimindo a fronteira entre ele e os outros à sua volta, que com ele partilham o terror” (2010, p. 147-148). Porém,

27. Disponível em: <<http://bnmdigital.mpf.mp.br/#!/bnm-digital>>. Acesso em: 4 nov. 2014.

28. Disponível em: <<http://www.prr3.mpf.mp.br/ditadura-militar-noticias/940-lancado-site-do-brasil-nunca-mais-digital>>. Acesso em: 17 ago. 2013.

isso não significa que cada vítima não tenha direito à privacidade e não possa exercer, livremente, esse direito em espaços públicos, resguardando informações e detalhes que considera que não precisam ou não devem ser revelados.

Isso se afirma, uma vez que a experiência da tortura “não é passível de pronta elaboração no plano das diferentes linguagens, pois a própria condição humana é colocada em xeque diante desses acontecimentos. Essa situação torna-se ainda mais paradoxal porque esses momentos extremos são tão difíceis de lembrar quanto de simplesmente esquecer, impossibilitando a mera recusa, pela negação, de um passado indesejado.” Por isso, embora não se tenha notícia de qualquer reclamação ou pedido de vítimas para preservação de sua intimidade no BNM Digital, no Memórias Reveladas ou nos depoimentos dos ex-presos políticos e familiares de desaparecidos nas diversas Comissões, é importante destacar a necessidade de que os pesquisadores e os defensores de direitos humanos fiquem atentos para o resguardo da privacidade das vítimas de violência em ambientes virtuais.

O que queremos destacar é que o processo de cicatrização das feridas e de reelaboração do sofrimento pode exigir um tempo diferente do tempo da internet. E não há espaço para experimento ou erro quando se trabalha com memórias da violência.

Ao mesmo tempo, o potencial informativo desses acervos virtuais, bem como o alcance de acesso na rede mundial de computadores, atualiza o debate e expõe as tarefas não cumpridas depois da transição e mesmo agora, durante o regime democrático. Se com a publicação do BNM original, em uma época ainda não digital, já foi possível revelar ao mundo as torturas praticadas, apresentando extensa lista de algozes, de torturadores e cúmplices das práticas mais nefastas, o que pensar quando do acesso público digital integral a uma infinidade de acervos? Já naquele momento, foi possível saber, por exemplo, que estas pessoas ocupavam, na democracia, cargos públicos importantes.²⁹ (MAZAROBBA, 2006, p. 73). Foi também com base na lista divulgada pelo BNM, que o movimento de vítimas

29. Referimo-nos aos casos de Embaixador do Paraguai, de adido militar da embaixada brasileira em Montevideu ou de conselheiro militar junto à Prefeitura de São Paulo. Já o adido militar na Embaixada do Brasil em Londres, o coronel Armando Avólio Filho, foi retirado de seu cargo. Mas não houve nenhum expurgo definitivo de funcionários públicos em razão das torturas que cometeram.

e familiares conseguiu emblemática cassação do registro profissional de médicos que colaboraram com as torturas.³⁰

Atualmente, com acesso às informações pelo BNM Digital, as pesquisas se potencializam ao alcance de uma infinidade de dados e interessados, que podem, por exemplo, auxiliar no descobrimento de que os torturadores recebem soldos e pensões do Estado; que alguns guardam condecorações pelos serviços prestados durante o regime ditatorial; que outros seguem homenageados como nome de ruas, praças, espaços em prédios públicos e até como nome de cidade.³¹

A Comissão de Anistia, órgão criado pela Lei 10.559/2002 com atribuição de apreciar requerimentos de perseguidos políticos, é atual produtora e guardiã do maior acervo em primeira pessoa sobre as violações da ditadura, com mais de 70 mil requerimentos protocolados. Embora ainda não tenha disponibilizado ao acesso público todo seu material, vem implementando algumas ações na seara do acesso digital. Foi nesse caminho que desenvolveu o projeto Acervo Virtual da Anistia, “idealizado como uma ferramenta pedagógica de educação e de conhecimento pela memória, para o desenvolvimento da cidadania e o fortalecimento da democracia no Brasil, bem como para que as novas gerações aprendam com seu passado.”³² O projeto, lançado em 2015, dá acesso, por exemplo, à vasta documentação sobre tribunais internacionais de defesa dos direitos humanos, que registra o esforço de quem denunciou a tortura e as graves violações de direitos humanos no Brasil e na América Latina, entre os anos de 1970 e 1990, em mais de 40 mil páginas de documentos, reunida pelo senador italiano Lelio Basso foi entregue à Comissão de Anistia

30. O caso mais emblemático é do médico Amílcar Lobo Moreira da Silva, cassado pelo Conselho Regional de Medicina do Rio de Janeiro em 1988 (cassação confirmada pelo Conselho Federal em 1989). E, em 2013, durante uma sessão da Comissão Estadual da Verdade do Rio de Janeiro, a viúva deste médico cassado pediu desculpas a um ex-preso que prestava seu testemunho e que relatava as atrocidades sofridas.

31. Referimo-nos a Curionópolis, cidade cujo nome é uma homenagem a um dos mais emblemáticos torturadores: Sebastião Curió.

32. “É parte das ações educativas ligadas ao Projeto Marcas da Memória da Comissão da Anistia e foi realizado através de convênio celebrado com o Ministério da Justiça pelo Instituto de Políticas Relacionais em parceria com o Armazém Memória.” Conteúdo na íntegra disponível em: <<http://memorialanistia.org.br/acervo-disponivel/>>. Acesso em: 3 out. 2016.

pela Fondazione Lelio e Lisli Basso Issoco e em breve será disponibilizada no sistema de busca do site.³³

Há também como acessar um vasto acervo com registros fotográficos dos trabalhos da Comissão, em especial das Caravanas, além de boletins e relatórios de atuação da Comissão de Anistia e publicações temáticas, em atenção à produção de uma memória atual institucional. Realiza esse trabalho em rede, disponibilizando documentação sobre o processo de Anistia realizado em 1979, desde o Arquivo Nacional, Arquivo Público do Estado do Rio de Janeiro, Arquivo Edgard Leuenrout, Arquivo Ana Lagoa, e os já citados Fondazione Lelio e Lisli Basso Issoco, que aportaram fundos e coleções sob sua guarda referente ao tema, além de conteúdos da própria CA e do Armazém Memória.³⁴

Outra política do órgão, em 2015, foi lançado o Laboratório de Tecnologia em Memória e Direitos Humanos (Lab-MDH), “para a produção de pesquisas e conhecimento nas áreas de memória e direitos humanos, que contribuam para o fortalecimento da memória coletiva no Brasil e de prevenção a violações de direitos humanos.”³⁵ Desenvolvido desde 2014 na esteira da colaboração técnica da Rede Nacional de Laboratórios contra Lavagem de Dinheiro (REDE-LAB), trata-se de uma plataforma para “coleta, tratamento, armazenamento e análise de dados”, tendo como objetivos:

- i) oferecimento de auxílio tecnológico para o desenvolvimento de pesquisas, nas áreas de memória e direitos humanos (ou campos correlatos), que requeiram ferramentas sofisticadas de análise de dados quantitativos; ii) constituição de

33. Reunidas na Série Anistia no Brasil 1978-1979 e nos fundos Tribunal Russel II, realizado entre 1972-1976 e Tribunal Permanente dos Povos, com documentação de julgamentos dos anos 1981, 1990, 1991 e 1999. Segundo informações do site Memória Virtual, de 03/10/2016, a CA aguarda liberação do material indexado pela Fundação.

34. O acervo do Memorial da Anistia está disponível na internet por meio da tecnologia DOCPRO e, para melhor aproveitá-la em suas pesquisas, veja orientações abaixo. Disponível em: <<http://memorialanistia.org.br/acervo-disponivel/>>. Acesso em 22 out. 2016.

35. Mais detalhes no document da CA disponível em: <http://www.justica.gov.br/Acesso/selecao-e-concursos/selecoes-e-concursos/comissao-de-anistia/comissao-de-anistia-projeto-de-cooperacao-tecnica-bra-08-021-abertura-de-prazo-de-inscricoes-para-consultoria-lab-2013mdh_-_inscricoes-ate-17-de-janeiro-de-2016/tor-consultores-lab-final-com-valores.pdf>. Acesso em: 3 out. 2016.

um Banco de Dados Público, funcionando como um núcleo de agregação e qualificação de informações sobre memória e direitos humanos; e iii) incentivo à produção e à divulgação de conhecimento nos temas memória e direitos humanos e nas áreas de ciências sociais e humanas.

Outro acervo valioso e bastante aguardado é o da Comissão Nacional da Verdade, criada pela Lei 12.528/2011 e instituída em 16 de maio de 2012, e cujo relatório Final foi entregue e publicizado em 10 de dezembro de 2014. Seu acervo acumula milhares de informações colhidas em documentos, depoimentos, testemunhos, fotografias, vídeos, laudos, livros, dentre outros, além de ricos registros de perícias e audiências realizadas, e documentos de outras comissões da verdade e também de outros países, como Argentina, Uruguai, Chile, Estados Unidos e Alemanha.³⁶ Também há grande diversidade temática capaz de dar suporte a pesquisas e investigações em diversos campos: indígenas, camponeses, empresas, colaboradores e etc.

Recolhido para guarda permanente no Arquivo Nacional, é interessante notar que, apesar de estreita pertinência temática, o acervo produzido pela Comissão Nacional da Verdade não integra o banco de dados do Memórias Reveladas, estando acessível na base de dados SIAN.³⁷

Esse tipo de política pública, além de cumprir com os deveres do Estado de transparência, acesso à informação pública, garantia de memória e de preservação do patrimônio cultural, também permite que a sociedade, nos diversos tempos e espaços, confronte registros públicos tidos como “oficiais” com testemunhos, relatos e defesas a partir de outras vozes, para reconstruir e ressignificar a partir de sua percepção as experiências de seu passado.

Continuaremos a seguir com as potencialidades de outros acervos da ditadura ainda não disponibilizados digitalmente, buscando apontar sua riqueza e relevância para o direito à verdade, a memória e patrimônio cultural.

36. Mais informações em: <<http://www.cnv.gov.br/institucional-acesso-informacao/acervo.html>>.

37. Ver em: <http://www.an.gov.br/sian/inicial.asp>. Acesso em: 20 out. 2016.

3.6 Outros acervos digitais possíveis

Ao longo das últimas décadas o Brasil instaurou diversas comissões para apurar as violações praticadas durante a ditadura: Comissão Especial sobre Mortos e Desaparecidos Políticos (de 1995), Comissão de Anistia (de 2002), Comissão Nacional da Verdade (2012), além de comissões da verdade estaduais, municipais, legislativas e setoriais. Além dessas, outros acervos são constantemente formados: judiciário, organizações não governamentais, coletivos da sociedade civil e particulares. Isso, é possível afirmar, em nível nacional e internacional. São assim, infinitas as potencialidades de reconstrução da história a partir de registros documentais e multimídias.

Um exemplo já citado, a Comissão de Anistia do Ministério da Justiça, com acervo acumulado em 15 anos de atuação composto por 70 mil processos, acervo multimídia, declarações de sobreviventes e familiares de vítimas, colhidos também em razão das mais de 90 Caravanas da Anistia que percorreram quase todos os Estados do Brasil, ainda não disponibilizou o acesso direto e integral pela internet.

As sessões públicas de julgamento e as publicações já produzidas pela Comissão já indicam a riqueza do conteúdo de sua coleção, onde é possível reconhecer lampejos da essência do seu acervo e o que nos espera quando de sua disponibilização. Há relatos detalhados sobre sistemáticas perseguições a grupos e classes de trabalhadores nas cidades e no campo, sobre os sistemas de inteligência instalados nas universidades e entre o operariado, táticas de clandestinidade e resistência, vida no exílio, violências praticadas contra crianças, e uma série de informações sobre sessões de tortura, dentre tantas outras situações. Mesmo havendo uma política de acesso para pesquisadores, esta é restritiva e burocratizada, além de ser *in loco*, deixando toda essa gama de informações de interesse público fora do alcance da sociedade em geral.³⁸

No caso do projeto Brasil Nunca Mais, seu original deu ampla divulgação aos casos mais relevantes de tortura, sendo inegável seu redimensionamento com o BNM Digital. Porém, ainda hoje há

38. MANUAL DE PROCEDIMENTOS PARA ACESSO AO ACERVO DA COMISSÃO DE ANISTIA. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/arquivo_artigo/art20120522-01.pdf>.

dificuldades para acessar os áudios e acervos relativos aos julgamentos do Superior Tribunal Militar – STM no período da ditadura³⁹.

Apontamos, ainda, para a necessidade de uma política pública de localização, recuperação, tratamento e disponibilização de mais arquivos da ditadura que porventura e certamente se encontram dispersos pelo país a fora e também no exterior, sejam eles públicos ou privados. A despeito dessa questão, lembramos quatro recentes achados de acervos da ditadura, frutos do acaso.

O primeiro caso que destacamos se deu no ano de 2007, quando foi encontrado em uma casa abandonada no meio de uma fazenda em Jaborandi, interior de São Paulo, um baú com documentos da ditadura. Essa propriedade pertencera ao ex-delegado do Dops, falecido em 2005, Tácito Pinheiro Machado, algoz reconhecido por vítimas, citado como tal no projeto Brasil Nunca Mais e no Relatório final da Comissão Nacional da Verdade.

No total, foram descobertas ali 110 fichas de perseguidos políticos, bem como boletins culturais censurados, um manual de subversão e contrassubversão que ensinava policiais a identificar os comunistas e envelopes classificados como “secreto”, “confidencial” e “reservado” de ministérios, embaixadas, universidades e igrejas enviadas a um outro delegado do Dops, Alcides Cintra Bueno. Esse

39. Uma decisão do Supremo Tribunal Federal - STF (Segunda Turma do STF nos autos do RMS 23.036/RJ), datada de 28/03/2006, garantiu o direito de acesso aos arquivos de áudio das sessões do STM para fins de elaboração de um livro. O STM não cumpriu integralmente a decisão do STF e deu acesso apenas às sessões públicas. O caso foi novamente a julgamento (Reclamação-RCL nº 11.949, Relatora Ministra Carmen Lúcia) e a posição do Ministério Público Federal - MPF foi de que o acesso deve ser a todas as gravações daquela Corte, inclusive às discussões consideradas secretas. Até outubro de 2016 não havia decisão definitiva neste caso, mas a jurisprudência do STF é no sentido de garantir o direito de acesso a documentos sigilosos para pesquisas acadêmicas. Em outubro de 2014, o órgão assinou um termo de cooperação com o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) e com o Instituto dos Advogados Brasileiros (IAB) para realização do projeto Vozes da Defesa. O projeto visa disponibilizar, em mídia digital, as gravações das sessões secretas por força da Lei de Segurança Nacional no STM na época da ditadura. Em março de 2015, foi inaugurada a exposição “Vozes da Defesa”, que trouxe a público áudios de sustentações orais feitas no Plenário do Tribunal, com base na Lei de Segurança Nacional entre 1976 e 1980. Conforme informação disponível em: <<http://www.stm.jus.br/informacao/agencia-denoticias/item/4234-exposicao-vozes-da-defesa-homenageara-advogados-que-atuaram-no-stm-durante-o-regime-militar>>. Acesso em: 31 out. 2016.

material ficou escondido por décadas e só fora encontrado dois anos após a morte de Pinheiro Machado.

Em 2010, outro achado se deu na cidade de Santos, São Paulo. Em uma sala quase inutilizada de uma delegacia de polícia foram localizadas inúmeras caixas de documentos originais da ditadura, em estado de abandono e sem nenhum tratamento. Há relatos de que no acervo foram encontrados registros inéditos como foto do Capitão Lamarca e registros de Carlos Marighella. Houve recomendação do Ministério Público Federal em 2012 dirigida ao Arquivo Público do Estado de São Paulo, para preservação correta de acervos referentes ao período da ditadura. O acervo foi tratado, digitalizado e disponibilizado pelo Arquivo Público do Estado de São Paulo no site “Memória Política e Resistência”.

Um terceiro achado recente muito emblemático que merece destaque é descoberta de documentos que, de certo modo, desvendaram o desaparecimento e assassinato de Rubens Paiva, servindo de prova documental na ação penal proposta pelo Ministério Público Federal para punição de agentes que participaram desse crime.

O esclarecimento do assassinato de Rubens Paiva, morto em janeiro de 1971 nas dependências do Destacamento de Operações de Informações (DOI) do I Exército, na Tijuca, Rio de Janeiro, ocorreu após as mortes de dois agentes da ditadura, que guardaram documentos oficiais em suas casas, por cerca de trinta anos: a morte do coronel reformado Molina Dias, assassinado em Porto Alegre, em 2012; e a do coronel Paulo Malhões, também assassinado no Rio de Janeiro, em 2014.

Os documentos encontrados pela Polícia na residência de Molina Dias foram entregues à CNV e comprovaram que Rubens Paiva passou pelo DOI-Codi-RJ. A CNV deu continuidade às investigações e, em 2014, colheu oitiva de Malhões. No entanto, cerca de um mês depois, Malhões é assassinado. Na investigação deste homicídio, foram recolhidos outros documentos públicos em sua casa referentes à época da ditadura.

Por fim, no ano de 2013 foi localizado no Museu do Índio, na cidade do Rio de Janeiro, o Relatório Figueiredo, documento oficial originário de investigação ocorrida ainda durante a ditadura sobre

os desmandos, crimes e violações praticadas contra indígenas e tido como destruído em um incêndio ocorrido no Ministério da Agricultura em 1967. A descoberta do Relatório, composto por mais de 7 mil páginas, com 29 tomos dos 30 originais, representa imensa relevância para a historiografia das populações indígenas e a busca da verdade sobre mais uma face das violações praticadas durante a ditadura. O documento expõe crimes e crueldades praticadas no âmbito do Serviço de Proteção ao Índio - SPI, órgão que precedeu a Fundação Nacional do Índio - FUNAI, registrando, além da corrupção corrente no órgão, uma vergonhosa lista de violações praticadas contra as populações indígenas, desde assassinatos, prostituição de índias, sevícias, tortura, dilapidação de propriedades indígenas, dentre tantas outras.

O Relatório foi disponibilizado para consulta digital pelo Museu e pode ser acessado na rede mundial de computadores, em diversas páginas, dentre as quais, a do Ministério Público Federal.

Em todos esses exemplos, os documentos encontrados são de natureza pública, mesmo no caso dos acervos reunidos por Pinheiro Machado, Malhães e Molina Dias e encontrados em suas residências após suas mortes. Aqui surgem dois problemas. Um primeiro, pode ser apontado como o descaso do próprio Estado com seu acervo, ao manter por tantos anos arquivos largados em salas esquecidas na sua própria estrutura (caso do acervo de Santos e do Relatório Figueiredo), questão de difícil justificativa vez que a política nacional de arquivos públicos e privados no Brasil surge amparada na Constituição Federal de 1988 e ainda mais fortalecida em 1991, com a Lei 8.159.

O segundo problema, refere-se à retenção de documentos públicos por particulares. Aqui, tomamos o cuidado de ressaltar que, quando falamos em acervos particulares, nem sempre estamos nos referindo a dados e documentos de natureza privada. Muito pelo contrário. No caso da ditadura brasileira, agentes públicos (e até privados) com o fim do regime autoritário e ou ao saírem das repartições, levaram consigo documentos públicos, para eventual defesa ou por outra razão qualquer. Outra não pode ser a conclusão para os achados em posse de particulares.

Por isso, podemos destacar que os ditos acervos particulares da ditadura podem ser: de documentos públicos, retirados de modo irregular das repartições; ou formados a partir de dados, documen-

tos, informações colhidas ao logo do tempo por particulares (como é comum em relação à coleção de recortes de jornais e revistas, cartazes da época e diários). Certamente, as descobertas mais relevantes sobrecaem sobre os “baús privados” com documentos públicos, já que as coleções de documentos com documentos particulares geralmente são entregues voluntariamente (há uma vontade de divulgação e compartilhamento dessa memória reunida).

Uma tendência cada mais forte em relação aos acervos da ditadura, é a emergência de trabalhar campanhas de busca por arquivos. Citamos, nesse sentido, o aparecimento de acervos pessoais nas mãos exclusivas da imprensa, sempre que alguém morre delegando à família a entrega do material. Ainda que esta seja uma questão das mais delicadas, porque implica diretamente na discussão entre o direito de acesso a documentos privados de interesse público e o direito à intimidade e privacidade, vale como início de uma promissora e necessária reflexão sobre os atores mais legitimados/confiáveis para recebimento deste acervo. Nesse sentido, a discussão passa pela sensibilização dos possuidores dos acervos para perceberem os órgãos estatais como opções viáveis para entrega e guarda do arquivo privado.⁴⁰

É essencial, ainda, destacar os arquivos e documentos sigilosos, especialmente das Forças Armadas, produzidos e coletados no período da ditadura e que ainda permanecem no obscurantismo. Nesse esteio, é urgente que mudanças legislativas e corporativa (em especial das Forças Armadas, do Ministério da Defesa) permitam a abertura dos arquivos militares e exitosas interpretações judiciais que tratem as obrigações do Estado em relação às graves violações do regime anterior.

Suportes administrativo e legal para guarda desses arquivos já existem. A Lei 8.159, de 08 de janeiro de 1991, dispõe sobre a política

40. De certo que algumas iniciativas foram empenhadas neste sentido. Ainda em 2009, na ocasião do lançamento do “Projeto Memórias Reveladas: Centro de Referência das Lutas Políticas no Brasil”, o Governo Federal promoveu campanha “Para que nunca mais se esqueça. Para que nunca mais aconteça” para sensibilização de entrega de material referente à ditadura. Disponível em: <<http://www.memoriasreveladas.arquivonacional.gov.br/campanha/campanha/index.htm>>. Acesso em: 4 nov. 2016. Outra campanha ocorreu em 2010, a Ordem dos Advogados do Brasil, lançou campanha em vídeo pela abertura de arquivos da ditadura que contou com participação de artistas bastante conhecidos do público. Disponível em: <<http://tv.estadao.com.br/politica,oab-rj-lanca-campanha-pela-abertura-dos-arquivos-da-ditadura,242336>>. Acesso em: 4 nov. 2016.

nacional de arquivos públicos e privados, abordando os aspectos jurídicos mais relevantes para a gestão documental no Brasil e conceituando o que são os arquivos públicos (cap. II) e os diferenciando dos arquivos privados (cap. III).

Para definir a política nacional de arquivos públicos e privados e exercer a orientação normativa no que tange à gestão e à proteção dos documentos arquivados, a Lei de Arquivos criou o Conselho Nacional de Arquivos – CONARQ, que é um órgão colegiado vinculado ao Arquivo Nacional⁴¹. Para o CONARQ, a organização dos arquivos constitui instrumento de eficácia administrativa no gerenciamento das informações, contribuindo como agente de modernização da própria administração pública do País ⁴². O Arquivo Nacional, por sua vez, é órgão vinculado ao Ministério da Justiça, com atribuição para gerir a documentação pública federal em arquivo, que é um dos maiores conjuntos documentais da América Latina.

Ao tratar dos acervos produzidos e acumulados por particulares, pessoas físicas e empresas privadas, dispõe que podem ser identificados pelo Poder Público como documentos de interesse público e social, “ desde que sejam considerados como conjuntos de fontes relevantes para a história e desenvolvimento científico nacional” (Art. 12). Uma vez assim identificados, não poderão ser objeto de alienação para terceiros, dispersão ou perda de unidade, nem transferidos para o exterior (Art. 13). Seu acesso, no entanto, poderá ser liberado mediante autorização de seu proprietário ou possuidor (Art. 14).

Em que pese a regulamentação sobre o tema, os caminhos percorridos para a atender os acervos privados parece ser ainda sinuoso, como destaca Talita Molina, ao lembrar que tanto profissionais da área de arquivos quanto os que trabalham com patrimônio cultural questionam a adequação e suficiência dos meios de proteção e preservação de acervos, além da necessidade de políticas públicas que envolvam a sociedade civil (2013, p. 167-168).

Os processos de aprovação parecem também ser lentos. Como exemplo, a autora cita os casos da Companhia da Cervejaria Brahma

41. Art. 26.

42. Conforme *Considerandos* da Resolução 1, de 18 de outubro de 1995, do Conselho Nacional de Arquivos – CONARQ

e Antártica, cujo processo foi aberto em 2003 e aprovado somente em 2006. Outro, o processo da Cúria de Nova Iguaçu, cujo pedido foi feito em 2005 e aprovado em 2011 (2013, p. 170).

Podemos imaginar que alguns desafios se seguirão aos pedidos de declaração de interesse público nesses acervos privados. De posse desses arquivos, como a Administração deve lidar com a autenticidade dos documentos coletados no ou sobre o regime autoritário? Os arquivos privados sobre a ditadura podem ter um recorte parcial, tendencioso, com a finalidade de destacar um viés da história, de valorizar a memória de um grupo, de priorizar um olhar sob determinado ângulo? E se o olhar do acervo for o do torturador, com ofensas às vítimas ou aos opositores do regime? Qual a responsabilidade do Estado em relação ao conteúdo desses acervos? Essas questões, permearão a reflexão sobre a gestão dos arquivos da ditadura.

Diante do cenário brasileiro, identificamos que uma gestão de dados públicos e privados e seu tratamento com a melhor tecnologia disponível é um desafio a ser enfrentado num futuro bem próximo, especialmente no caso de uma ditadura como a brasileira, que “fizera do segredo e do arbítrio uma maneira vulgarizada de invadir a privacidade das pessoas, de produzir ‘documentos’ e ‘provas’ que podiam tanto tirar a vida quanto a liberdade” (D’ARAÚJO, 2007, p. 126). Por isso, a acolhida dos arquivos privados nos órgãos arquivísticos públicos permite que sejam veiculadas versões dos fatos diferentes da apresentada pelos arquivos públicos. E, por outro lado, a disponibilização de dados integrantes de arquivo privado, que nem mesmo se aproximem dos acontecimentos reais, gera responsabilidades para o Estado, enquanto gestor do arquivo.

3.7 Considerações finais

No nosso texto, provocamos o leitor a pensar se a violência poderia ser considerada uma riqueza cultural. Certamente, a argumentação que desenvolvemos, de que é preciso proteger a memória da violência da ditadura, para as gerações presente e futuras, não pretende fazer um elogio à violência, mas sim realçar a necessidade de não esquecimento e de não repetição; e também de ressaltar que a violência do passado recente pode ser o principal fundamento justificador

para o uso de instrumentos protetivos dos bens culturais aplicáveis aos acervos documentais, públicos ou privados: tombamento, captação de recursos pela Lei Rouanet, candidatura a projetos da Unesco como o Memória do Mundo, financiamento de projetos de Cartografias Digitais, abertura de editais para projetos de regaste da memória da ditadura, dentre outros.

Em razão da necessidade de recorte temático, não abordamos os instrumentos disponíveis para proteção e divulgação da memória da ditadura. Partimos da concepção de que os acervos são bens culturais e nos concentramos na importância da sistematização e disponibilização dos arquivos, decorrentes dos acervos produzidos pelos órgãos públicos e pelos particulares durante e principalmente depois da ditadura.

Nesse sentido, procuramos demonstrar que as iniciativas para disponibilizar os acervos e histórias da ditadura brasileira têm relação intrínseca com o exercício dos direitos culturais, podendo contribuir substancialmente para a formação, identificação e renovação do patrimônio cultural (digital) brasileiro. E, por mais contraditório que seja, entendemos que o legado de atrocidades da ditadura deve ser trabalhado como uma rica herança cultural ligada à memória, identidade e ação da sociedade brasileira.

Ao investir na disponibilização dos acervos da ditadura, informações que durante tantas décadas permaneceram negadas, subterrâneas ou mesmo inexistentes, o Estado brasileiro está cumprindo com o dever de reparação simbólica das vítimas e oferecendo a todos um espaço para exercício de direitos culturais: direito à verdade, à informação e a conhecer e recordar o passado. A discussão sobre os acervos já disponibilizados também nos permitiu abordar um último assunto: a importância da gestão das informações sobre a violência da ditadura, inclusive com a produção de acervos virtuais e a consequente apresentação dessa coleção na internet. E, sob essa ótica, procuramos despertar a ideia de que há coleções documentais que merecem investimento e também há pontos jurídicos nesse tema que podem ser objeto de pesquisas e reflexões.

Chegamos ao final do artigo ainda sentindo a necessidade de reiterar a importância de identificar fundos e também do uso das tecnologias da informação para compartilhamento e cruzamento de dados de arquivos públicos e privados já existentes sobre a ditadura, especialmente a documentação produzida pelos órgãos de Estado.

Por fim, a reflexão sobre a incorporação, na gestão documental governamental, de arquivos privados de particulares ou mesmo de ONGs ou entidades que defendem direitos humanos. A primeira questão que aparece é se esses arquivos privados, com dados essenciais para revelação da verdade, devem ser obrigatoriamente compartilhados com o Poder Público. Certamente que a resposta é positiva toda vez que os documentos sejam públicos e tenham sido apropriados, já que há medidas administrativas ou judiciais para retirar do particular esse bem (por exemplo, desapropriação ou busca e apreensão, a depender da situação).

Plantamos, ao final, uma sugestiva reflexão não somente sobre as potencialidades digitais dos acervos brasileiros, mas em especial sobre o desafio de promover políticas de busca e tratamento de novos acervos, e ainda despertar o interesse da pesquisa para com os acervos do Poder Judiciário produzidos após a ditadura, consubstanciados nos autos das ações de responsabilização criminal e cível. Mas esse é tema para ser desenvolvido em outro artigo.

Referências

CHEQUER, Cláudio. *A liberdade de expressão como direito fundamental preferencial prima facie: (análise crítica e proposta de revisão ao padrão jurisprudencial brasileiro)*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

D'ARAÚJO, Maria Cecília. *Memória da ditadura militar no Brasil: fontes e métodos*, in *Direitos e Cidadania: memória, política e cultura*, Angêla de Castro Gomes (Coord.). Editora FGV, 2007.

GINZBURG, Jaime. *Escritas da Tortura*. In: *O que resta da ditadura: a exceção brasileira*. Edson Teles e Vladimir Safatle (Orgs.). Boitempo, 2010, p.147-148.

HUYSEN, Andreas. *Culturas do passado-presente: modernismo, artes visuais, políticas da memória*. 1ª. ed. Rio de Janeiro: Contraponto, 2014.

KOZICKI, Katya; LORENZETTO, Bruno. *Entre o passado e o futuro: a não acabada transição no Brasil*. In: *Direitos Humanos*. Atual., coordenação Inês Virginia Prado Soares e Flavia Piovesan, Elsevier. 2014, p. 141

MALARINO, Ezequiel. Breves reflexiones sobre la justicia de transición a partir de las experiencias latinoamericanas. *Justicia de Transición: com informes de América Latina, Alemania, Italia Y España*. Editores: Kai Ambos, Ezequiel Malarino y Gisela Elsner. – Konrad-Adenauer-Stiftung E.V., Berlin /Montivideo: Fundación Konrad-Adenauer, Oficina Uruguay. 2009, p. 415.

MATA-MACHADO, Bernardo Novais. *Direitos humanos e Direitos Culturais*. 2007.

MEZAROBBA, Glenda. *Um acerto de contas com o futuro: a anistia e suas consequências: um estudo do caso brasileiro*. São Paulo: Associação Humanitas; FAPESP, 2006.

MOLINA, Talita dos Santos. Arquivos privados e interesse público caminhos da patrimonialização documental. *Acervo*, Rio de Janeiro, v. 26, n. 2, p. 160-174, jul./dez. 2013.

SARMENTO, Daniel. O Neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. In: *Direitos Fundamentais e Estado Constitucional: estudos em homenagem a JJ Gomes Canotilho*. Coordenadores: George Salomão Leite e Ingo Wolfgang Sarlet, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais; Coimbra (PT): Coimbra Editora, 2009, p. 9-49.

SOARES, Inês Virginia Prado. Acesso a Documentação Governamental e Direito à Memória e à Verdade: Análise do Projeto de Lei, *Revista Internacional de Direito e Cidadania*, n. 4, jun. 2009, p.55-61.

_____; QUINALHA, Renan. Lugares de Memória no cenário brasileiro da justiça de transição, *Revista Internacional de Direito e Cidadania*, n. 10, jun. 2011.

TORELLY, Marcelo. Memória, Verdade e Senso Comum Democrático: Distinções e aportes do “direito à memória e à verdade” para a substancialização democrática. In: *Revista Internacional Direito e Cidadania*, Edição Especial, 2012.

UN Commission on Human Rights, Report of the independent expert to update the Set of Principles to combat impunity, 18 Feb. 2005, E/CN.4/2005/102.

[\[Volta ao Sumário\]](#)

A DEMOCRACIA SEM ESPERA: constitucionalização e transição política no Brasil¹

Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira²

Para Giacomo Marramao

*“De dia tarδο
De tarde anoiteço
De noite ardo.
A oeste a morte
Contra quem vivo
Do sul cativo
O este é meu norte.*

*Outros que contem
Passo por passo:
Eu morro ontem
Nasço amanhã
Ando onde há espaço:
- Meu tempo é quando”*

(Vinicius de Moraes)

1. A versão original deste texto foi escrita durante o estágio pós-doutoral com bolsa da CAPES na Università degli studi di Roma TRE, entre setembro de 2008 e fevereiro de 2009, com a colaboração e a interlocução de Giacomo Marramao.

2. Mestre e Doutor em Direito Constitucional (UFMG). Estágio de Pós-doutorado CAPES em Teoria (e Filosofia) do Direito (Università degli Studi di Roma TRE). Professor Associado IV do Departamento de Direito Público e Subcoordenador do Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da UFMG.

4.1 Premissas

Na presente reflexão, retomo o tema do processo de constitucionalização do Estado Democrático de Direito e da sua legitimidade. Proponho, pois, uma reconstrução do sentido normativo que se autoexpressa no exercício democrático do *poder constituinte* como *poder comunicativo* e que se desdobra ao longo do tempo por meio de um processo de aprendizado histórico, não linear e sujeito a tropeços. Tal reconstrução é introduzida contra toda visão teológico-política que compreende esse exercício do poder constituinte a partir das teorias da soberania.

Se, como sugere Habermas, em razão do caráter histórico de uma constituição democrática e de suas relações com o tempo, teríamos de partir de nossa própria práxis de autodeterminação política caso queiramos compreender “o que tal prática significa *em geral*” (1998, p. 468), sigo tal sugestão, embora num *sentido específico*, e proponho contribuir para uma reflexão acerca do sentido normativo que se autoexpressa na práxis de autodeterminação política no constitucionalismo democrático, por meio de uma reconstrução acerca do modo como a Constituição brasileira, a começar pelos seus primeiros vinte anos, articula memória e projeto, experiência e expectativa – e, assim, deixa entrever as suas relações com o tempo histórico.

Mas, para seguir a sugestão de Habermas, cabe considerar desde já que não me importa aqui desenvolver uma teoria normativa do *porquê* do Estado Democrático de Direito existir ou não, a partir de uma discussão, por exemplo, sobre pretensos “fundamentos pré-políticos do Estado Democrático de Direito” (BÖCKENFÖRDE, 2006, p. 113-144; BÖCKENFÖRDE, 2007, p. 33-54; HABERMAS, 2005, p. 5-18). Essa discussão, diga-se de passagem, por si só, já exigiria uma crítica não apenas quanto à perspectiva *desencaminhante* com que foi introduzida, mas também quanto à própria concepção habermasiana de “sociedade pós-secular” (cf. MARRAMAO, 2008a, p. 206-221) – que pode colocar em risco a tese fundamental para uma teoria discursiva do direito e da democracia segundo a qual, “sob o signo de uma política integralmente secularizada, não se pode ter ou manter um Estado de Direito sem democracia radical”

(HABERMAS, 1998, p. 61), na medida em que Habermas passa a atribuir à religião um papel privilegiado, não apenas o de partícipe, ao lado da metafísica *já destranscendentalizada*, na “genealogia do racionalismo ocidental e de um pensamento pós-metafísico”, mas enquanto “fonte normativa inesgotável para a deliberação pública” (HABERMAS, 2005, p. 5-12, p. 5-18).

Como diria Wittgenstein (apud MARRAMAQ, 2005, p. 76), “àquilo que se pode alcançar por uma escada não me interessa [...] De fato, para onde devo realmente dirigir-me, lá devo em realidade já estar.” O que me interessa, aqui, é propor uma espécie de *deslocamento lateral* (MARRAMAQ, 2005, p. 89) de tal questão normativa sobre o “fundamento”, no sentido de que cabe contribuir, em última análise, para a pergunta, não de um pretenso *por que*, mas sim do *como*, de que *modo*, o Estado Democrático de Direito e a sua existência, e não qualquer outra forma de legitimação política, se tornaram não apenas possíveis mas *exigíveis* – e somente assim justificáveis – historicamente, assumindo-se a perspectiva do participante de um processo não linear e descontínuo de aprendizado social com o Direito, que se desenvolve, ao longo do tempo, de construção dinâmica, polêmica, conflituosa e, portanto, rica e plural, de uma identidade constitucional democrática, não-idêntica e não-identitária, múltipla e aberta.

Em outras palavras, o que me interessa aqui é propor uma reconstrução de partes da história constitucional brasileira recente – e ainda por fazer –, a partir de uma crítica aos discursos “oficiais” sobre a transição política no Brasil, do resgate da memória do processo constituinte brasileiro de 1987-88 e do seu projeto de legitimidade, procurando “reconstruir fragmentos de racionalidade” (Habermas, 1998, pp. 363-364) já presentes na história constitucional brasileira, para além do discurso autoritário da *democracia possível* (FERREIRA FILHO, 1977a, 1977b, 1979, 2001, 2007), e não apenas no sentido do reconhecimento de uma *democracia inesperada* (SORJ, 2004), mas na perspectiva da tese da *democracia sem espera* e de um *tempo cairológico da constituição como processo de constitucionalização*, a fim de, em última análise, contribuir para uma reflexão acerca do sentido normativo – que se autoexpressa – da práxis de autodeterminação política no constitucionalismo democrático.

4.2 A imagem oficial

Como afirma Koselleck:

Os conceitos decerto incluem conteúdos políticos e sociais, mas a sua função semântica, o seu desempenho, não é derivável (*ableitbar*) somente dos dados sociais e políticos aos quais se referem. Um conceito não é só um indicador, mas também um fator das conexões por eles compreendidas.

Ou seja, um conceito tem também a capacidade de “*produzir* relações, de modelar e orientar os próprios referenciais sociopolíticos” (KOSELLECK, 2006, p.109-110; MARRAMAO, 1995, p. 80; PAIXÃO; BARBOSA in PEREIRA; DIAS, 2008, p. 128-129).

Considerando tal advertência, cabe recordar que se procurou construir no Brasil, ao menos desde meados dos anos setenta, uma imagem política oficial em relação ao regime militar, segundo a qual a *transição política para a democracia* seria feita de modo gradual e sem grandes “traumas”, exatamente em contraposição ao conceito de *revolução como ruptura*, por meio de um *processo de negociação* entre os representantes do regime e a oposição (CHRISTOFOLETTI, 2000). Esse processo já teria começado logo após a eleição indireta do Gal. Ernesto Geisel para Presidente da República, que venceu o Dep. Ulysses Guimarães, candidato oposicionista, no Colégio Eleitoral, em 15 de janeiro de 1974. O próprio fato de a oposição ter lançado um forte candidato teria demonstrado o seu crescimento, logo após os anos de maior fechamento do regime. Tal processo de “abertura” avançaria com a revogação dos atos institucionais que suspendiam direitos e garantias fundamentais, com a eleição do Gal. João Baptista de Oliveira Figueiredo, que seria o último presidente militar, com a anistia “ampla e irrestrita” e com a reintrodução do pluripartidarismo. Em 1982 e em 1984, cresceu a pressão política, assim como a campanha, pelo reestabelecimento das eleições diretas para Presidente da República. Apesar de grande mobilização em todo o País, a proposta de emenda à Constituição de 67/69, então em vigor, de autoria do Dep. Dante de Oliveira, membro do maior partido de oposição, o PMDB, que propunha o retorno das eleições diretas, não foi aprovada pelo Congresso Nacional brasileiro.

Cresceu a campanha presidencial em torno do candidato da oposição, o governador do Estado de Minas Gerais, Tancredo Neves, que foi eleito indiretamente por um colégio eleitoral, em início de 1985, com base numa ampla coalizão, a chamada “Aliança Liberal”, que também contava com dissidentes do regime, entre eles José Sarney, que havia deixado pouco tempo antes a presidência do partido de situação, o PDS, para ser o vice de Tancredo. Todavia, o eleito não veio a assumir o cargo, por problemas de saúde e, em seguida, em razão de sua morte. O vice, já empossado, feito presidente, enviou ao Congresso proposta de emenda constitucional versando sobre a atribuição ao Congresso Nacional das funções de Assembleia Nacional Constituinte, que seria subsidiada mediante estudos elaborados por importantes personalidades nacionais – a “Comissão de Notáveis” (FERREIRA FILHO, 1987). Uma vez aprovada a proposta de emenda, eleitos os deputados e parte dos senadores que iriam compor o Congresso, em 1986, e instalada a Constituinte em 1987, o projeto do Executivo elaborado pela Comissão de Notáveis foi logo rechaçado, com a aprovação do primeiro regimento interno da Assembleia e com o início dos trabalhos. Várias comissões temáticas foram criadas e estas receberam contribuições de todos os setores da sociedade. Por diversas vezes, o Dep. Ulysses Guimarães, Presidente do Congresso Nacional e da Constituinte, se pronunciou, inclusive, contra o Presidente da República, defendendo a “soberania” da Assembleia, assim como também o fez o Presidente da Comissão de Sistematização, o jurista e Dep. Afonso Arinos. Depois de idas e vindas quanto ao sistema de governo e quanto à definição do próprio tempo do mandato, já em curso, do então Presidente da República, e com a reorganização das forças políticas no seio da Constituinte, a nova Constituição Brasileira foi promulgada em 5 de outubro de 1988 (cf. BONAVIDES; ANDRADE, 1989).

Mas, se estamos diante de uma *inevitável* simplificação de todo esse processo de transição política para a democracia, é porque as opiniões acerca dele divergem. A transição significaria, sobretudo, *mudança como forma de permanência*, e não de *ruptura*, primeiramente para aqueles que buscam reduzi-la, quer à fala dos “atores oficiais” (CHRISTOFOLETTI, 2000), quer ao período de formação e consolidação da aliança política que garantiria a eleição de Tancredo Neves no Colégio Eleitoral – o que já se mostraria, todavia, de início insustentável, e não apenas em razão da morte do eleito. Contudo,

essa nota de *permanência na mudança* é também dada por alguns juristas brasileiros que haviam colocado em questão a própria legitimidade da Constituinte e da Constituição a ser elaborada (FERREIRA FILHO, 1985). E exatamente em razão desse suposto “caráter negociado” da chamada transição democrática, que seria mais um caso de *transição por transação* (cf. MARENCO, in MELO; SÁEZ, 2007, p. 73-105), a Constituição, uma vez elaborada, não teria sido fruto de um processo genuinamente constituinte, o que teria maculado, desde o início, sua legitimidade (FERREIRA FILHO, 2007).

A polêmica sobre a legitimidade constitucional giraria em torno dos seguintes pontos centrais. Primeiramente, se as funções de Assembleia Nacional Constituinte haviam sido atribuídas ao Congresso Nacional por meio de uma emenda à Constituição de 1967/69, sua atuação encontrava-se limitada e, conseqüentemente, teria havido apenas uma alteração sutil, mas não uma ruptura, em relação à ordem constitucional anterior, que continuaria servindo como fundamento jurídico da suposta nova ordem instaurada com a Constituição de 1988. Assim, o poder constituinte do Congresso enquanto Assembleia Nacional seria apenas derivado, e não originário. A chamada Nova República não teria surgido de uma revolução; faltar-lhe-ia, pois, o poder constituinte originário próprio de processos revolucionários, e seu único fundamento de autoridade repousaria, em última análise, na Constituição anterior (RAMOS, 2007, p. 209-211). Logo, só restaria a alternativa, no plano jurídico-político, da reforma constitucional (FERREIRA FILHO, 1985, p. 151-158; FERREIRA FILHO, 2007). Além disso, sendo a Assembleia Constituinte formada pelos membros do Congresso Nacional no exercício de seus mandatos, tinha-se que os integrantes daquela haviam sido eleitos, em última instância, de acordo com as normas eleitorais da Constituição de 1967/69. Logo, a nova Constituição que eles viessem a elaborar representaria, também nesse sentido, uma continuação da Constituição anterior, uma vez que a vontade política da Assembleia Nacional, em último grau, havia sido formada sobre a égide do Direito Constitucional e Eleitoral até então vigente (Ferraz JUNIOR, 1986).

Tais objeções à legitimidade democrática da Constituição da República brasileira de 1988, que podem ser remetidas à imagem de *transição por transação*, anteriormente construída na falta de

um poder constituinte revolucionário, não vieram apenas de juristas reacionários ao processo constituinte democrático de 1987-88, e que notoriamente “oficiaram” durante a autocracia conservadora de 1964, que paradoxalmente se autodenominava *revolucionária*. Vieram também de importantes políticos e juristas que participaram ativamente da abertura democrática (como é o caso do atual Ministro da Defesa, Nelson Jobim, ex-Presidente do Supremo Tribunal Federal e membro da Assembleia Nacional Constituinte de 1987-88). Também para esses haveria uma falta de legitimidade da Assembleia Constituinte, em razão não apenas do modo com que essa Assembleia foi convocada – uma emenda à Constituição de 1967/69 –, mas também em razão do próprio funcionamento da Constituinte, falta essa que, contudo, teria sido compensada por uma atuação legitimadora, especialmente por parte do Supremo Tribunal Federal no exercício da jurisdição constitucional, da dinâmica política instaurada entre os poderes estatais e entre o Estado e a sociedade, que após-88 teria garantido estabilidade ao novo regime, mesmo em face de situações de crises políticas ou sócio-econômicas (JOBIM, in SAMPAIO, 2004, pp. 9-17).

4.3 “Uma memória em disputa”, uma identidade constitucional em questão

Diante desses ataques que vêm tanto de *notórios conservadores* quanto de *supostos progressistas*, cabe perguntar, primeiramente, do ponto de vista do participante, qual poderia ser a memória do processo constituinte de 1987-88. Estamos, pois, diante de “uma memória em disputa” (Ver, sobretudo, a reflexão de Paixão e Barbosa, in Pereira e Dias, 2008, pp. 127-131, *para além* da distinção entre *Historie* e *Geschichte*; e Ricoeur, 2000). Seria a memória de um processo constituinte tão-somente conduzido por lideranças partidárias privatizadas, encasteladas no Congresso Nacional, que teriam atuado sem audiências públicas e sem a possibilidade de propostas de emendas populares, sem a menor contribuição ou pressão diuturna por parte dos setores organizados e mobilizados da sociedade, inclusive sem a pressão, até mesmo, do Palácio do Planalto? Sem ao menos uma assessoria parlamentar decente e respaldada por seminários e debates especializados ocorridos à época por todo o País? Ou teria sido, ao

contrário, “o processo constituinte de maior participação popular da história do Brasil” (BONAVIDES; ANDRADE, 1989; CARVALHO NETTO, 1992; SILVA, 2000; PAIXÃO, 2008)? Em outras palavras, a história da Constituinte e da Constituição não teria sido exatamente a da inviabilização de uma tentativa de transição política “pelo alto”, planejada e a ser conduzida pelas elites políticas, decorrente justamente da ampla e não prevista mobilização e participação popular dos setores organizados politicamente da sociedade brasileira? E, de 1988 até hoje, o que, afinal, foi constituído em termos de “identidade constitucional” (ROSENFELD, 2003) e que se coloca hoje como uma necessidade de reflexão crítica, de resgate ou de exercício dessa memória? Pois, como afirmava 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 inani-dade 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 (ARENDDT, 1990, p. 176).

E, todavia, em que sentido seria possível falar, afinal, de uma identidade constitucional brasileira? Haveria um *fio condutor* que historicamente pudesse unir as gerações passadas, presentes e futuras? E que *fio* seria este?

4.4 Por uma teoria constitucional reconstrutiva

Entretanto, certa sensação de frustração parece restar, diante de tais questionamentos, ao menos para aqueles juristas que comumente

repetem, convergindo com uma tradição conservadora já presente na história política anterior à atual ordem constitucional, que a Constituição e, quem sabe, o próprio projeto constitucional brasileiro estariam mortos; e que seria, portanto, necessário-simplesmente celebrar uma “missa fúnebre” (COMPARATO, in FIOCCA; GRAU, 2001, p. 77 e ss) para a Constituição brasileira de 1988, uma vez por todas reconhecendo a incapacidade de se constituir abaixo da linha do Equador uma sociedade de cidadãos solidários, livres e iguais. Embora um jurista, tal como Comparato, tenha sido capaz, em certos momentos passados, de apreender de modo claro um sentimento difuso, conducente ao perigo de um verdadeiro processo de anomia e de desintegração social, mais uma vez é preciso ir além e buscar apreender algo *diferente*, deslocando a perspectiva normativa com que tradicionalmente questões acerca da efetividade constitucional são colocadas para que possamos fazer jus à complexidade da questão.

Não podemos mais tratar as tensões políticas que se estabelecem no interior da realidade social a partir de uma suposta dicotomia ou hiato entre o que seriam “o ideal constitucional” e “uma realidade política recalcitrante”. É preciso romper com este modo tradicional de se pensar o tema da efetividade constitucional, que se remete à teoria constitucional do período entre as duas grandes guerras e à disputa em Weimar sobre os objetivos e métodos da teoria jurídica. Mas em que sentido?

Carvalho Netto (1998) nos chama justamente a atenção para o modo como tradicionalmente as teorias jurídicas vão lidar com o problema da efetividade do Direito, com a questão do seu cumprimento e de sua aplicação efetivos. Essas teorias, que têm como exemplo a teoria constitucional de Loewenstein (1976) e sua classificação ontológica das constituições, afirmam em linhas gerais que o Direito representa um ideal de sociedade a ser perseguido, mas que, todavia, em face desses ideais normativos, a própria realidade poderia se apresentar como um obstáculo, a todo o momento, para que esse ideal pudesse ser realizado. O problema desse enfoque é que, por um lado, desconhece que essa mesma realidade é também uma construção histórica e, por outro, que mesmo esse suposto ideal de uma nova sociedade que representaria o Direito surgiu e, assim, faz parte da própria sociedade que o projeta. Ora, em última análise, tal enfoque revela-se uma postura reificada e reificante das

identidades constitucionais que agrava ainda mais o problema que pretende denunciar, posto que acaba por contribuir para naturalizá-lo (CARVALHO NETTO, 2002, p. 46-52), ao contrário de procurar mostrar como é que os ideais de democracia e de justiça que pressupõe já estão inscritos, ainda que parcialmente, na realidade social, buscando resgatar criticamente e reconstruir, portanto, seus vestígios na própria história constitucional. É preciso, pois, explorar as tensões presentes nas próprias práticas jurídicas cotidianas e reconstruir, de forma adequada ao Estado Democrático de Direito, os fragmentos de uma racionalidade normativa já presente e vigente nas próprias realidades sociais e políticas, pois é exatamente essa dimensão principiológica o que inclusive torna passível de crítica uma realidade excludente (CATTONI DE OLIVEIRA, 2007b, p. 79-84). Se esses ideais, enquanto exigências de princípio, já não estivessem presentes, ainda que fragmentariamente, na própria história, a nos possibilitar a capacidade de reconhecer mesmo toda uma “catastrófica realidade social”, nós não seríamos também capazes nem mesmo de reconhecer as exigências normativas que o próprio projeto de construção e realização desses ideais nos coloca: sem uma vivência da exclusão, por um lado, e sem a pré-compreensão de um “constitucionalismo simbólico” (NEVES, 2006, 2007) daí decorrente, por outro, nem sequer os textos de normas constitucionais que se opõem à discriminação e à toda e qualquer forma de exclusão social teriam sido provavelmente incluídos, e de forma tão veemente, na Constituição da República de 1988. Cabe lembrar com o jurista alemão Friedrich Müller (1998, p. 89) que a posituação jurídico-moderna como “textificação é faca de dois gumes”, porque a Constituição pode ser tanto compreendida quanto desvirtuada no sentido de um “constitucionalismo simbólico”, quanto também pode ser normativamente levada a sério.

O texto da Constituição brasileira de 1988 não apenas fala de exclusão social, senão que se pronuncia incontestavelmente contra ela, como no caso dos textos de normas de direitos fundamentais, podendo revelar, portanto, diferentemente de um contraste entre ideal e real, uma tensão entre texto e contexto. Numa leitura reconstitutiva, deve-se, portanto, virar o texto constitucional contra a exclusão social que, ao contrário de se ancorar numa lei natural, na verdade permanece historicamente vinculada aos pré-conceitos sociais não problematizados daqueles que vivenciam a Constituição. Aliás, como bem afirma Sorj:

Muitos estudos de ciências sociais, no lugar de descobrirem as formas e sentidos de construção social da cidadania a partir dos próprios agentes sociais, refletem as frustrações da intelectualidade e das classes médias locais com suas próprias sociedades. Tal atitude, embora compreensível, alimenta uma tendência secular à desmoralização das instituições democráticas existentes, e as ciências sociais perdem a oportunidade de mostrar que a América Latina é um canteiro de experiências sociais que, com os cuidados devidos, indica problemas igualmente relevantes para os países capitalistas avançados (SORJ, 2004, p. 20).

É exatamente nos termos de uma teoria constitucional comprometida com uma perspectiva reconstrutiva e atenta para os riscos de uma visão excessivamente normativa dos problemas de legitimidade/efetividade constitucional que proponho recolocar a pergunta acerca da identidade constitucional, assim como reconhecer a importância do processo constituinte brasileiro de 1987-1988, sobre o pano de fundo do constitucionalismo democrático.

4.5 Um herdeiro sem testamento

O processo constituinte de 1987-1988 é um marco importantíssimo na história brasileira de um processo de constitucionalização (MARRAMAIO, 2003, p. 228) que se reinicia *antes mesmo do momento* de promulgação do texto da Constituição e que se expressa tanto na tensão constitutiva entre *desterritorialização* e *reterritorialização* presente em sua declaração de direitos e seus princípios fundamentais, quanto no caráter *infuturante* – histórico, polêmico e dinâmico, embora não relativo – desses direitos e princípios (MARRAMAIO, 2008a, p. 170, e 2008b, p. 17-27).

Numa leitura reconstrutiva, o processo constituinte de 1987-88 resgata, pois nele também se expressam os princípios de autonomia e de emancipação das grandes revoluções do final do século XVIII – a liberdade, a igualdade e a fraternidade – sobre o pano de fundo da história política brasileira: ele, assim, se faz “herdeiro sem testamento” (ARENDDT, 1990) de um processo de constitucionalização, perpassado por lutas por reconhecimento de atores e de direitos,

que se desenvolve há pelo menos duzentos anos, todavia, de modo não linear, sujeito a tropeços e interrupções. Assim, cabe também resgatar nossa história política *aqui e agora* e relê-la no sentido da afirmação de princípio de que só em liberdade se garantem condições para o exercício da liberdade (MARRAMAO, 2003, p. 229).

Com os olhos postos no *presente*, – este tempo cairológico entre o *não mais* do passado e o *ainda não* do futuro (MARRAMAO, 2005; 2005b), que pode ser *aqui e agora* o *futuro*, pois a partir do *passado* poderia, desde então e a *qualquer momento*, ter-se entreaberto e se tornado possível com a fundação-promessa, que retrospectivamente a elaboração do texto da Constituição representa – é possível reconstruir, também, *outro* passado, um *passado futuro*: um *novo* passado, que como *rememoração do futuro* (HABERMAS, 1989, p. 26) seja comprometido com esse *futuro*, o qual já se pode fazer e se faz *presente*. Pois o *passado*, resgatado nessa perspectiva e com essa expectativa, poderá não ser somente um *passado* de frustrações e catástrofes, porque ele esperava pelo sentido que *agora* dele se pode fazer *presente*; e sua *redenção*, portanto, depende deste *agora* que em qualquer *momento* por via da ação político-constitucional pode se fazer *presente* (BENJAMIN, 1995, p. 75-86; BENJAMIN, 2006, p. 483-517; MARRAMAO, 2008a, p. 128-130, 2008c e 2008d, p. 397-405; DERRIDA, 2003, p. 119-140; cf. também BEINER, 1984, p. 423-434, COSTA, 2008, p. 107-142, FUNARI, s/d, p. 45-53; SCHOLEM, 2007).

E, assim, contra o discurso da *democracia possível*, para além do reconhecimento da *democracia inesperada*, é que proponho a tese da *democracia sem espera*.

4.6 Uma transição em transição

À luz dessas reflexões, proponho compreender a *transição política* como um processo constituinte democrático em longo prazo, que não pode ser reduzido a uma transição “pelo alto”, a uma *mudança na permanência*, sem rupturas e estrategicamente planejada, da ditadura para a democracia, sem a participação da cidadania mobilizada politicamente.

Contra leituras *continuístas*, qualquer que seja a versão, quer reduza a transição ao tempo da Aliança Liberal, quer a alargue para abarcar o Governo Geisel ou mesmo a Constituinte, cabe afirmar que elas desconsideram a complexidade do tema da transição política brasileira. Isso porque na chamada “transição da ditadura para a democracia” é possível reconhecer uma complexidade muito maior do que leituras lineares, que reduzem a transição a uma negociação ou transação no interior das elites políticas (MARENCO, in MELO; SÁEZ, 2007, p. 73-105), são capazes apenas de entrever.

Por um lado, cabe dizer que o regime autoritário não era monolítico, mas marcado por divisões internas, com valores e interesses comuns e divergentes no que diz respeito à caracterização e à atuação do próprio regime, como o evidenciam as designações “linha dura” e “linha moderada”. E, por outro lado, importa salientar que mesmo nos momentos de maior fechamento do regime – da edição (em 13 de dezembro de 1968) à revogação (em 17 de outubro de 1978) do Ato Institucional n. 5 – havia espaços sociais, político-institucionais e jurídicos que, embora fragmentários e escassos, foram sendo ocupados cotidianamente, em maior ou menor medida, por atores políticos, tanto ligados à “oposição” quanto à “situação” (distinção inclusive que em muitos aspectos é mais *gris* do que se imagina), agravando ainda mais – e de forma explosiva e imprevisível – as tensões internas ao regime. O reconhecimento e a caracterização dessa pluralidade possibilitariam quer uma análise mais complexa da dinâmica partidária entre os partidos ARENA e MDB, quer do Congresso em relação ao Executivo, às Forças Armadas, ao próprio Governo, assim como do próprio Judiciário e no modo como paradoxalmente, ou seja, de forma não linear, este último lidou com os mecanismos jurídicos disponíveis, mesmo na vigência do AI n. 5 (cf. PAIXÃO-BARBOSA, 2008, p. 57-78).

A chamada transição política é marcada por uma pluralidade interna, por ida 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 isoladamente nenhuma das forças políticas, ainda mais se as tratarmos erroneamente como macro-sujeitos, tinha total controle e a conduziu sozinha. Aqui, pois, é preciso colocar

em questão a própria categoria de “transição política” (PAVONE, 2007, p. 153 e 164), reconhecer o seu caráter contingente e indeterminado, como processo histórico complexo, mais uma vez, contra toda leitura linear desse processo, e assim mostrar que toda tentativa ou projeto de programação ou de direcionamento que supostamente pudesse ser conduzido por uma elite política – quer formada por membros do próprio governo, da oposição, ou negociada com a participação de ambos – foi inviabilizada e não apenas em razão da sua unilateralidade.

Afinal, há de se levar a sério a mais importante variante, que não foi e que não é por vezes ainda devidamente considerada: a mobilização da sociedade civil. Os cidadãos não assistiram “bestializados” (CARVALHO, 1987), como meros espectadores/expectadores, aos acontecimentos, mas os construíram, por meio de canais, instituições e organizações múltiplos, e não redutíveis ao Estado. Aqui a dinâmica política não poderia ser simplesmente caracterizada como um “teatro de sombras” (CARVALHO, 1996), pois, para além de um mero esquema *quase físico* de ação e reação, essa mobilização confrontou o regime autocrático (cf. ALVES, 2005):

- a) Por meio de manifestações, passeatas e protestos em praça pública, contribuindo para se criar uma nova cultura política, movimentos de protesto que vão culminar quer seja nas greves do operariado no ABC paulista e em Minas Gerais e do chamado novo sindicalismo de fins dos anos 70 ou nas grandes manifestações em torno da campanha das Diretas-já no início dos anos 80;
- b) Ou, então, por meio de vias clandestinas de resistência e da forma extrema da “luta armada”;
- c) Porque a sociedade civil interagiu progressivamente com o “núcleo do sistema político”, formado pelos fóruns oficiais, forçando-o por dentro, através dos canais institucionais que, por mais que escassos ou restritos, como é o caso das eleições e da via jurisdicional, foram sendo ocupados e alargados, em razão da tensão interna que a própria participação política gerava. (E aqui não se pode deixar também de considerar a parcela daqueles setores *moderados* que, mesmo na oposição, convergiram com setores da situação quanto à ideia de que a transição deveria ser conduzida por uma elite – mais uma vez

em razão da velha premissa senão da falta de “povo brasileiro” ao menos da imaturidade da cidadania –, rumo a uma *democracia possível*.)

Cabe, assim, sempre destacar, para além do crucial papel institucional do MDB como partido político de oposição, o novo movimento sindical de fins dos anos 70, a atuação da Ordem dos Advogados do Brasil e da Confederação Nacional dos Bispos do Brasil no processo de transição política, no progressivo fortalecimento dos movimentos pró-constitucionalização e redemocratização do Brasil (como a Frente Nacional pela Redemocratização), que passava pelo reestabelecimento das eleições diretas, pela anistia política e pela convocação de uma Assembleia nacional constituinte (cf. PAIXÃO; BARBOSA, in PEREIRA; DIAS, 2008, p. 123-127). Movimentos que receberam a adesão por parte do grande empresariado que, se num primeiro momento havia apoiado o regime militar, passou também a exigir a redemocratização (cf. PAIXÃO; BARBOSA, in PEREIRA; DIAS, 2008, p. 125). A autocracia, mesmo quando “envergonhada” ou “escancarada” (GASPARI, 2001; 2002; 2003), não foi capaz de impedir a formação de novos atores sociais ou a sua mobilização política no sentido da redemocratização e da constitucionalização (cf. PAIXÃO; BARBOSA, in PEREIRA; DIAS, 2008, p. 123-127).

4.7 Teologia política da falta e convergência autoritária na tradição dos retratos do Brasil

Leituras unilaterais da chamada transição democrática ou política e de seus termos correlatos, tais como “abertura”, “distensão”, “passagem” ou “mudança”, são feitas no espelho de uma teologia política segundo a qual somente por meio da “ruptura institucional” ou “revolucionária”, promovida pelo macro-sujeito “povo”, poder-se-ia caracterizar o genuíno exercício de um poder constituinte capaz de legitimar uma nova ordem constitucional, desde a sua origem – algo no que, aliás, parecem insistir, quer sejam conservadores, quer progressistas, importantes autores da chamada “tradição dos retratos do Brasil” (*pace* BARACHO JUNIOR, 2009, p. 158-166).

Como hipótese a ser ainda aprofundada, há de se considerar – estando atento aos motivos, propícios e inibidores, para uma *história*

da mentira (DERRIDA, 1996, p. 32-35; 2006, p. 88-101) – que muitos pontos de vista comuns aproximam autores tão *diferentes* entre si, por exemplo, como Vianna (2005, p. 347-408) e Holanda (1995, p. 139-188): o darwinismo de um e o historicismo de outro não deixam de convergir numa narrativa que é sempre contada, ritualizada, da *perspectiva do vencedor*. Ou seja, da perspectiva das elites sociais, econômicas e políticas; perspectiva essa que não apenas despreza a visão dos oprimidos, mas fecha os olhos para as lutas políticas por direitos e pelo reconhecimento da cidadania, que não podem ser reduzidos a meras concessões paternalistas. E dessa tão supostamente esquecida, quanto louvada, “tradição do pensamento brasileiro” (cf. REIS, 2006a e 2006b; CÂNDIDO, in HOLANDA, 1995; PAIM, in VIANNA, 2005) também não deixam de participar grandes autores como Gilberto Freyre (1998), Caio Prado Junior (1969), Roberto da Matta (1981, 1999), José Murilo de Carvalho (1990; 1998; 2001), ou mesmo alguém como o Raymundo Faoro dos anos 50 (2001, p. 865-887).

Em tal contexto, cabe salientar a existência de uma tradição que se faz representar pelo chamado *discurso do mesmo*, em termos de diagnóstico e de solução possível para o Brasil. Primeiro, o diagnóstico: “nunca ou poucas vezes teriam acontecido rupturas genuínas na história política do País”. Em segundo, a seguinte e inevitável consequência a que esse diagnóstico convergente poderia levar é a uma solução negociada e de “centro”, entre as elites, e, todavia *reificante*, como “esquecimento e negação, não reconhecimento” (HONNETH, 2007a, p. 51-62) da cidadania: na falta de rupturas revolucionárias, a denunciar a própria falta de povo ou nação que pudesse ser o sujeito, titular, de um genuíno poder constituinte, a única via que permaneceria aberta seria a da “modernização autoritária” ou do “autoritarismo instrumental” (cf. SANTOS, 1978), no contexto de uma *democracia possível* (pelo e para o “povo”, mas não do “povo”), a ser conduzida por uma “máscara totêmica” (KELSEN, 2000, p. 303-343), por um “suposto substituto funcional” (NEUMANN, 1957, p. 22-68; 1996, p. 101-141), do velho Poder Moderador imperial – na figura *secularizada* (SCHMITT, 1988, p. 46), seja a de um presidente forte, a das forças armadas, ou até mesmo, mais recentemente, a de uma corte constitucional. Este “substituto-mascarado” – que paradoxalmente pudesse ser escolhido/erigido pela elite política esclarecida, consciente e responsável, e que, assim, a representasse – seria

ao mesmo tempo capaz de salvaguardar e de ocupar o lugar vazio da cidadania e da nacionalidade inexistentes, a fim de forjá-las e para governá-las...

Não se pode mais pensar em todo esse “patrimônio cultural” e suas origens – não tanto “a fadiga dos grandes gênios que o criaram, mas antes a escravidão sem nome de seus contemporâneos” – “sem sentir horror”: “Não existe documento da cultura sem que seja, ao mesmo tempo, documento da barbárie” (BENJAMIN, 1995, p. 79). É chegada a hora, portanto, e a hora do presente é a *do juízo*, de seguir a recomendação de Benjamin e assumir como nossa a tarefa de “escovar a contrapelo a história” (BENJAMIN, 1995, p. 78-79; BENJAMIN, 2006, p. 483-517; cf. MARRAMAIO, 2000, p. 311-329, 2008a, p. 108-130; COSTA, 2008, p. 143-214).

4.8 Contribuições para uma releitura da transição política brasileira

Historicamente, *argumentos e narrativas* (MARRAMAIO, in GUIDARELLI; MALACRINO, 2005, p. 21-24; MARRAMAIO, 2008a, p. 39-43) sobre a transição política brasileira incidem em cascata ou formam sedimentações, extratos, camadas de sentido (Cf. também PAIXÃO 2008; PAIXÃO; BARBOSA, in PEREIRA; DIAS, 2008, p. 121-127; SILVA, in FERREIRA; DELGADO, 2005, p. 243-282):

- 1) *Revolução* no discurso da ditadura militar é a “revolução reacionária” de 1964, e *transição* é, primeiramente, vista como a possibilidade da manutenção das eleições presidenciais em 1965, após o “expurgo do comunismo, da corrupção e do combate à inflação” e, adiante, mantidas as eleições indiretas, cassados e exilados “comunistas” e “corruptos”, entendida como a constitucionalização programada da revolução e a absorção dos quatro AIs pela Carta Constitucional de 1967. Sabemos que essa “constitucionalização”, com todas as suas contradições e tensões internas, saiu fora dos trilhos, em 1968, com o caso Márcio Moreira Alves, com a edição do AI n. 5 – a chamada “revolução dentro da revolução” ou a tese da “revolução permanente” – e, em 1969, com o impedimento (*sic*) do vice-presidente pela Junta Militar que assume o governo e

baixa o “Emendão” de 1969, seguidos pela eleição indireta do Presidente Médici, o chamado “milagre” e a crise econômica que lhe sucedeu.

- 2) Em 1974, o Gen. Geisel é eleito em disputa com o Dep. Ulysses Guimarães (*o anticandidato*), no Congresso. O Gen. Golbery pensa a *transição* como abertura progressiva, *lenta e gradual*, do regime no sentido do restabelecimento paulatino de eleições diretas, das liberdades públicas etc., como já mostram os primeiros discursos do Presidente Geisel. Sabemos que esta condução unilateral sai dos trilhos com o crescimento da oposição, com a progressiva reorganização política da sociedade.
- 3) *Transição* passa a ser negociação entre os setores moderados, convergência ao centro, entre lideranças oficiais da situação e da oposição. Mas sabemos que a partir do Pacote de Abril de 1977, da greve dos metalúrgicos do ABC e de Minas Gerais, da revogação do AI n. 5 pela Emenda Constitucional n. 11, de 1978, e da eleição e posse do Gen. Figueiredo em 1979, o tempo da transição se acelera: com a concessão da anistia (Lei n. 6.683, de 28 de agosto de 1979), com o reestabelecimento do pluripartidarismo (20 de novembro de 1979), com a realização de eleições diretas para senadores e governadores (realizadas em 15 de novembro de 1982), com o crescimento eleitoral cada vez maior da oposição, com a ausência de candidato da situação à sucessão de Figueiredo capaz de unir os diversos grupos de situação, com o atentado no Rio Centro, com a mobilização pelas Diretas e sua não aprovação pelo Congresso, com a escolha dos candidatos à sucessão de Figueiredo; – em que o Min. Mário Andreazza perde para o Gov. Paulo Maluf na convenção do PDS, desencadeando a cisão do PDS e a formação da Frente Liberal –, com os problemas de saúde do Presidente Figueiredo, com a mobilização dos governadores pró-Tancredo e com a eleição de Tancredo Neves com José Sarney (15 de janeiro de 1985).
- 4) Em decorrência dos problemas de saúde do Presidente eleito, posse do Vice com apoio do PMDB-PFL (15 de março de 1985), e morte de Tancredo (21 de abril de 1985), mantém-se Sarney na Presidência sem eleições e com o apoio do Congresso, convoca-se por “Emenda” (n. 26, de 28 de novembro

de 1985) a Assembleia Constituinte, com composição Governo/Congresso.

- 5) Instalação da Assembleia Constituinte/Congresso Nacional (1º de fevereiro de 1987). Inexistência de anteprojeto oficial, elaboração e aprovação de um regimento interno inovador na história constitucional brasileira; – tanto no que diz respeito às fases e estrutura de funcionamento, quanto no que se refere à abertura e garantia de participação popular nos trabalhos das comissões –, com as audiências públicas, com os seminários promovidos, com a possibilidade de apresentação de emendas populares e sugestões dos diversos setores organizados da sociedade. Ampla mobilização da sociedade em torno dos trabalhos constituintes. Perdas de Sarney no Congresso e na Constituinte, crise econômica, ruptura entre Sarney e Ulysses, autoafirmação da Constituinte em face do Governo Sarney. Aprovação do Projeto Afonso Arinos com parlamentarismo e quatro anos para Sarney na Comissão de Sistematização. Renegociação e recomposição de forças, cisão no PMDB, formação do “Centrão”, mudança do regimento interno que, contudo, não foi capaz de reverter avanços substanciais em matérias centrais, e criação do PSDB. Votação em plenário do Projeto A de Constituição (1º turno), votação do Projeto B (2º turno), o texto do Projeto aprovado vai à comissão de redação, aprovação do texto final, promulgação da Constituição (em 5 de outubro de 1988)³.

Cabe chamar atenção, neste ponto, para duas questões interligadas: a complexidade, as continuidades e descontinuidades, as idas e vindas da *transição* e de como o discurso sobre a transição como negociação entre as elites passa a ser criticado como ilegítimo exatamente quando as lideranças governistas e oposicionistas perdem progressiva e inesperadamente o controle do processo, com o crescimento da oposição e com a mobilização política da sociedade, ou seja, quando não há mais como controlar o processo e evitar a democratização. De como o discurso da moderação e do centro, o suposto

3. Sobre a Constituinte de 1987-88, ver a riqueza de dados em Brasil. Câmara dos Deputados. Portal da Constituição Cidadã 20 anos. Disponível em: <<http://www2.camara.gov.br/internet/constituicao20anos>>.

equilíbrio de forças, é sempre instável e frágil. Enfim, de como o projeto Golbery de condução da abertura não prosperou e, mais tarde, o discurso moderado da *democracia possível* teve de ceder, pois, diante da *democracia inesperada*.

O que o *discurso da transição como mudança na permanência* tenta sempre combater é a possibilidade de democracia, é escamotear ou deslegitimar a *democracia inesperada* e, para isso, usa mais uma vez o velho discurso da *democracia possível* (algo que se pretendeu fazer, inclusive, todas as vezes que, nos últimos tempos, se falou de constituinte, miniconstituinte, etc., na discussão em torno da PEC n. 157). E agora os defensores da *democracia possível* – que até pouco tempo postulavam a deslegitimidade da Constituição de 1988 e defendiam uma nova constituinte com projeto prévio, desde que elaborado por quem supostamente teria “competência técnica” para isso – falam em legitimação da Constituição pela via da jurisdição constitucional cada vez mais concentrada no STF. Discurso que, contudo, já dá mostras de esgotamento...

Contrariamente, enfim, a toda leitura unilateral, linear, continuísta e naturalizada da transição política, contraditoriamente fundada numa teologia política da falta do poder constituinte revolucionário e na defesa de uma *democracia possível*, que se remete a uma reificação da história política brasileira, adoto, para além da *democracia inesperada* (SORJ, 2004), a tese da *democracia sem espera* e proponho nesses termos compreender a *transição política como um processo constituinte democrático em longo prazo*, seguindo, de perto, a rememoração delineada por Carvalho Netto, em sua reconstrução do processo constituinte de 1987-88:

Na verdade, a grande legitimidade que caracteriza a Constituição de 1988 decorreu de uma via inesperada e, até o momento da eleição da Assembleia Constituinte, bastante implausível. Com a morte do Presidente eleito, Tancredo Neves, e a posse como Presidente do Vice-Presidente eleito, José Sarney, as forças populares mobilizadas pela campanha das ‘Diretas já’ voltaram a sua atenção e interesse de maneira decisiva e para os trabalhos constituintes, então em fase inicial, pois a de organização ou de definição do processo havia acabado de se encerrar. Como resultado dessa renovada atenção, o tradicional processo constituinte pré-ordenado, contra

todas as previsões, subitamente não mais pode ser realizado em razão da enorme mobilização e pressão populares que se seguiram, determinando a queda da denominada comissão de notáveis – a comissão encarregada da elaboração do anteprojeto inicial – e a adoção de uma participativa metodologia de montagem do anteprojeto a partir da coleta de sugestões populares. Canais de participação direta e indireta da sociedade civil organizada terminaram encontrando significativa acolhida no regimento revisto do processo constituinte; o despertar do interesse de todos alimentou e fomentou o aprofundamento dos debates, acompanhados por todo o país todas as noites através da televisão. Foi desse processo, profundamente democrático, que a Constituição hauriu sua legitimidade original, resultando de uma autêntica manifestação de poder constituinte, em razão do processo adotado (CARVALHO NETTO, 1992, p. 43-45).

Nesses termos, não podemos mais ser ingênuos em relação à nossa própria história política. Temos que assumir essa história, que faz parte da construção permanente de uma identidade constitucional, não identitária e não idêntica, múltipla e aberta; que, por isso, não pode ser *reificada* por ninguém que pretenda adotar um ponto de vista privilegiado em relação a ela. O Direito é, como diz Dworkin (1986), um empreendimento público. E a Constituição e seus princípios não podem estar à disposição do Supremo Tribunal Federal no exercício da jurisdição constitucional, ou mesmo do Presidente da República e do Congresso Nacional, a representar o *estamento* ou a elite condutora de uma modernização sem povo, de uma modernização autoritária, tal como uma leitura anacrônica da chamada “tradição dos retratos do Brasil” corre sempre o risco de sustentar, com seu discurso – da falta – da nacionalidade, ainda a ser forjada, como *conditio sine qua non* da democracia constitucional no Brasil, como tarefa de um substituto do Poder Moderador imperial. Porque nenhum deles pode compreender o exercício de suas funções constitucionais como substituição que exclui do processo político-deliberativo o público mobilizado de cidadãos em uma democracia, sob pena de se dar continuidade a tradições autoritárias com as quais a própria Constituição veio romper. Representação política não é – nem pode ser – substituição da cidadania, mas uma forma de mediação institucional que garanta e aprofunde a própria democracia.

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*.

4.9 Fundamento ausente, fundamento sem falta

Afinal, como se pode considerar a legitimidade do processo de constitucionalização do Estado Democrático de Direito senão como sendo a própria construção, *aqui e agora*, dessa legitimidade *porvir* (DERRIDA, 2003; 2004)? E de uma legitimidade através da legalidade, do reconhecimento segundo o qual se deve, inclusive, rever a teologia política atribuída à concepção francesa do poder constituinte como ato do soberano (MARRAMAIO, 2003, p. 225-232) e compreender que, hoje, após mais de dois séculos de constitucionalismo, o poder constituinte “requer mais do que a simples e bruta tomada do poder ou manipulações palacianas para obter apoio do povo” (CARVALHO NETTO, 2002, p. 45). Nesse sentido, para Carvalho Netto, o poder constituinte, embora ilimitado em relação à ordem com a qual rompe,

encontra-se vinculado a criar instituições capazes de garantir esses princípios [liberdade e igualdade] jurídica e politicamente, pois, ao institucionalizar o poder público, o faz de tal modo que a própria constituição dos órgãos e a forma de atuação dos mesmos os densifique. O Estado moderno retira de seu próprio operar, de seu funcionamento regido por esses mesmos princípios, o substrato de legitimidade necessário à sua reprodução cotidiana. (CARVALHO NETTO, 2002, p. 41-42).

E é assim que Habermas, ao reconstruir a pergunta pressuposta a um processo constituinte legítimo – acerca de quais direitos

devemos atribuir-nos, reciprocamente, caso queiramos regular legitimamente nossa convivência por meio do Direito –, afirma que numa leitura que leva a sério a relação interna entre Direito e democracia, bem como a relação de complementaridade entre Direito e moral, a forma jurídica moderna, justificada normativamente com base no princípio do discurso enquanto princípio democrático, não se encontra à disposição da autolegislação democrática, posto que a constituiu internamente. Na modernidade, o poder constituinte legítimo só se expressa através do *medium* do Direito moderno. Nesse sentido, Habermas afirma:

Ao invés de apoiar-me num realismo moral, que tem poucas chances de ser defendido, sugiro que entendamos o próprio regresso [ao infinito] como a expressão compreensível de um aspecto do caráter da constituição dos Estados democráticos de direito, isto é, a sua abertura para o futuro: uma constituição que é democrática, não somente de acordo com seu conteúdo, mas também de acordo com a fonte de sua legitimação, constitui um projeto capaz de formar tradições com um início marcado na história. Todas as gerações posteriores enfrentarão a tarefa de atualizar a substância normativa inesgotável do sistema de direitos estatuído no documento da constituição [...]. É verdade que essa continuação falível do evento fundador só pode escapar do círculo da autoconstituição discursiva de uma comunidade, se esse processo, que não é imune a interrupções e a recaídas históricas, puder ser interpretado, em *longo prazo*, como um processo de aprendizagem que se corrige a si mesmo (2001, p. 768).

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.

Contudo, proponho uma *modificação* desse argumento, que Habermas desenvolve em resposta às críticas de Frank Michelman, no que se refere ao modo de se compreender o problema do *regresso*

ao *infinito* e a questão do *fundamento* do Estado Democrático de Direito. O primeiro aspecto diz respeito ao *modo de exposição* da tese da relação interna entre Estado de Direito e democracia. A questão central é o agravamento do chamado “déficit histórico e sociológico” na abordagem de temas normativos, apresentados pela teoria do agir comunicativo, como Honneth chama atenção desde a década de 80 do século passado (2002a, 2002b, 2006, 2007b). Cabe aqui sublinhar que Habermas insiste em se utilizar da linguagem do contratualismo e prefere simular um “experimento de pensamento”, ao invés de radicalizar o enfoque reconstrutivo que sua própria teoria propõe, o que lhe permitiria situar historicamente as exigências normativas que se impuseram ao longo do processo de modernização. Já o segundo aspecto remete ao modo de compreensão do chamado deslocamento temporal do fundamento do direito, do passado para o futuro, em razão do caráter de abertura ao futuro das constituições democráticas (HABERMAS, 2001). Essa tese exige maiores precisões: a questão que o tempo presente nos coloca ao pensamento não é propriamente a do deslocamento temporal, puro e simples, do passado ao futuro (Cf. LUHMANN, 1990). É preciso estar atento quanto ao modo e ao grau dessa abertura ao futuro (MARRAMAO, 2005b, p. 83). O Direito não terá um “fundamento” no futuro se não tiver no presente e se o presente também não se abrir ao passado como seu futuro, aprendendo a lidar com o risco de perda do espaço de experiência – como no caso do Direito, com o risco permanente da perda da memória dos percursos e das lutas por reconhecimento de direitos ao longo da história (Cf. RICOEUR, 2000, 2007; HONNETH, 2002, 2006, 2007). Corremos o risco de vivermos, recorrentemente, como chama atenção Marramao (2008 a, p. 95-107), a *síndrome da pressa*, ou seja, a de um *futuro passado*, a redução do *espaço de experiência*, a *hipertrofia do horizonte de expectativa*, enfim, o não aprendizado com uma experiência intercompartilhada. Aqui, o tema da *reificação*, em Honneth (2007, p. 63), “como esquecimento do reconhecimento”, pode ser enriquecido com a reflexão de Marramao (2005b, p. 73-106) sobre os temas do tempo cairológico – do tempo oportuno ou devido – e da síndrome da pressa – ou do futuro passado –, por meio de instigantes inter-relações (cf. MARRAMAO, 2008a, p. 33-36). E é assim que se deve, pois, perguntar, com Derrida e Roudinesco: “qual amanhã?” (2004).

Como lembrava Arendt, os revolucionários franceses e norte-americanos de fins do século XVIII procuraram lidar de modo

distinto com a questão acerca da “necessidade de um absoluto”, que em ambos os lados do Atlântico teria surgido no curso das revoluções, uma vez que nem os norte-americanos, nem os franceses poderiam justificar, respectivamente, quer na tradicional Constituição britânica, quer no tradicional direito francês anterior ao período do Absolutismo, as rupturas jurídico-políticas que estavam empreendendo. Isto porque, do ponto de vista do direito tradicional, tanto uma declaração de independência e o não reconhecimento da autoridade da Coroa britânica, quanto uma retirada do Terceiro Estado da Assembleia dos Estados Gerais seriam “atos inconstitucionais”; e, assim, também as deliberações que a partir dali fossem tomadas (1990, p. 156-171).

Segundo Arendt, para solucionar o problema deste “círculo vicioso” que poderia levar à falta de um fundamento capaz de justificar suas ações, é que Sieyes teria construído a concepção do poder constituinte distinto dos poderes constituídos, bem como atribuído a origem comum do poder e da autoridade à Nação soberana, encarnada pelo Terceiro Estado e, mais tarde, pela Assembleia Nacional Constituinte, pelas convenções que a sucederam, assim como por todos que, como Bonaparte, se autoproclamaram delegados desse “soberano” (1990, p. 156-171).

Por outro lado, já a “solução norte-americana” teria envolvido, justamente, a atribuição de duplo sentido ao ato jurídico-político de constituição dos Estados Unidos da América: a Constituição norte-americana, enquanto “ato de fundação”, teria ao mesmo tempo o sentido de um *principium*, ou seja, de princípio, e de preceito, de começo e de norma que se auto-expressa no próprio começar. Assim, segundo Arendt:

O que salva o ato de iniciação de sua própria arbitrariedade é que ele traz dentro de si mesmo a sua própria norma, ou, mais precisamente, que o princípio e a norma, o *principium* e o preceito, além de se relacionarem um com o outro, são também contemporâneos. O absoluto, do qual o começo deve derivar sua própria validade e que deve salvá-lo de sua inerente arbitrariedade, é a norma, que aparece no mundo ao mesmo tempo em que o começo. O modo pelo qual o iniciador principia o que quer que pretenda fazer determina a lei da ação a ser observada por todos os que a ele se unirem,

para partilhar de seu empreendimento e levá-lo à concretização. A norma, como tal, inspira as ações que haverão de se seguir e permanece atuante durante todo o tempo em que essas ações perdurarem (1990, p. 170).

A partir de tal ato de fundação ou *principium*, enquanto preceito que se expressa no iniciar, o povo (*the People*, que em inglês é uma palavra no plural) constituir-se-ia como um novo corpo jurídico-político, *constituído* de forma plural por cidadãos que, no exercício de sua autonomia política, assumiriam o compromisso, a mútua promessa, de reciprocamente reconhecerem-se iguais direitos de liberdade. Promessa mútua, essa, que teria criado laços com o futuro, sendo, pois, renovável e alargada; a cada decisão judicial, que possuiria a autoridade para reinterpretá-la, ou a cada emenda constitucional, que viria a desenvolvê-la, resgatando, assim, o sentido normativo que se teria autoexpressado no processo constituinte de elaboração e de ratificação do texto constitucional. Assim, para a compreensão do sentido normativo inerente ao próprio ato de fundação, nos termos em que Arendt o concebe, é fundamental, aqui, o conceito de “promessa” (ARENDR, 1958, p. 243 e ss; CALVET DE MAGALHÃES, 2007), assim como a sua importância:

Nesse sentido, o curso da Revolução Americana nos mostra um exemplo inesquecível e nos ensina uma lição sem precedentes; pois essa revolução não eclodiu simplesmente, mas foi antes conduzida por homens que tomaram juntos uma resolução, unidos pela força de compromissos mútuos. O princípio veio à luz durante os conturbados anos em que foram lançadas as fundações – não por determinação de um arquiteto, mas pelo poder combinado de muitos – foi o princípio interconexo da promessa mútua e da deliberação comum (ARENDR, 1990, p. 170).

Desse modo, é possível resgatar um importante “tesouro” para a teoria constitucional contemporânea, a partir das reflexões de Arendt sobre as revoluções do século XVIII: o constitucionalismo democrático não possui necessariamente uma legitimidade vivida como *falta* de um fundamento último, como uma espécie de nostalgia desse fundamento, como dor e obsessão da perda de fundamento

último, *soberano* (MARRAMAO, 2000, p. 311-329), enfim, como se um fundamento último *fizesse falta* ao constitucionalismo democrático. O fundamento último e soberano não faz falta. Ao contrário, o constitucionalismo democrático lança-se, pois, *aqui e agora*, a um *porvir*, a um *futuro-em-aberto*, como projeto falível, mas no sentido de que o *presente* pode ser o *futuro* de um *passado* que agora é *redimido* pelo agir político-jurídico, constitucional, *que o constitui*. Essa abertura remete à própria questão da legitimidade vivida como *vazio, não mais passível de ser preenchido*, e como *ausência assimilada* – e não como *falta*⁴ – de fundamento último, ao processo jurídico-político de construção da legitimidade por meio da realização no tempo histórico da relação interna entre as noções de autogoverno e de iguais direitos individuais de liberdade, concretizadores de uma noção complexa de autonomia. E é somente assim que se pode, portanto, afirmar que as exigências normativas que se colocam a esse processo constituinte, ao invés de barreiras a ele, são, na verdade, constitutivos dele, são uma forma de explicitação ou de autoexpressão da própria noção complexa de autonomia que lhe é subjacente (HABERMAS, 2001, p. 171).

4.10 Considerações *porvir*

Por meio da reflexão até aqui desenvolvida, que tomou como ponto de partida o caso brasileiro, é possível contribuir com alguns apontamentos para uma reconstrução das relações que uma constituição democrática desenvolve com o tempo histórico. Essas relações, o modo com que uma constituição histórica articula memória e projeto, experiência e expectativa, podem ser compreendidas no sentido de um processo de constitucionalização, não linear e descontínuo, assim reconstruído como processo de lutas por reconhecimento e de aprendizagem social com o Direito, que se realiza ao longo da

4. A minha referência *originária*, para distinguir *falta* e *ausência*, é o poema *Ausência*, de Carlos Drummond de Andrade: “Por muito tempo achei que a ausência é falta./E lastimava, ignorante, a falta./Hoje não a lastimo./Não há falta na ausência./A ausência é um estar em mim./E sinto-a, branca, tão pegada, aconchegada nos meus braços,/que rio e danço e invento exclamações alegres,/porque a ausência, essa ausência assimilada,/ninguém a rouba mais de mim.”

história, todavia sujeito a interrupções e a tropeços, mas que também é capaz de se autocorrigir.

Além disso, um processo de constitucionalização não pode ser reduzido de forma historicista a um único “grande evento”, unitário ou unificador, mesmo àquele grande evento de elaboração e promulgação do texto da constituição, em razão do caráter *desterritorializante*, insaturável e “*infuturante*” (MARRAMAO, 2008a, p. 169-189) – ou seja, polêmico, dinâmico, mas não relativo – dos princípios e direitos fundamentais que um texto constitucional interpreta (MARRAMAO, 2003, p. 228-229). E isso porque a constitucionalização é a expressão de “uma fundação como promessa”; e, portanto, está sempre *porvir*, por ser processo não linear e por vezes descontínuo de aprendizagem social, de abertura a um futuro-em-aberto, a um *porvir* (DERRIDA, 1992; 2003). Nesse sentido, toda constituição democrática “não é uma utopia social e nem sequer é um substituto para esta ideia” (HABERMAS, 1998, p. 530).

Este *porvir*, esta abertura, por assim dizer, – *é cobrado* ao presente por seu passado, na própria dinâmica interna de constitucionalização. Exatamente no sentido contrário de “um passado que queira vincular o futuro” ou de “mortos que queiram vincular os vivos”, até porque esta seria uma pretensão irrealizável, uma *paixão inútil*. O que esta abertura recoloca é a constitucionalização como tarefa permanente, e transmitida pelo passado, a cada nova geração – e, assim, os grandes eventos que marcam a sua descontinuidade e abertura poderão ser retrospectivamente recompostos como partes desse aprendizado histórico não linear, que representa a experiência da cidadania –, no exercício da autodeterminação jurídico-política e na defesa do patriotismo constitucional, sobre o pano de fundo de uma história mundial do constitucionalismo democrático. E talvez esta seja a nossa única herança do passado a ser resgatada, a responsabilidade no presente por um futuro-em-aberto.

Como lembra Marramao, o processo de constitucionalização é sempre “uma obra de reconstrução do navio em mar aberto” (2003, p. 240), de um navio que já deixou o porto, que já navega pelo mar.

Assim, num processo de constitucionalização, as exigências normativas que se colocam historicamente no interior desse processo constituinte – ou de constituição – que se realiza ao longo do tempo, ao contrário de barreiras a ele, são, na verdade, constitutivas dele, são uma forma de explicitação ou de autoexpressão da própria

noção complexa de autonomia que lhe é subjacente (ARENDDT, 1990, p. 170). Em outras palavras, todo processo de constitucionalização é um processo de *autoconstitucionalização*.

Mas, então, quem é o povo-sujeito desse e nesse processo de constitucionalização? A ideia do processo de constitucionalização como aprendizado social, tarefa cotidiana e permanente, exige romper com a teologia política, com esta *máscara totêmica* ou simulacro, de uma *imagem icônica* do sujeito-povo ou nação como totalidade homogênea (MARRAMAIO, 2003, p. 225-232) – este *fantasma* da soberania, como diria Derrida (2008, p. 39). Um dos maiores problemas da democracia constitucional é ainda a *obsessão* pela *falta*, pela *presença de uma ausência*, de uma soberana una e indivisível, pela nostalgia do soberano deposto, morto ou exilado – que corre o risco, a todo momento, de ter o lugar reocupado de forma autoritária (MARRAMAIO, 2000, p. 300-329) –, na perspectiva democrática de que tal processo de constitucionalização se desenvolve no tempo histórico como construção polêmica, conflituosa e, portanto, rica e plural de uma identidade constitucional múltipla e aberta (MARRAMAIO, 2003, p. 84-122; p.172-192; p. 202-241).

É no sentido de uma identidade constitucional não-identitária e não idêntica construída ao longo do tempo, de uma identidade múltipla, aberta e, por isso, não mais passível de ser reificada, do(s) *povo(s) como instância(s) plural(is)*, capaz de romper com a retórica da *democracia possível* e de seu *autoritarismo instrumental*, em direção a uma *democracia sem espera* – atenta para uma *democracia porvir* (DERRIDA, 2003), para uma democracia compreendida *como comunidade paradoxal*, “como comunidade dos sem comunidade” e para um “universalismo da diferença” (Marramaio, 2003, p. 192) –, que podemos, mais uma vez, concordar com Habermas quando afirma que “no Estado Democrático de Direito, compreendido como a morada de uma comunidade jurídica que se organiza a si mesma, o lugar simbólico de uma soberania discursivamente fluidificada deve permanecer *vazio*” (1998, p. 529).

Referências

ALVES, Maria Helena Moreira. *Estado e oposição no Brasil*. Bauru: EDUSC, 2005.

ANDRADE, Carlos Drummond de. *Ausência*. Disponível em: <<http://www.lumiarte.com/luardeoutono/drummond1.html#7>>. Acessado em: 12/01/2009.

ARENDT, Hannah. *The Human Condition*. Chicago: University of Chicago, 1958.

ARENDT, Hannah. *Da revolução*. Tradução de Fernando Dídimo Vieira. São Paulo: Ática, 1990.

BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes de. *História constitucional do Brasil*. Brasília: Paz e Terra, 1989.

BARACHO JUNIOR, José Alfredo de Oliveira. Dimensões paradoxais da jurisdição constitucional. In: CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade; MACHADO, Felipe Daniel Amorim (Orgs.) *Constituição e Processo*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p. 153-167.

BEINER, Ronald. Walter Benjamin's Philosophy of History. *Political Theory*, v. 12, n. 3, 1984, p. 423-434.

BENJAMIN, Walter. Tesi di filosofia della storia. In: Angelus Novus: saggi e frammenti. Renato Solmi (Org.) Torino: Einaudi, 1995, p. 75-86.

BENJAMIN, Walter. *Opere complete*. VII Scritti 1938-1940. Rolf Tiedelmann e Herman Schweppnhäuser (orgs.). Enrico Ganni (Org. Trad. It.) Torino: Einaudi, 2006.

BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. *Stato, costituzione, democrazia: studi di teoria della costituzione e di diritto costituzionale*. Michele Nicoletti e Omar Brino (Org.) Milano: Giuffrè, 2006.

BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. *Diritto e secolarizzazione: dallo Stato moderno all'Europa unita*. Geminello Preterossi (org.) Roma-Bari: Laterza, 2007.

CALVET DE MAGALHÃES, Theresa. Ação, linguagem e poder: Uma releitura do capítulo V [*Action*] da obra *The Human Condition*. 2007. Disponível em: <<http://www.fafich.ufmg.br/~tcalvet>>. Acesso em: 12 jan. 2009.

CANDIDO, Antonio. Introdução. In: HOLANDA, Sérgio Buarque de. *Raízes do Brasil*. São Paulo: Companhia das Letras, 1995, p. 9-25.

CARVALHO, José Murilo de. *Cidadania no Brasil: o longo caminho*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2001.

CARVALHO, José Murilo de. *Pontos e bordados*. Escritos de história e política. Belo Horizonte: Editora UFMG, 1998.

CARVALHO, José Murilo de. *A construção da ordem/Teatro de sombras*. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 1996.

CARVALHO, José Murilo de. *A formação das almas: o imaginário da República*. São Paulo: Companhia das Letras, 1990.

CARVALHO, José Murilo de. *Os bestializados: o Rio de Janeiro e a República que não foi*. São Paulo: Companhia das Letras, 1987.

CARVALHO NETTO, Menelick de. *A sanção no procedimento legislativo*. Belo Horizonte: Del Rey, 1992.

CARVALHO NETTO, Menelick de. A revisão constitucional e a cidadania: a legitimidade do poder constituinte que deu origem à Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e as potencialidades do poder revisional nela previsto. *Revista do Ministério Público Estadual do Maranhão*, n. 9, jan./dez. de 2002, p. 5-50.

CARVALHO NETTO, Menelick de. A hermenêutica constitucional e os desafios postos aos direitos fundamentais. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (Coord.). *Jurisdição constitucional e direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 141-164.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. *Poder constituinte e patriotismo constitucional: O projeto constituinte do Estado Democrático de Direito na Teoria Discursiva de Jürgen Habermas*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2006.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. *Direito, política e filosofia: Contribuições para uma teoria discursiva da constituição no marco do patriotismo constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

CHRISTOFOLETTI, Rogério. *O discurso da transição: mudança, ruptura e permanência*. Itajaí: Univali, 2000.

COMPARATO, Fábio Konder. Réquiem para uma Constituição. In: FIOCCA, Demian; GRAU, Eros Roberto. *Debates sobre a Constituição de 1988*. São Paulo: Paz e Terra, 2001, p.77-87.

COSTA, Maria Teresa. *Il carattere distruttivo*. Walter Benjamin e il pensiero della soglia. Roma: Quodlibet, 2008.

DERRIDA, Jacques. *Incondizionalità o sovranità*. Tradução de Simone Regazzoni. Milano: Mimesis, 2008.

DERRIDA, Jacques. Force of Law: The “mystical foundation of authority”. In: Drucilla Cornell (Org.) *Deconstruction and the Possibility of Justice*. New York: Routledge, 1992, p. 3-67.

DERRIDA, Jacques. História da mentira: prolegômenos. Tradução de Jean Briant. *Estudos avançados*, v. 10, n. 27, 1996, pp. 7-39.

DERRIDA, Jacques. *Stati canaglia*. Tradução de Laura Otello. Milano: Raffaello Cortina, 2003.

DERRIDA, Jacques; ROUDINESCO, Elisabeth. *De que Amanhã. Diálogo*. Tradução de André Telles. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2004.

DERRIDA, Jacques. *Breve storia della menzogna: prolegomena*. Roma: Alberto Castelvechi, 2006.

DWORKIN, Ronald. *Law's empire*. Cambridge, Mass.: Harvard University, 1986.

FAORO, Raymundo. *Os donos do poder: formação do patriarcado político no Brasil*. Rio de Janeiro: Globo, 2001.

FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. *Constituinte: Assembleia, processo, poder*. 2a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *A democracia possível*. São Paulo: Saraiva, 1977a.

_____. *Sete vezes democracia*. São Paulo: Saraiva, 1977b.

_____. *A reconstrução da democracia*. São Paulo: Saraiva, 1979.

_____. *O poder constituinte*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1985.

_____. *O anteprojeto dos notáveis*. São Paulo: Saraiva, 1987.

_____. Manoel Gonçalves. *A democracia no liminar do século XXI*. São Paulo: Saraiva, 2001.

_____. *O poder constituinte*. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

FREIRE, Gilberto. *Casa-grande & senzala*. Rio de Janeiro: Record, 1998.

FUNARI, Pedro Paulo A. Considerações em torno das teses sobre filosofia da história, de Walter Benjamin. *Crítica Marxista*, n. 45. s/d, p. 45-53.

GASPARI, Elio. *A ditadura envergonhada*. São Paulo: Companhia das Letras, 2001.

_____. *A ditadura escancarada*. São Paulo: Companhia das Letras, 2002.

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

HABERMAS, Jürgen. *El discurso filosófico de la modernidad*. Tradução de Manuel Jiménez Redondo. Madrid: Taurus, 1989.

_____. *Facticidad y Validez: Sobre el Derecho y el Estado Democrático de Derecho en términos de Teoría del Discurso*. Tradução de Manuel Jiménez Redondo. Madrid: Trotta, 1998.

_____. Constitutional democracy: a paradoxical union of contradictory principles? *Political Theory*, v. 29, n. 6, dec. 2001, p. 766-781.

_____. *Tra scienza e fede*. Tradução de Mario Carpitella. Roma-Bari: Laterza, 2008.

HOLANDA, Sérgio Buarque de. *Raízes do Brasil*. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

HONNETH, Axel. *Crítica del potere: La teoría della società in Adorno, Foucault e Habermas*. Tradução de Maria Teresa Sciacca. Bari: Dédalo, 2002a.

_____. *Lotte per riconoscimento: proposte per un'etica del conflitto*, Cidade: Editora, 2002b.

_____. *La société du mépris: vers une nouvelle théorie critique*. Paris: La découverte, 2006.

_____. *Reificazione: Un studio in chiave di teoria del riconoscimento*. Tradução de Carlo Sandrelli. Roma: Meltemi, 2007a.

_____. *Sofrimento de indeterminação: Uma reatualização da Filosofia do Direito de Hegel*. Trad. Rurion Soares Melo. São Paulo: Singular/Esfera Pública, 2007b.

JOBIM, Nelson Azevedo. A constituinte vista por dentro – vicissitudes, superação e efetividade de uma história real. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (Org.) *15 anos de Constituição: história e vicissitudes*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

KELSEN, Hans. O conceito de Estado e a psicologia social. Com especial referência à teoria de grupo de Freud. In: KELSEN, Hans. *A democracia*. Tradução de Ivone Castilho Benedetti e outros. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 303-343.

KOSELLECK, Reinhart. *Futuro passado: contribuição à semântica dos tempos históricos*. Rio de Janeiro: Contraponto/PUC-RJ, 2006.

LUHMANN, Niklas. *Sistemi sociali*. Tradução de Alberto Febrajjo. Bologna: Il Mulino, 1990.

MARENCO, André. Devagar se vai ao longe? A transição para a democracia no Brasil em perspectiva comparada. In: MELO, Carlos Ranulfo e SÁEZ, Manuel Alcântara (Orgs.) *A democracia brasileira: Balanço e perspectivas para o século 21*. Belo Horizonte: UFMG, 2007, p. 73-105.

MARRAMAO, Giacomo. *Poder e secularização: as categorias do tempo*. São Paulo: UNESP, 1995.

_____. *Passaggio a occidente: Filosofia e globalizzazione*. Torino: Bollati Boringhieri, 2003.

_____. *Minima temporalia: tempo, spazio, esperienza*. Roma: Luca Sossela, 2005a.

_____. *Kairós: apologia del tempo debito*. Roma-Bari: Laterza, 2005b.

_____. Narrazione e contingenza (da un'intervista con Manuel Orazi) In: GUIDARNELI, Gianmario; MALACRINO, Carmelo G.

(Orgs.). *Storia e narrazione: retórica, memória, imagini*. Milano: Bruno Mondadori, 2005, p. 21-24.

_____. *La passione del presente*. Torino: Bollati Borinhieri, 2008a.

_____. Pensare Babele. L'universale, il multiplo, la differenza. *Iride*, XXI, 52, gennaio/aprile de 2008b, p. 17-27.

_____. Hyperbolé. Política, potere, potenza. Conferência realizada em Napoli, 2008c.

_____. Messianism without delay: on the post-religious political theology of Walter Benjamin. *Constellations*, v. 15, n. 3, 2008d, p. 397-405.

MATTA, Roberto da. *Carnavais, malandros e heróis*. Rio de Janeiro, Zahar, 1981.

_____. *O que faz o Brasil, Brasil?* Rio de Janeiro: Rocco, 1999.

MORAES, Vinícius de. *Poética I*. Disponível em: <<http://www.vini-ciusdemoraes.com.br>>. Acesso em: 12 jan. 2009.

MÜLLER, Friedrich. *Quem é o povo?* Tradução de Peter Naumann. São Paulo: Max Limonad, 1998.

NEUMANN, Franz L. *The democratic and the authoritarian state*. Essays in political and legal theory. Herbert Marcuse (Ed.) Glencoe: Free, 1957.

NEUMANN, Franz L. The change in fuction of law in modern society. In: NEUMANN, Franz L. e KIRCHHEIMER, Otto. *The Rule of Law under siege*. William E. Scheuerman (Ed.) Berkeley: University of Califórnia, 1996, p.101-141.

NEVES, Marcelo. *Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil*. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

_____. *A constitucionalização simbólica*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

PAIM, Antonio. Introdução. In: VIANNA, Francisco José de Oliveira. *Populações Meridionais do Brasil*. Brasília: Senado Federal, 2005, p. 19-45.

PAIXÃO, Cristiano; BARBOSA, Leonardo de Andrade. A memória da ditadura militar: a cláusula de exclusão da apreciação judicial observada como paradoxo. *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica*, v. 1, n. 6, 2008, p. 57-78.

_____.; _____. Cidadania, democracia e Constituição: o processo de convocação da Assembleia Nacional Constituinte de 1987-1988. In: PEREIRA, Flávio Henrique Unes; DIAS, Maria Tereza Fonseca (Orgs.). *Cidadania e inclusão social: estudos em homenagem à professora Miracy Barbosa de Sousa Gustin*. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 121-132.

_____. Entre passado e futuro: os desafios postos à afirmação dos direitos sociais e os 20 anos da Constituição da República. Inédito, 2008.

PAVONE, Claudio. *Prima lezione di storia contemporanea*. Roma-Bari: Laterza, 2007.

PRADO JUNIOR, Caio. *Formação do Brasil contemporâneo*. São Paulo: Brasiliense, 1969.

RAMOS, Saulo. *Código da vida: Fantástico litígio judicial de uma família, drama, suspense, surpresas e mistério*. São Paulo: Planeta, 2007.

REIS, José Carlos. *As identidades do Brasil: de Varnhagen a FHC*. Rio de Janeiro: FGV, 2006a.

REIS, José Carlos. *As identidades do Brasil 2: de Calmon a Bonfim. A favor do Brasil: Direita ou esquerda?* Rio de Janeiro: FGV, 2006b.

RICOEUR, Paul. *La mémoire, l'histoire, l'oubli*. Paris: Seuil, 2000.

RICOEUR, Paul. *Parcours de la reconnaissance: Trois études*. Paris: Gallimard, 2007.

ROSENFELD, Michel. *A identidade do sujeito constitucional*. Tradução de Menelick de Carvalho Netto. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

SANTOS, Wanderley Guilherme dos. *Ordem burguesa e liberalismo político*. São Paulo: Duas Cidades, 1978.

SCHMITT, Carl. *Théologie Politique, 1922, 1969*. Tradução de Jean-Louis Schlegel. Paris: Gallimard, 1988.

SCHOLEM, Gershom. *Walter Benjamin e il suo angelo*. Milano: Adelphi, 2007.

SILVA, Francisco Carlos Teixeira da. Crise da ditadura e o processo de abertura política no Brasil. In: FERREIRA, Jorge e DELGADO, Lucília de Almeida Neves (orgs.) *O tempo da ditadura*. Col. Brasil Republicano, v. 4. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2008, p. 243-282.

SILVA, José Afonso da. *Poder constituinte e poder popular*. São Paulo: Malheiros, 2000.

SORJ, Bernardo. *A democracia inesperada: Cidadania, direitos humanos e desigualdade social*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2004.

VIANNA, Francisco José de Oliveira. *Populações Meridionais do Brasil*. Brasília: Senado Federal, 2005.

FONTES: Brasil. Câmara dos Deputados. Portal da Constituição Cidadã 20 anos. Disponível em: <<http://www2.camara.gov.br/internet/constituicao20anos>>. Acesso em: 12 jan. 2009.

[\[Volta ao Sumário\]](#)

Parte II

ATUAÇÃO EXTENSIONISTA DO CJT/UFMG

Esta Parte II da obra diz respeito às produções que se deram no âmbito do desenvolvimento da atuação do projeto de vinculação universitária em instituições estatais e em diversas atividades junto à sociedade (sempre tendo em mente, nesse ponto, a ausência de uma oposição entre Estado e sociedade ou uma perspectiva excessivamente liberal).

O Capítulo V apresenta o memorial apresentado na ADPF 320, em trâmite perante o Supremo Tribunal Federal brasileiro. O memorial foi apresentado quando do pedido de ingresso da Comissão de Familiares de Mortos e Desaparecidos Políticos do Instituto de Estudos sobre Violência do Estado – IEVE, auxiliado pelo CJT/UFMG, como *amicus curiae* na ação, em pedido ainda pendente de julgamento pelo Ministro Relator Luiz Fux.

Já os Capítulos VI e VII cuidam dos textos elaborados pelo CJT/UFMG para os relatórios da Rede Latino-Americana de Justiça de Transição (RLAJT) de 2015 e 2016. O Capítulo VIII apresenta os manifestos produzidos na condição de, ao lado da Faculdade de Direito da UnB, sede da Secretaria da RLAJT. Tais manifestos contaram com o apoio de membros da RLAJT e tiveram, na sua redação, o trabalho de todos os pesquisadores da Secretaria da RLAJT.

MEMORIAL NA ADPF 320

Centro de Estudos sobre Justiça de Transição da UFMG

Resumo: O memorial que se segue apresenta os argumentos trazidos pela Comissão de Familiares de Mortos e Desaparecidos Políticos do Instituto de Estudos sobre Violência do Estado – IEVE, por meio do Centro de Estudos sobre Justiça de Transição, para sua admissão no feito da ADPF 320. Com este ingresso, busca-se demonstrar os fundamentos para o julgamento de procedência do pedido formulado pelo PSOL quanto ao reconhecimento de que a Lei de Anistia de 1979 não deve constituir obstáculo para a investigação e processamento de agentes públicos por graves violações de direitos humanos ou crimes contra a humanidade, assim como por crimes de desaparecimento forçado ou sequestro, praticados durante a ditadura de 1964-1985, impedindo qualquer exegese que possa ocasionar extinção de punibilidade por anistia ou prescrição, assim como o julgamento de procedência do pedido do Exmo. Sr. Procurador-Geral da República no sentido de que, nos termos do art. 10 da Lei 9.882/1999, haja “(...) comunicação a todos os poderes de que a persecução penal de graves violações a direitos humanos deve observar os pontos resolutivos 3, 5, 9 e 15 da sentença da Corte Interamericana de Direitos Humanos em face do Brasil no caso GOMES LUND, em razão de seus efeitos vinculantes para todos os órgãos administrativos, legislativos e judiciais do Estado brasileiro”.

A COMISSÃO DE FAMILIARES DE MORTOS E DESAPARECIDOS POLÍTICOS DO INSTITUTO DE ESTUDOS SOBRE VIOLÊNCIA DO ESTADO – IEVE, portadora do CNPJ 73946055/0001-62, com endereço na Rua Coração da Europa, 1.395, Bairro Bela Vista, São Paulo/SP, com o auxílio do CJT – CENTRO DE ESTUDOS SOBRE JUSTIÇA DE TRANSIÇÃO, grupo de

pesquisa voltado aos estudos da justiça de transição no Brasil e no direito comparado, e por intermédio de seus advogados devidamente constituídos nos termos da procuração anexa, vem respeitosamente, requerer seu ingresso no feito em epígrafe, na condição de *amicus curiae*, nos termos do art. 7º, § 2º, da Lei 9.868/1999.

Apresenta, desde já, MEMORIAL, requerendo sua devida atuação, bem como o julgamento de procedência do pedido feito pelo PSOL – PARTIDO SOCIALISMO E LIBERDADE, no sentido de reconhecer a obrigação dos órgãos do Poder Judiciário brasileiro de respeitar a decisão da Corte Interamericana de Direitos Humanos no *Caso Gomes Lund*, permitindo a investigação e persecução penal de agentes públicos por crimes contra a humanidade praticados durante a ditadura de 1964-1985, nos termos da presente ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 320.

O Partido Socialismo e Liberdade (doravante PSOL) propôs a presente arguição de descumprimento de preceito fundamental visando a que este Egrégio Supremo Tribunal Federal declarasse que a Lei 6.683/1979 não se aplica às “(...) graves violações de direitos humanos, cometidos [sic] por agentes públicos, militares ou civis, contra pessoas que, de modo efetivo ou suposto, praticaram crimes políticos; e, de modo especial, que tal Lei não se aplica aos autores de crimes continuados ou permanentes, tendo em vista que os efeitos desse diploma legal expiraram em 15 de agosto de 1979 (art. 1º)” (destaques do original). Requereu-se, também, que esta Colenda Corte determinasse o cumprimento por todos os órgãos do Estado brasileiro de todos os pontos decisórios da conclusão da Sentença da Corte Interamericana de Direitos Humanos (doravante CteIDH) no *Caso Gomes Lund v. Brasil* (“*Guerrilha do Araguaia*”).¹

Foram admitidos no feito, na qualidade de *amici curiae*, o Conselho Nacional de Igrejas Cristãs do Brasil (CONIC) e o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (CFOAB). O Conselho Federal de Serviço Social manifestou-se repudiando

1. CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Gomes Lund e Outros (“Guerrilha do Araguaia”) vs. Brasil*. Sentença de 24 de novembro de 2010. Disponível em: <www.corteidh.or.cr>. Acesso em: 1º jan. 2011.

a anistia para crimes de lesa-humanidade praticados pela ditadura civil-militar. O Procurador-Geral da República apresentou parecer manifestando-se pelo conhecimento e procedência parciais dos pedidos formulados na ADPF 320. Prestou informações o Congresso Nacional. A Presidência da República manifestou-se demonstrando ciência em relação às ações penais propostas pelo MPF que visam à responsabilização por crimes contra a humanidade, indicando a impossibilidade de anistia e prescrição para tais atos. Em sua manifestação, a Advocacia-Geral da União também busca demonstrar que não têm sido constituídos por parte do Poder Executivo óbices à propositura de tais ações.

5.1 Relevância e representatividade do postulante para ingresso no feito

A Comissão de Familiares de Mortos e Desaparecidos Políticos do Instituto de Estudos sobre Violência do Estado – IEVE – vem há décadas lutando no Brasil para o esclarecimento de mortes e desaparecimentos forçados ocorridos no contexto da ditadura de 1964-1985. Com a abertura da Vala Clandestina de Perus, em 1990, em São Paulo, seus trabalhos se intensificaram. O IEVE tem como objetivos:

(...) promover a continuidade das investigações sobre as circunstâncias das mortes e localização dos restos mortais das vítimas da ditadura militar, dando prosseguimento às pesquisas nos arquivos da polícia política, os DOPS, e demais arquivos e locais que as possibilitem. Tem como objetivos, também, identificar os responsáveis pela tortura, assassinatos e ‘desaparecimentos’ políticos e incentivar medidas judiciais para a reparação moral e material das vítimas da repressão política. Pretende, também, organizar e fornecer fontes, incentivar pesquisas acadêmicas, jornalísticas e da sociedade em geral, contribuindo para o debate e o desvendamento da história do passado recente do Brasil.²

2. Cf. http://www.desaparecidospoliticos.org.br/quem_somos_instituto.php?m=2. Acesso em: 26 jan. 2015.

A Comissão de Familiares de Mortos e Desaparecidos Políticos do Instituto de Estudos sobre Violência do Estado – IEVE – participou ativamente do procedimento perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos (CteIDH) que levou à condenação da República Federativa do Brasil no *Caso Gomes Lund*. Cumpre, portanto, todos os requisitos de relevância e representatividade para ingressar no presente feito.

Esses requisitos estão ainda mais reforçados com o auxílio que a Comissão de Familiares tem nesta ação do CJT – Centro de Estudos sobre Justiça de Transição. O CJT foi constituído a partir da necessidade de análise científica e sistemática da atuação do sistema de justiça para a investigação e, quando cabível, punição por crimes contra a humanidade praticados na ditadura de 1964-1985, bem como promover o direito à memória e à verdade, em uma perspectiva holística desses elementos. Ele se dedica à verificação da incorporação no Brasil de normas do Direito Internacional dos Direitos Humanos, visando a demonstrar seu cabimento no contexto brasileiro e em relação a crimes de agentes da ditadura. No aspecto extensionista, dialoga com atores da sociedade civil e atores estatais, como a Comissão da Verdade do Estado de Minas Gerais – COVEMG, promovendo medidas concretas para o asseguramento da justiça de transição no Brasil. Institucionalmente, o CJT é vinculado ao Departamento de Direito Público da Faculdade de Direito da UFMG, contando com pesquisadores deste órgão, do Departamento de Ciência Política da UFMG, da Universidade de Brasília, da Universidade de São Paulo, da Universidade Federal de Ouro Preto, da Universidade Federal de Lavras e do King's College Brazil Institute, sediado em Londres.

Assim, diante da presença dos requisitos de relevância e representatividade, requer-se o ingresso no feito, na condição de *amicus curiae*, aduzindo-se, desde já, as razões abaixo elencadas para procedência do pedido.

5.2 Preliminares de mérito: do cabimento da ADPF 320 como arguição incidental

Como bem se posicionou o Exmo. Sr. Procurador-Geral da República, a presente ADPF 320 deve ser conhecida na modalidade de

arguição incidental. De fato, este Colendo STF já decidiu no sentido do cabimento da ADPF para os casos de decisões díspares da Justiça brasileira a respeito de determinada matéria (ADPF's 33, 144 e 187). No caso, verifica-se que há recusa de diversos órgãos do Poder Judiciário brasileiro em dar efetivo cumprimento ao que foi decidido no *Caso Gomes Lund* pela CteIDH. Dentre as 11 ações penais propostas pelo MPF até o momento, há várias decisões judiciais que insistem em invocar a Lei de Anistia como barreira para o prosseguimento das mesmas, seja por meio de decisões de não recebimento, julgamento de recursos ou julgamento de *habeas corpus*.

Além das decisões arroladas pelo Procurador-Geral da República,³ outras decisões mais recentes têm insistido em ignorar o que fora determinado pela CteIDH. A título de exemplo, verifique-se o que foi decidido nos autos da ação criminal 0016351-22.2014.4.03.6181, que visava estabelecer a responsabilidade criminal dos supostamente envolvidos na morte e tortura de Hécio Pereira Fortes, em contexto de ataque sistemático e generalizado à população civil. A Exma. Sra. Juíza Federal Andréia Silva Sarney Costa Moruzzi afirmou que:

Os fatos descritos na vestibular ocorreram em 1971, durante a ditadura militar, razão pela qual é forçoso reconhecer a extinção da punibilidade, em decorrência da concessão de anistia (art. 107, II, CP). Com efeito, a Lei n. 6.683/79 estabelece que os crimes políticos ou conexos com estes, considerando-se conexos os crimes de qualquer natureza relacionados com crimes políticos ou praticados por motivação política, perpetrados entre 02.09.1961 a 15.08.1979, foram anistiados (...).⁴

3. BRASIL. Procuradoria-Geral da República. Parecer na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 320. Relator Ministro Luiz Fux. Disponível em <www.stf.jus.br>. Acesso em: 22 out. 2014, p. 23-25.

4. BRASIL. Justiça Federal. 1a Vara Federal Criminal da Seção Judiciária de São Paulo. Juíza Substituta Andréia Silva Sarney Costa Moruzzi. Autos nº 001635122.2014.4.03.6181 Andréia Silva Sarney Costa Moruzzi. Disponível em <http://s.conjur.com.br/dl/sentenca-ustra-helcio-pereira-fortes.pdf>. Acesso em: 26 jan. 2015.

Verifica-se, portanto, que não há observância, e nem mesmo menção, ao que fora estabelecido pela CteIDH no *Caso Gomes Lund*. Há, portanto, total ausência de reconhecimento do efeito vinculante dessa decisão. Portanto, a presente ADPF 320 deve ter o pedido de reconhecimento dessa vinculação julgado procedente, vez que tal descumprimento não enseja apenas uma violação de normas internacionais, mas de normas da Constituição da República de 1988, em específico, aquelas constantes dos arts. 1º, inc. III, 4º, inc. II, 5º, §§ 1º e 2º, todos do corpo permanente, e 7º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. Como bem destacou o Procurador-Geral da República:

Portanto, a arguição é cabível na parte em que argui descumprimento de preceitos fundamentais pela recusa de órgãos do sistema de justiça brasileiro em dar concretude à sentença da Corte Interamericana de Direitos Humanos tomada no caso GOMES LUND, especificamente ao determinar a responsabilização dos autores de graves violações a direitos fundamentais, com afastamento dos preceitos internos relativos à anistia e à prescrição, assim como a caracterização da permanência nas hipóteses de desaparecimentos forçado de pessoas. Há potencial violação aos preceitos dos artigos 1º, inciso III (princípio da dignidade do ser humano), 4º, inciso II (prevalência dos direitos humanos nas relações internacionais), 5º, §§ 1º e 2º (eficácia plena e imediata de preceitos de proteção a direitos fundamentais e aplicabilidade dos tratados internacionais de direitos humanos), todos da Constituição da República, e ao artigo 7º do ADCT (vinculação do Brasil a tribunais internacionais de direitos humanos).⁵

5. BRASIL. Procuradoria-Geral da República. Parecer na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 320. Relator Ministro Luiz Fux. Disponível em <www.stf.jus.br>. Acesso em: 22 out. 2014, p. 29.

5.3 Mérito: a necessidade de cumprimento da decisão da CtIDH e a ocorrência de crimes contra a humanidade na ditadura de 1964-1985

5.3.1 A decisão da CtIDH no *Caso Gomes Lund*⁶

Após o insucesso parcial da medida judicial na Ação Ordinária nº 82.00.24682-5, que visava responsabilizar o Estado brasileiro pelos desaparecimentos forçados ocorridos no contexto da Guerrilha do Araguaia, e tendo em vista, principalmente, a delonga na solução do caso, o Centro pela Justiça e o Direito Internacional (CEJIL), o Human Rights Watch/Americas, assim como o Grupo Tortura Nunca Mais do Rio de Janeiro e este *amicus curiae* ofereceram uma representação em 7 de agosto de 1995 à Comissão Interamericana de Direitos Humanos em vista da violação pelo Brasil dos direitos humanos previstos nos arts. I, XXV e XXVI da Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem e nos arts. 4, 8, 12, 13 e 25 da Convenção Americana de Direitos Humanos. O caso recebeu o nº de 11.552 na Comissão, tendo sido admitido no Relatório de Admissibilidade nº 33/2001 e resultando no Relatório de Mérito nº 91/2008, do qual o Brasil foi devidamente notificado.

6. Item redigido com base em MEYER, Emilio Peluso Neder. *Ditadura e Responsabilização: elementos para uma justiça de transição no Brasil*. Belo Horizonte: Arraes, 2012. Cf., também, MEYER, Emilio Peluso Neder. CATTONI, Marcelo. Anistia, história constitucional e direitos humanos: o Brasil entre o Supremo Tribunal Federal e a Corte Interamericana de Direitos Humanos. In CATTONI, Marcelo (Org.). *Constitucionalismo e História do Direito*. Belo Horizonte: Pergamum, 2011, p. 249-288; TORELLY, Marcelo D. *Justiça de Transição e Estado Constitucional de Direito - perspectiva teórico-comparativa e análise do caso brasileiro*. Belo Horizonte: Fórum, 2012; SILVA FILHO, José Carlos Moreira da. O Julgamento da ADPF 153 pelo Supremo Tribunal Federal e a Inacabada Transição Democrática Brasileira. In: Wilson Ramos Filho. (Org.). *Trabalho e Regulação - as lutas sociais e as condições materiais da democracia*. Belo Horizonte: Fórum, 2012, v. 1, p. 129-177; SILVA FILHO, José Carlos Moreira da; CASTRO, Ricardo Silveira. Justiça de Transição e Poder Judiciário brasileiro - a barreira da Lei de Anistia para a responsabilização dos crimes da ditadura civil-militar no Brasil. *Revista de Estudos Criminais*, n.53, p.50-87; VENTURA, Deisy. A Interpretação judicial da Lei de Anistia brasileira e o Direito internacional. In: PAYNE, Leigh; ABRÃO, Paulo; TORELLY, Marcelo (orgs.). *A Anistia na era da responsabilização: o Brasil em perspectiva internacional e comparada*. Brasília: Ministério da Justiça, Comissão de Anistia; Oxford: Oxford University, Latin American Centre, 2011, p. 308-34; PAIXÃO, Cristiano. *The protection of rights in the Brazilian transition: amnesty law, violations of human rights and constitutional form* (1º Sep. 2014), in forum historiae iuris <http://www.forhisiur.de/en/2014-08-paixaol/>.

Após o cumprimento do devido processo legal, a Comissão Interamericana decidiu levar o caso à Corte Interamericana de Direitos Humanos na data de 26 de março de 2009⁷. As violações da Convenção Americana de Direitos Humanos foram inúmeras e o objeto da demanda envolvia a detenção arbitrária, tortura e desaparecimento forçado de 60 a 70 militantes (número indeterminado justamente ante a falta de informações completas sobre o caso) na erradicação da Guerrilha do Araguaia entre os anos de 1972 a 1975. A Comissão foi explícita em exigir a condenação com base nas alegações do Estado de que a Lei nº 6.683/1979 representava um

7. A Comissão solicitou que a Corte Interamericana de Direitos Humanos declarasse e reconhecesse a responsabilidade do Estado brasileiro, bem como lhe ordenasse que passasse a: “Adotar todas as medidas que sejam necessárias, a fim de garantir que a Lei Nº 6.683/79 (Lei de Anistia) não continue representando um obstáculo para a persecução penal de graves violações de direitos humanos que constituam crimes contra a humanidade; b. Determinar, através da jurisdição de direito comum, a responsabilidade penal pelos desaparecimentos forçados das vítimas da Guerrilha do Araguaia e a execução de Maria Lúcia Petit da Silva, mediante uma investigação judicial completa e imparcial dos fatos com observância ao devido processo legal, a fim de identificar os responsáveis por tais violações e sancioná-los penalmente; e publicar os resultados dessa investigação. No cumprimento desta recomendação, o Estado deverá levar em conta que tais crimes contra a humanidade são insuscetíveis de anistia e imprescritíveis; c. Realizar todas as ações e modificações legais necessárias a fim de sistematizar e publicar todos os documentos relacionados com as operações militares contra a Guerrilha do Araguaia; d. Fortalecer com recursos financeiros e logísticos os esforços já empreendidos na busca e sepultura das vítimas desaparecidas cujos restos mortais ainda não tenham sido encontrados e/ou identificados; e. Outorgar uma reparação aos familiares das vítimas desaparecidas e da pessoa executada, que inclua o tratamento físico e psicológico, assim como a celebração de atos de importância simbólica que garantam a não repetição dos delitos cometidos no presente caso e o reconhecimento da responsabilidade do Estado pelo desaparecimento das vítimas e o sofrimento de seus familiares; f. Implementar, dentro de um prazo razoável, programas de educação em direitos humanos permanentes dentro das Forças Armadas brasileiras, em todos os níveis hierárquicos, e incluir especial menção no currículo de tais programas de treinamento ao presente caso e aos instrumentos internacionais de direitos humanos, especificamente os relacionados com o desaparecimento forçado de pessoas e a tortura; e, g. Tipificar no seu ordenamento interno o crime de desaparecimento forçado, conforme os elementos constitutivos do mesmo estabelecidos nos instrumentos internacionais respectivos” (COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Demanda perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos. Caso 11.552: Julia Gomes Lund e Outros (Guerrilha do Araguaia) contra República Federativa do Brasil. Washington, 26 de março de 2009. Disponível em: <<http://www.cidh.oas.org/demandas/11.552%20Guerrilha%20do%20Araguaia%20Brasil%2026mar09%20PORT.pdf>>. Acesso em: 13 mar. 2012, p. 82-83.

obstáculo para a investigação, o julgamento e punição dos agentes envolvidos nos fatos. Além disto, os meios e recursos processuais postos à disposição das vítimas não foram suficientes; medidas legais e administrativas privaram as vítimas do acesso à informação; além do fato de que o desaparecimento forçado constituía uma indevida agressão aos direitos de acesso à justiça, à verdade e à informação.

No que respeita ao próprio julgamento da CteIDH, é preciso consignar que havia sido oposta pelo Estado brasileiro a exceção preliminar concernente à chamada “regra da quarta instância” e a suposta falta de esgotamento do procedimento da ADPF nº 153/DF. A proibição da quarta instância se materializou no questionamento da República Federativa do Brasil a respeito da possibilidade da CteIDH se opor à decisão do STF na ADPF nº 153/DF, decisão esta tomada pela mais alta corte de um Estado. A CteIDH decidiu que a ADPF não era uma medida judicial à disposição dos representantes, dado que no momento em que peticionaram junto à Comissão Interamericana de Direitos Humanos, em 1996, não havia regulamentação para o procedimento da arguição.

Além disto, os representantes não estão legitimados a propor tal ação e ela não seria apta a definir responsabilidades individuais e nem determinar o paradeiro das vítimas desaparecidas. A CteIDH esclareceu também que não pretendia revisar a decisão do STF, mas determinar se o Brasil violou suas obrigações internacionais. De mais a mais, a Corte poderia, conforme sua jurisprudência, examinar decisões de órgãos judiciais internos, ainda que se tratasse de tribunais superiores; seu papel se destacaria em relação ao do STF, já que ela realizaria um *controle de convencionalidade*, e não de *constitucionalidade*. De fato, este próprio Colendo STF, no julgamento do Recurso Extraordinário nº 466.343/SP⁸ estabeleceu a distinção feita pela CteIDH.

Ademais, a República Federativa do Brasil, e aí, obviamente, incluídas as suas instituições estatais, submeteu-se a um tratado internacional de normatividade inquestionável, a Declara-

8. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso extraordinário nº 466.343/SP. Recorrente: Banco Bradesco S/A. Recorrido: Luciano Cardoso Santos. Relator Ministro Cezar Peluso. Brasília/DF, 3 de dezembro de 2008. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=595444>>. Acesso em: 10 jan. 2010.

ção de Reconhecimento da Competência Obrigatória da Corte Interamericana de Direitos Humanos, por meio do Decreto nº 4.463/2002, este com data retroativa a 10 de dezembro de 1998. Desta maneira, como bem assinalou a CteIDH, não haveria jurisdição internacional da mesma apenas para fatos anteriores a 10 de dezembro de 1998, o que não compreende os 60 resistentes do Araguaia ante a permanência do crime de *desaparecimento forçado*⁹ (ou sequestro, na tipificação brasileira correspondente e na visão desta Colenda Corte esposada na Extradicação nº 974).

Desrespeitar as decisões da CteIDH significa desrespeitar o direito vigente. Mais especificamente: significa desrespeitar a Constituição, uma vez que o art. 4º estabelece que a República Federativa do Brasil rege-se em suas relações internacionais pela prevalência dos direitos humanos (inc. II) e que ela buscará a integração política e social dos povos da América Latina, todos submetidos à Organização dos Estados Americanos, cujo órgão de efetivação dos direitos humanos é a Corte Interamericana de Direitos Humanos. Em eventual descumprimento, há também, obviamente, violação do disposto no art. 7º do ADCT da Constituição da República. Além disto, até por uma questão de *integridade*, como este Egrégio STF segue uma linha de respeito à jurisprudência da CteIDH, não custa lembrar do que fora decidido no Recurso Extraordinário nº 466.343/SP e também no Recurso Extraordinário 511.961/SP¹⁰, decisões em que a jurisprudência da CteIDH foi plenamente avalizada.

9. “Ao contrário, em sua jurisprudência constante, este Tribunal estabeleceu que os atos de caráter contínuo ou permanente perduram durante todo o tempo em que o fato continua, mantendo-se sua falta de conformidade com a obrigação internacional. Em concordância com o exposto, a Corte recorda que o caráter contínuo ou permanente do desaparecimento forçado de pessoas foi reconhecido de maneira reiterada pelo Direito Internacional dos Direitos Humanos, no qual o ato de desaparecimento e sua execução se iniciam com a privação da liberdade da pessoa e a subsequente falta de informação sobre seu destino, e permanecem até quando não se conhece o paradeiro da pessoa desaparecida e os fatos não tenham sido esclarecidos. A Corte, portanto, é competente para analisar os alegados desaparecimentos forçados das supostas vítimas a partir do reconhecimento de sua competência contenciosa efetuado pelo Brasil” (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso Gomes Lund e Outros (“Guerrilha do Araguaia”) vs. Brasil. Sentença de 24 de novembro de 2010. Disponível em: <www.corteidh.or.cr>. Acesso em: 1º jan. 2011, p. 10).

10. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso extraordinário nº 511.961/SP. Recorrente: Sindicato das Empresas de Rádio e Televisão no Estado de São Paulo – SETERSP e Ministério Público Federal. Recorrida: União e Outros. Relator Ministro

A CteIDH passou a realizar, em sequência, uma análise da Lei de Anistia de 1979 no campo do *controle de convencionalidade*. Afirmou a CteIDH que a obrigação de investigação de graves violações de direitos humanos faz parte da forma de implementação da Convenção Americana de Direitos Humanos. Trata-se de obrigação de meio que deve ser assumida pelo Estado como obrigação de caráter jurídico e não pode ser recusada pela mera possibilidade de restar infrutífera. Uma investigação que se queira séria, imparcial e efetiva deverá ser implementada *ex officio*, sem depender de uma suposta gestão de interesses particulares em que as vítimas se veriam obrigadas a levar a questão ao Estado. Há, também, a necessidade de concretização de uma *responsabilização penal* decorrente da obrigação de garantia fixada no art. 1.1 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, o que obriga o Estado a pré-ordenar o aparato estatal e todas as estruturas nas quais o Poder Público se manifesta para efetivar livre exercício de direitos humanos. Tal necessidade de responsabilização penal não é um atributo exclusivo dos sistemas regionais; assim já se manifestou o Comitê de Direitos Humanos das Nações Unidas e também a Comissão de Direitos Humanos do mesmo órgão:

A antiga Comissão de Direitos Humanos das Nações Unidas reconheceu que exigir responsabilidade dos autores de violações graves dos direitos humanos é um dos elementos essenciais de toda reparação eficaz para as vítimas e ‘um fator fundamental para garantir um sistema de justiça justo e equitativo e, em definitivo, promover uma reconciliação e uma estabilidade justas em todas as sociedades, inclusive nas que se encontram em situação de conflito ou pós-conflito, e pertinente no contexto dos processos de transição’.¹¹

A CteIDH recuperou, em seguida, os diversos casos decididos por ela em que se demonstrou a incompatibilidade das anistias com

Gilmar Mendes. Brasília, 17 de junho de 2009. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=605643>>. Acesso em: 12 set. 2009.

11. CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso Gomes Lund e Outros (“Guerrilha do Araguaia”) vs. Brasil. Sentença de 24 de novembro de 2010. Disponível em <www.corteidh.or.cr>. Acesso em 1 jan. 2011, p. 53.

o Direito Internacional (Casos *Barrios Altos*, *La Cantuta* e *Almoci-nad Arellano*). Fez referência também ao Relatório do Conselho de Segurança da ONU (U.N. Doc. S/2004/616) sobre justiça de transição que rechaça a anistia em tais casos. Em sentido semelhante se manifestaram o Tribunal Penal Internacional para a ex-Iugoslávia¹² e o Tribunal Especial para Serra Leoa. De modo semelhante, a CteI-DH irá se referir a jurisprudência da Suprema Corte de Justiça da Nação Argentina, à Suprema Corte do Chile, ao Tribunal Constitucional do Peru, à Suprema Corte de Justiça do Uruguai e à Corte Constitucional da Colômbia. Com isto, foi possível para a CteIDH considerar que a Lei de Anistia viola obrigações convencionais:

Dada sua manifesta incompatibilidade com a Convenção Americana, as disposições da Lei de Anistia brasileira que impedem a investigação e sanção de graves violações de direitos humanos carecem de efeitos jurídicos. Em consequência, não podem continuar a representar um obstáculo para a investigação dos fatos do presente caso, nem para a identificação e punição dos responsáveis, nem podem ter igual ou similar impacto sobre outros casos de graves violações de direitos humanos consagrados na Convenção Americana ocorridos no Brasil¹³.

12. “At the inter-state level, it serves to internationally de-legitimise any legislative, administrative or judicial act authorizing torture. It would be senseless to argue, on the one hand, that on account of the *jus cogens* value of the prohibition against torture, treaties or customary rules providing for torture would be null and void *ab initio*, and then be unmindful of a State say, taking national measures authorising or condoning torture or absolving its perpetrators through an amnesty law” (TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA A EX-IUGOSLÁVIA. Sentença de 10 de dezembro de 1998. Caso nº IT-95-17/1-T. Disponível em: <<http://www.icty.org/x/cases/furundzija/tjug/en/fur-tj981210e.pdf>>. Acesso em: 23 mar. 2012, p. 63). Tradução livre: “No nível internacional, trabalha-se para deslegitimar internacionalmente qualquer ato legislativo, administrativo ou judicial que autorize a tortura. Seria sem sentido sustentar, de um lado, que da perspectiva do valor de *jus cogens* da proibição da tortura, tratados ou normas costumeiras permitindo a tortura seriam nulas e írritas *ab initio*, e, de outro, ser negligente ante a intervenção de um Estado que toma medidas nacionais autorizando ou louvando a tortura ou absolvendo seus perpetradores mediante uma lei de anistia”.

13. CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso Gomes Lund e Outros (“Guerrilha do Araguaia”) vs. Brasil. Sentença de 24 de novembro de 2010. Disponível em: <www.corteidh.or.cr>. Acesso em: 1º jan. 2011, p. 65.

A CteIDH também estipulou que não só as “autoanistias”, como quaisquer anistias de graves violações de direitos humanos, são incompatíveis com a Convenção Americana de Direitos Humanos. Além disso, ela também concluiu pela violação pelo Estado brasileiro do direito à integridade pessoal estabelecido no art. 5º da Convenção Americana de Direitos Humanos.

Mencione-se, também, que a Comissão Interamericana de Direitos Humanos havia destacado, como um de seus pedidos, que a CteIDH adotasse medidas no sentido de que a Lei nº 6.683/1979 não continuasse a constituir um obstáculo para a persecução penal de *graves violações de direitos humanos* que constituíssem *crimes contra a humanidade*¹⁴. A CteIDH, no voto do Juiz *ad hoc* Roberto Figueiredo Caldas, incorpora a categoria jurídica de crimes contra a humanidade¹⁵. Efetivamente, o que se nota é que houve um ataque sistematizado e generalizado a uma população civil apto a configurar aqueles atos como crimes contra a humanidade. Ainda que se utilizasse a expressão *graves violações de direitos humanos*, é possível configurar os atos praticados pela ditadura brasileira como um ataque sistemático que coloca em evidência a necessidade de uma perspectiva diferenciada a respeito dos crimes praticados por aqueles que se utilizaram do aparato estatal para se enfrentar a oposição e resistência políticas – e, de fato, veremos que a prática estatal no Brasil passou a adotar a expressão.

Veja-se que tal caracterização jurídica está claramente posta na decisão da CteIDH, juntamente com os consectários da impossibilidade da anistia para tais crimes e da imprescritibilidade:

Ademais, por se tratar de violações graves de direitos humanos, e considerando a natureza dos fatos e o caráter

14. COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Demanda perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos. Caso 11.552: Julia Gomes Lund e Outros (Guerrilha do Araguaia) contra República Federativa do Brasil. Washington, 26 de março de 2009. Disponível em: <<http://www.cidh.oas.org/demandas/11.552%20Guerrilha%20do%20Araguaia%20Brasil%2026mar09%20PORT.pdf>>. Acesso em: 13 mar. 2012, p. 82-83.

15. CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso Gomes Lund e Outros (“Guerrilha do Araguaia”) vs. Brasil. Sentença de 24 de novembro de 2010. Disponível em: <www.corteidh.or.cr>. Acesso em: 1º jan. 2011, p. 124.

continuado ou permanente do desaparecimento forçado, o Estado não poderá aplicar a Lei de Anistia em benefício dos autores, bem como nenhuma outra disposição análoga, prescrição, irretroatividade da lei penal, coisa julgada, *ne bis in idem* ou qualquer excludente similar de responsabilidade para eximir-se dessa obrigação, nos termos dos parágrafos 171 a 179 desta Sentença (...).¹⁶

A própria CteIDH já reconheceu que o Estado brasileiro encontra-se em mora no cumprimento da decisão do *Caso Gomes Lund*.¹⁷ Em primeiro lugar, a CteIDH reafirmou o princípio de Direito Internacional dos tratados e Direito Costumeiro que determina que os Estados devem assegurar no âmbito interno o cumprimento das decisões da Corte, revelando ser esta uma responsabilidade internacional. Segundo a CteIDH, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos reconheceu, nos procedimentos anteriores à sentença de cumprimento, “(...) que não há nenhum tipo de cumprimento por parte do Estado, nem sequer parcial”.¹⁸ Além disto, a CteIDH foi clara em censurar o Estado brasileiro por, mediante seus órgãos judiciais, deixar de reconhecer a vinculatividade da decisão proferida no caso *Gomes Lund*:

A Corte considera que no marco das referidas ações penais iniciadas por fatos do presente caso foram proferidas decisões judiciais que interpretam e aplicam a Lei de Anistia do Brasil de uma forma que continua comprometendo a responsabilidade internacional do Estado e perpetua a impunidade de graves violações de direitos humanos em claro

16. CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Gomes Lund e Outros (“Guerrilha do Araguaia”) vs. Brasil*. Sentença de 24 de novembro de 2010. Disponível em <www.corteidh.or.cr>. Acesso em 1 jan. 2011, p. 96.

17. CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Gomes Lund e Outros (“Guerrilha do Araguaia”) vs. Brasil*. Supervisão de cumprimento de sentença. Resolução de 17 de outubro de 2014. Disponível em: <www.corteidh.or.cr>. Acesso em: 27 jan. 2014.

18. CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Gomes Lund e Outros (“Guerrilha do Araguaia”) vs. Brasil*. Supervisão de cumprimento de sentença. Resolução de 17 de outubro de 2014. Disponível em: <www.corteidh.or.cr>. Acesso em: 27 jan. 2014, p. 5.

desconhecimento do decidido por esta Corte e pelo Direito Internacional dos Direitos Humanos. Nas referidas decisões judiciais não foi realizado o controle de convencionalidade entre as normas internas e a Convenção Americana. A Corte insiste na obrigação dos juízes e tribunais internos de realizar um controle de convencionalidade, especialmente quando existe coisa julgada internacional, já que juízes e tribunais têm um importante papel no cumprimento ou implementação da Sentença da Corte Interamericana.¹⁹

Além de manifestar-se sobre os perniciosos efeitos que ainda são vislumbrados na Lei de Anistia de 1979, a CteIDH também foi clara em demarcar a configuração das graves violações de direitos humanos perpetradas pelo Estado brasileiro como crimes contra a humanidade, uma vez que qualificadas pela imprescritibilidade. Cabe aqui a transcrição do trecho da sentença de cumprimento:

(...) a Corte destaca que ‘a imprescritibilidade deste tipo de condutas delitivas é uma das únicas maneiras que a sociedade internacional encontrou para não deixar na impunidade os mais atrozes crimes cometidos no passado, que afetam a consciência de toda a humanidade e são transmitidos por gerações’.³² Na Sentença do presente caso, a Corte reiterou sua jurisprudência constante no sentido de que ‘são inadmissíveis as disposições de anistia, as disposições de prescrição e o estabelecimento de excludentes de responsabilidade que pretendam impedir a investigação e punição dos responsáveis pelas violações graves dos direitos humanos tais como a tortura, as execuções sumárias, extrajudiciais ou arbitrárias e os desaparecimentos forçados, todas elas proibidas por violar direitos inderrogáveis reconhecidos pelo Direito Internacional dos Direitos Humanos’ (par. 16 supra).²⁰

19. CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso Gomes Lund e Outros (“Guerrilha do Araguaia”) vs. Brasil. Supervisão de cumprimento de sentença. Resolução de 17 de outubro de 2014. Disponível em: <www.corteidh.or.cr>. Acesso em: 27 jan. 2014, p. 10-11.

20. CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso Gomes Lund e Outros (“Guerrilha do Araguaia”) vs. Brasil. Supervisão de cumprimento de sentença. Resolução de 17 de outubro de 2014. Disponível em: <www.corteidh.or.cr>. Acesso em: 27 jan. 2014, p. 11.

O cumprimento da decisão da CteIDH no *Caso Gomes Lund* reflete a necessidade de uma efetiva consagração da justiça de transição no Brasil. A seguir, exporemos as reivindicações normativas dessa categoria jurídico-política e como elas exigem a investigação e persecução de crimes contra a humanidade.

5.3.2 Justiça de transição e responsabilização por crimes contra a humanidade²¹

Paige Arthur destaca que a genealogia histórica da expressão “justiça de transição” encontra menção histórica muito anterior aos debates que ocorreram nos anos de 1980 e 1990.²² Ainda assim, uma reconstrução mais rigorosa exigiria uma metodologia que levasse em consideração, a partir da proposta de Quentin Skinner, o fato de que a invenção de novos termos no vocabulário político está articulada com respostas a problemas concretos. Não seria apenas a oportunidade, portanto, de Ruti Teitel ou de outros pesquisadores, que permitiria o surgimento da expressão – não obstante ela tenha sido decisiva na sua divulgação e implementação.²³ De modo semelhante, a publicação

21. Item redigido com base em MEYER, Emilio Peluso Neder. Crimes contra a humanidade praticados pela ditadura brasileira de 1964-1985: direito à memória e à verdade, dever de investigação e inversão do ônus da prova. In: BRASIL. Comissão da Verdade do Estado de São Paulo “Rubens Paiva” e Grupo de Trabalho Juscelino Kubitschek – GT-JK. *Relatório sobre a morte do Presidente Juscelino Kubitschek de Oliveira*, v. 2. São Paulo, 11 de dezembro de 2014. Disponível em: <<http://www.comissaoдавerdade.org.br/upload/files/documentos/Volume2.pdf>>. Acesso em: 21 de janeiro de 2014.

22. ARTHUR, Paige. How “Transitions” Reshaped Human Rights: a Conceptual History of Transitional Justice. *Human Rights Quarterly*, 31, The Johns Hopkins University Press, 2009, p. 330. Há tradução desse texto para o português: ARTHUR, Paige. Como as “transições” reconfiguram os direitos humanos: uma história conceitual da justiça de transição. In: RÉATEGUI, Félix (Org.). *Justiça de Transição: Manual para a América Latina*. Brasília, Nova York: Centro Internacional para a Justiça de Transição, 2011, p. 73 e ss. A autora se refere à obra de POLDEVAART, Arie W. *Black-Robed Justice*. 1948, que contém um capítulo intitulado “Transitional Justice”.

23. CF. TEITEL, Ruti. Transitional Justice Genealogy, *Harvard Human Rights Journal*, 16, 2003. Há tradução desse texto para o português: TEITEL, Ruti. Genealogia da Justiça Transicional. In: RÉATEGUI, Félix (Org.). *Justiça de Transição: Manual para a América Latina*. Brasília, Nova York: Centro Internacional para a Justiça de Transição, 2011, p. 135 e ss. TEITEL, Ruti. *Transitional Justice*. Oxford e New York: Oxford University Press, 2001.

dos quatro volumes sobre a temática organizados por Neil Kritz mostrou-se fundamental para consolidação da expressão.²⁴

Arthur procura delinear uma base a partir da qual se possa pensar um conceito de justiça de transição: “[...] uma rede internacional de indivíduos e instituições cuja coerência interna é mantida por conceitos comuns, objetivos práticos e reivindicações próprias de legitimidade”.²⁵ A autonomia da justiça de transição, é preciso destacar com a autora, é construída a partir das conclusões de que esse campo: a) é passível de distinção do campo mais amplo dos direitos humanos do qual proveio; b) implica um conjunto de atores com finalidades comuns e orientados para uma ação recíproca; c) desenvolveu instituições que buscam alcançar tais finalidades; d) desenvolve critérios distintos de julgamento e autolegitimação. Não será à toa, como se perceberá, que a autora utiliza o verbo no presente em relação à última conclusão: a justiça de transição não se furta a uma permanente reconstrução.

A persistência da expressão e sua aceitação de modo mais geral estava como que por detrás de tais publicações. Reivindicar transições *para a democracia*, ao invés de outros modelos políticos, econômicos ou sociais, deveu-se a alguns fatores: a) a reforma democrática tornou-se um dos objetivos de segmentos populacionais em diversos países que atravessavam mudanças políticas; b) a perda de legitimidade de antigas teorias da democratização associadas com teorias da modernização; e, c) a reabilitação do termo “transição”, que é reconfigurado para além de uma perspectiva de transformação social para uma ótica de reforma no nível jurídico-institucional da política; d) poder-se-ia ainda pensar no destaque dado ao campo dos direitos humanos ao longo do final da década de 1970 por diversos atores sociais. Muitos deles, inclusive, diretamente engajados a partir da “sociedade civil” em uma ação de *naming and shaming* contra regimes autoritários em que graves violações de direitos humanos eram institucionalizadas.²⁶

24. KRITZ, Neil (Org.). *Transitional Justice: How Emerging Democracies Reckon with Former Regimes*. Volumes I, II, III e IV. Washington: United States Institute of Peace, 1995.

25. Tradução livre de: “[...] an international web of individuals and institutions whose internal coherence is held together by common concepts, practical aims, and distinctive claims for legitimacy [...]” (ARTHUR, Paige. How “Transitions” Reshaped Human Rights: a Conceptual History of Transitional Justice. *Human Rights Quarterly*, 31, The Johns Hopkins University Press, 2009, p. 324).

26. Pense-se, por exemplo, no anterior *Americas Watch* (hoje *Human Rights Watch*), fundado no início da década de 1980 pelo exilado político argentino Juan Méndez – que

Não demorará muito para se noticiar que uma visão mais hostilística deverá imperar no processamento construtivo da justiça de transição. A justiça, que parecia ter cedido espaço para uma atuação exclusiva da verdade, volta a ser exigida, talvez pela peculiaridade dos crimes praticados em nome do Estado e contra a população – peculiaridade esta que conforma a mesma justiça de transição em mais de um aspecto.²⁷ Isto torna possível falar de uma justiça de transição que toca em aspectos significativos do Estado de Direito (*rule of law*): enquanto em democracias que contam com instituições mais amadurecidas, esse Estado de Direito é preocupado com o futuro apenas e contínuo em sua direção, no caso de momentos transicionais, ele é mais destacadamente preocupado com o passado e com o futuro, retrospectivo e prospectivo, contínuo e descontínuo, como ressaltará Teitel em 2001.^{28 29}

Por muito tempo, destacou-se que as medidas de justiça de transição variam de contexto para contexto e que, principalmente, a justiça poderia não se apresentar de imediato, devendo ser postergada em favor de outras ferramentas. “Assim, a ação imediata em todos os aspectos da frente da justiça de transição não é sempre essencial”.³⁰ Mesmo assim, já em 2006, Roht-Arriaza chamava a atenção para

viria, anos depois, a presidir a importante ONG *International Center for Transitional Justice*.

27. TEITEL, Ruti. *Transitional Justice Genealogy*, *Harvard Human Rights Journal*, 16, 2003, p. 86.

28. TEITEL, Ruti. *Transitional Justice*. Oxford e New York: Oxford University Press, 2001, p. 215. Dificilmente tal constatação poderia ser mantida mesmo para o Direito em “situações de normalidade” (que já são, por si só, difícilimas de serem detectadas). É preciso interpretar a proposição da autora em seu contexto de construção do próprio conceito de justiça de transição.

29. Não se ignora aqui a dificuldade de uma “tradução” do termo *rule of law*: ele possui diferentes implicações contextuais, como Estado de Direito, *L'État de Droit ou Rechtsstaat*. Ainda assim, arriscaremos manter seu sentido como necessário para uma construção própria ao Direito Internacional dos Direitos Humanos. Para uma discussão sobre os diferentes sentidos, cf. ROSENFELD, Michel. A identidade do sujeito constitucional e o Estado Democrático de Direito. *Cadernos da Escola do Legislativo*, v. 7, n° 12, p. 11-63, jan./jun., Belo Horizonte, 2004.

30. Tradução livre de: “Thus immediate action on all aspects of the transitional justice front is not always essential” (LUTZ, Ellen. *Transitional Justice: Lessons Learned and the Road Ahead*. In: ROHT-ARRIAZA, Naomi. MARIEZCURRENA, Javier (Coords.). *Transitional Justice in the Twenty-First Century*. Cambridge: Cambridge University Press, 2006, p. 334.

o crescimento de uma superação de dualidades, em direção a uma ideia de justiça de transição “multifocada”: “Duas dimensões – nacional/internacional ou comissão da verdade/julgamento – não são mais suficientes para mapear o universo dos esforços da justiça de transição”.³¹

Será em meio a essas condições que Teitel falará de um constitucionalismo “construtivista” para a transição: “O constitucionalismo transicional não é apenas constituído pela ordem política prevalente, mas também é constitutivo da mudança política”.³² A “constitutividade” do regime prevalente se apresentará com a memória não obrigada sobre aquele momento e com a negativa ostensiva das práticas que o definiram. Só assim o momento constituinte pode ser visto como o de uma condição de possibilidade. Daí que apenas uma visão holística das ferramentas colocadas à disposição da justiça de transição pode dar conta de uma relação não excludente entre justiça de transição, constitucionalismo e Estado de Direito.

Caminhar em direção a tais ligações não é apenas uma exigência paroquial. Como destaca De Greiff, a experiência internacional demonstra que o apego a uma ou outra medida transicional, mesmo que de forma agressiva, pode soar muito mais como medida de conveniência do que de justiça. Exercícios de acesso à verdade, por exemplo, na Guatemala, acabaram por demonstrar que a questão não era apenas de se saber o que ocorrera, mas de agir contra o que se passou. Partindo da premissa de que, em regimes de exceção, as normas mais fundamentais são descumpridas, uma abordagem holística da justiça de transição tem a vantagem de demonstrar que há uma disposição mínima para garantir que aquelas normas voltarão ou começarão a ser cumpridas.³³

31. Tradução livre de: “*Two dimensions – national/international, or truth commission/trial – are no longer enough to map the universe of transitional justice efforts*” (ROHT-ARRIAZA, Naomi. *The New Landscape of Transitional Justice*. In ROHT-ARRIAZA, Naomi. MARIEZCURRENA, Javier (coords.). *Transitional Justice in the Twenty-First Century*. Cambridge: Cambridge University Press, 2006, p. 12).

32. Tradução livre de: “*Transitional constitutionalism not only is constituted by the prevailing political order but also is constitutive of political change*” (TEITEL, Ruti. *Transitional Justice*. Oxford e New York: Oxford University Press, 2001, p. 191).

33. DE GREIFF, Pablo. *Theorizing Transitional Justice*. In WILLIAMS, Melissa S. NAGY, Rosemary. ELSTER, Jon (Orgs.). *Transitional Justice*. New York e Londres: New York

Com as reuniões do Conselho de Segurança da Organização das Nações Unidas realizadas depois de 24 de setembro de 2003, foi possível aprovar o Relatório S/2004/616, que estabeleceu, em nível supranacional, algumas linhas de base para a justiça de transição.³⁴ As experiências mais recentes do Conselho de Segurança demonstravam que a consolidação da paz tanto nos períodos que se seguem logo após os conflitos, como também em longo prazo, apenas seria atingida com a criação de instituições legítimas para pôr fim a estes e a prevalência de uma administração legítima da justiça. Some-se a isto que uma proteção adequada de minorias somente ocorreria sob os auspícios do Estado de Direito. Definindo uma linguagem comum para o documento, o Secretário-Geral das Nações Unidas conceituou a justiça de transição como o conjunto de medidas e mecanismos associados à tentativa de uma sociedade de lidar com um legado de abusos em larga escala no passado, buscando assegurar legitimidade (*accountability*), justiça e reconciliação. Dentro de tais mecanismos, pode-se falar em julgamentos individuais, reparações, busca pela verdade, reformas institucionais e expurgos no serviço público.

É interessante observar que o documento toma como base normativa para tal recuperação do Estado de Direito a Carta das Nações Unidas, o Direito Internacional dos Direitos Humanos, o Direito Penal Internacional e o Direito Internacional dos Refugiados. Neste contexto, estariam incluídos padrões normativos internacionais adotados pela Organização das Nações Unidas.³⁵

University Press, 2012. p. 38-39.

34. ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Conselho de Segurança. The rule of law and transitional justice in conflict and post-conflict societies: report of the Secretary-General. 23 de agosto de 2004. Disponível em: <<http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N04/395/29/PDF/N0439529.pdf?OpenElement>>. Acesso em: 26 mar. 2012.

35. “These standards also set the normative boundaries of United Nations engagement, such that, for example, United Nations tribunals can never allow for capital punishment, United Nations-endorsed peace agreements can never promise amnesties for genocide, war crimes, crimes against humanity or gross violations of human rights, and, where we are mandated to undertake executive or judicial functions, United Nations-operated facilities must scrupulously comply with international standards for human rights in the administration of justice” (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Conselho de Segurança. *The rule of law and transitional justice in conflict and post-conflict societies*: report of the Secretary-General. 23 de agosto de 2004. Disponível em: <<http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N04/395/29/PDF/N0439529.pdf?OpenElement>>.

Destaque-se, também, que um dos tópicos ao qual se dedica o documento é o referente ao papel que julgamentos criminais podem desempenhar em contextos de transição. Além de demonstrar que as instituições de Estado de Direito aplicam-se também para os violadores de direitos humanos, eles trazem alguma satisfação para as vítimas em termos de justiça e de recuperação de sua dignidade. Outro contributo em termos de legitimidade diz respeito à confiança que os cidadãos podem depositar no sentido de que o Estado está comprometido com o cumprimento do direito estabelecido.

Deve-se verificar que a precedente normativa internacional é instituidora de um específico “Estado de Direito Transicional” (*transitional rule of law*). Torelly destaca que o mesmo beberia nas seguintes fontes normativas: a) a experiência nacional prévia de um sistema jurídico, ainda que relacionada ao direito anterior ao regime de exceção; b) o direito comparado, em suas diversas e localizadas experiências; c) o Direito Internacional.³⁶ Com isto, mostra-se possível avançar ainda mais na busca de um maior fortalecimento do Direito Internacional dos Direitos Humanos.

Nessa perspectiva, é possível verificar as exigências normativas de responsabilização por crimes contra a humanidade como fruto de duas linhas. Em primeiro lugar, podemos falar de uma *perspectiva internacionalista*, que se alimenta da normativa do Direito Internacional dos Direitos Humanos e do Direito Internacional Humanitário, apresentando-se com a atuação jurisdicional de tribunais supranacionais e regionais de direitos humanos, decorrente, principalmente, de agentes que atuam na esfera internacional independentemente da vontade estatal. É o que Ruti Teitel denominou de *Humanity’s Law*: a fundamentação das decisões de diversos atores

Acesso em: 26 mar. 2012, p. 5). Tradução livre: “Estes padrões também estabelecem as fronteiras normativas do compromisso da Organização das Nações Unidas, como, por exemplo, que os seus tribunais não podem nunca permitir a pena capital, que os acordos de paz endossados pela Organização das Nações Unidas não podem nunca prometer anistias para genocídio, crimes de guerra, crimes contra humanidade ou violações em massa de direitos humanos e, onde somos encarregados de assumir funções executivas ou judiciais, as habilidades utilizadas pelas Nações Unidas devem se comprometer escrupulosamente com padrões internacionais de direitos humanos na administração da justiça”.

36. TORELLY, Marcelo D. *Justiça de Transição e Estado Constitucional de Direito: perspectiva teórico-comparativa e análise do caso brasileiro*. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 140-141.

estatais passa se colocar sobre uma gama imensa de normas de Direito Internacional que têm em vista a proteção do indivíduo.³⁷

Em segundo lugar, há outra via de construção que bebe nas experiências internas de cada Estado, o que torna possível a emergência de *identidades constitucionais* próprias que fornecem elementos jurídicos, históricos e sociais capazes de impulsionar a responsabilização criminal como que “de dentro para fora”. Nesse caso, falaríamos de uma *perspectiva doméstica*, mas não fechada em si própria, e sim ciente do que a normativa internacional exige de cada um dos Estados nacionais. Uma análise, no campo da justiça de transição, desse ponto de vista, está no trabalho de Naomi Roht-Arriaza sobre o chamado “efeito Pinochet”: a justiça universal passa a agir de modo pulverizado em países como Espanha, Argentina, Alemanha, Itália, Bélgica, França, entre outros, como também um modelo a ser seguido em termos de proteção individual, sempre com recurso a normas do Direito Internacional dos Direitos Humanos.³⁸

Essa construção que bebe em fontes normativas domésticas e internacionais é que exigirá o respeito a uma categoria integrante de nossa ordem jurídica interna: os crimes contra a humanidade.

5.3.3 Crimes contra a humanidade praticados pelo Estado brasileiro durante a ditadura de 1964-1985: Direito Costumeiro Internacional, *jus cogens* e obrigações *erga omnes*³⁹

Construída sob os auspícios do Tribunal de Nuremberg, a noção de crimes contra a humanidade quer evocar a lesividade provocada por atos que atentam contra o próprio sentido de humanidade

37. TEITEL, Ruti. *Humanity's Law*. New York: Oxford University Press, 2011.

38. ROHT-ARRIAZA, Naomi. *The Pinochet Effect: Transnational Justice in the Age of Human Rights*. Philadelphia: University of Pennsylvania Press, 2005.

39. Cf., também para o que segue, MEYER, Emilio Peluso Neder. Crimes contra a humanidade praticados pela ditadura brasileira de 1964-1985: direito à memória e à verdade, dever de investigação e inversão do ônus da prova. In: BRASIL. Comissão da Verdade do Estado de São Paulo “Rubens Paiva” e Grupo de Trabalho Juscelino Kubitschek – GT-JK. *Relatório sobre a morte do Presidente Juscelino Kubitschek de Oliveira*, v. 2, São Paulo, 11 de dezembro de 2014. Disponível em: < <http://www.comissaodaverdade.org.br/upload/files/documentos/Volume2.pdf>>. Acesso em: 21 jan. 2014.

do homem.⁴⁰ Boa parte dos países aliados percebeu, durante a Segunda Guerra Mundial, que vários dos crimes praticados pelos nazistas não se dirigiam contra estrangeiros, mas, como é sabido, contra cidadãos da própria Alemanha; não haveria, desse modo, como puni-los ante do Direito Internacional vigente, assim como ante os costumes de guerra. A ideia de vários dos responsáveis pela elaboração do Estatuto do Tribunal Militar Internacional de Nuremberg foi a de enquadrar tais atos ao que seria semelhante ao crime internacional de “agressão”. A seção 6 (c) do Estatuto acabou por tentar tipificar o que seriam crimes contra a humanidade.⁴¹

Acquaviva salienta que, ante o princípio da legalidade, o grande argumento sempre levantado a favor desta definição é o de que ela estaria ligada, naquele momento, aos crimes de jurisdição do Tribunal de Nuremberg.⁴² A confirmação jurídico-política destes crimes deu-se efetivamente com a aprovação da Resolução nº 3/1946 e da

40. “Com efeito, a humanidade é que se instala no estatuto de vítima, uma “vítima absolutamente única, que escapa ao Direito comum, diante da qual devem apagar-se os direitos do homem incapazes de apreendê-la, (...) mas as consequências dessa inovação são tão dolorosas politicamente que ela se torna uma noção conjuntural”. Por conseguinte, a grande dificuldade de falar em crime contra a humanidade, ao longo da história, decorre precisamente do fato de que ele pode corresponder ao tratamento desumano, por um Estado, de sua própria população, sobre seu próprio território, competência que outrora correspondia ao estrito domínio reservado dos Estados. O Acordo de Londres, que instituiu o Tribunal de Nuremberg, reverteu, já em 1945, o princípio da imunidade no que atine à responsabilidade individual dos violadores, ao possibilitar o julgamento de agentes públicos que atuaram odiosamente em nome do Estado e por meio de seu aparelho” (VENTURA, Deisy. A interpretação judicial da Lei de Anistia brasileira e o Direito Internacional. BRASIL. Comissão de Anistia. Ministério da Justiça. *Revista anistia política e justiça de transição*, n. 4, jul./dez. 2010. Brasília: Ministério da Justiça, 2011, p. 217).

41. “(c) Crimes against humanity: Murder, extermination, enslavement, deportation and other inhuman acts done against any civilian population, or persecutions on political, racial or religious grounds, when such acts are done or such persecutions are carried on in execution of or in connexion with any crime against peace or any war crime.” (Tradução livre: (c) Crimes contra a humanidade: Homicídio, extermínio, escravidão, deportação ou quaisquer atos inumanos praticados contra qualquer população civil, ou perseguições com fundamentos políticos, raciais e religiosos, quando tais atos são praticados ou tais perseguições são levadas à frente na execução ou em conexão com qualquer outro crime contra a paz ou qualquer crime de guerra).

42. ACQUAVIVA, Guido. At the origins of crimes against humanity: clues to a proper understanding of the *nullum crimen* in the Nuremberg Judgement. *Journal of International Criminal Justice*, 9, 2011, p. 885.

Resolução nº 95 (I)/1946, pela Assembleia Geral das Nações Unidas, que confirmaram os princípios do Estatuto de Nuremberg e aqueles decorrentes das condenações no mesmo tribunal. Já a Resolução nº 2.391/1968 foi responsável por instituir a Convenção sobre Imprescritibilidade dos Crimes de Guerra e dos Crimes contra a Humanidade: ela especifica que tal imprescritibilidade incide mesmo para crimes contra a humanidade praticados em tempos de paz e mesmo que a legislação interna de um Estado não os tipifique.

A ausência de adesão ao tratado internacional não importa para o reconhecimento de sua aplicação. E isto por duas razões. A primeira delas é a de que referida convenção, seguindo os passos de Nuremberg, apenas tornou explícita uma norma de *jus cogens*. No âmbito do Direito Internacional, o *jus cogens* atua como “fonte de direito”, sendo mencionado pelo art. 53 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados⁴³, incorporada em nosso ordenamento jurídico pelo Decreto 7.030 de 14 de dezembro de 1999. Observe-se, contudo, que, mesmo antes da definitiva incorporação, ela já era vista como obrigatória para todos os Estados, ainda que não tivessem os mesmos dado início ao processo de incorporação – tendo em vista seu caráter de Direito Internacional Geral.⁴⁴

Tomuschat salienta que, em relação ao *jus cogens*, efetivamente há um conjunto de normas internacionais que detêm primazia (ele fala em normas “hierarquicamente” superiores) sobre outras normas de Direito Internacional e que não podem ser derogadas pela vontade de dois ou mais Estados na medida em que permaneçam aceitas pela sociedade internacional.⁴⁵ Este é o caminho construído pelos direitos humanos e que permite falar em um Estado de

43. “É nulo um tratado que, no momento de sua conclusão, conflite com uma norma imperativa de Direito Internacional geral. Para os fins da presente Convenção, uma norma imperativa de Direito Internacional geral é uma norma aceita e reconhecida pela comunidade internacional dos Estados como um todo, como norma da qual nenhuma derrogação é permitida e que só pode ser modificada por norma ulterior de Direito Internacional geral da mesma natureza”.

44. MAZZOULI, Valério de Oliveira. *Tratados internacionais de direitos humanos e direito interno*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 167.

45. TOMUSCHAT, Christian. Reconceptualizing the debate on *jus cogens* and obligations erga omnes – concluding observations. In: TOMUSCHAT, Christian. THOUVENIN, Jean-Marc (Eds.). *The fundamental rules of international legal order: jus cogens and obligations erga omnes*. Leiden: Koninklijke Brill NV, 2006, p. 426.

Direito Humanitário. Paul Tavernier chega a falar em um processo gradativo de moralização do Direito Internacional, o que não nos parece ser o caso, já que o *jus cogens* está assentado em norma jurídica internacional.⁴⁶

É preciso considerar que a Corte Interamericana de Direitos Humanos já reconheceu o caráter impositivo das normas que punem os crimes contra a humanidade. O caso *Almocinad Arellano y otros vs. Chile*⁴⁷ envolvia a prisão e execução extrajudicial de Luis Alfredo Almocinad Arellano, professor, militante do Partido Comunista chileno e sindicalista. Ele foi preso em sua casa no dia 16 de setembro de 1973, levado à porta da mesma e ali fuzilado à vista de seus familiares. O Decreto-Lei chileno 2.191/1978 buscou anistiar tais crimes; depois de diversas tentativas infrutíferas de medidas judiciais internas visando estabelecer responsabilidades, a família de Arellano levou o caso à Comissão Interamericana de Direitos Humanos que, posteriormente, provocou a Corte.

Em seu julgado, a Corte Interamericana reconheceu que a noção de crimes contra a humanidade é anterior ao próprio julgamento de Nuremberg; ela remonta à Convenção de Haia sobre Leis e Costumes de Guerra Terrestre de 1907 (número IV) e a expressão foi cunhada por França, Reino Unido e Rússia para remeter ao massacre dos armênios na Turquia em 1915. Para que se configure um crime contra a humanidade, segundo a Corte, basta que um único ato seja praticado no contexto de um ataque generalizado e sistemático contra uma população civil. O mais importante foi assinalar que todos esses elementos preexistiam ao assassinato de Arellano.

Reconhecendo o conjunto de recentes medidas visando estabelecer responsabilizações por crimes contra a humanidade – por exemplo, as Resoluções 827 e 955 do Conselho de Segurança das Nações Unidas, os Estatutos dos Tribunais Penais Internacionais para a ex-Iugoslávia e Ruanda, assim como o Informe do

46. TAVERNIER, Paul. L'identification des règles fondamentales – un problème résolu? In: TOMUSCHAT, Christian. THOUVENIN, Jean-Marc (Eds.). *The fundamental rules of international legal order: jus cogens and obligations erga omnes*. Leiden: Koninklijke Brill NV, 2006, p. 1 e ss.

47. CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso *Almocinad Arellano vs. Chile*. San José, 26 de setembro de 2006. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_154_esp.pdf>. Acesso em: 20 out. 2011.

Secretário-Geral das Nações Unidas que marca a impossibilidade de que acordos de paz estipulem anistias (S/2004/616, de 3 de agosto de 2004) – a Corte expressamente decidiu no sentido de abraçar o conceito internacional de crimes contra a humanidade, inclusive em relação à sua estrutura normativa (por exemplo, confirmando sua imprescritibilidade).⁴⁸

A conclusão a partir desta e de outras decisões é semelhante para autores como Naomi Roht-Arriaza: ela sustenta, desde o início da década de 1990, que há uma *responsabilidade estatal internacional de investigação e perseguição de desaparecimentos, esquadrões da morte e outras graves violações de direitos humanos praticadas por regimes opressores*. Já naquele momento, ela destacava a incidência de um direito costumeiro internacional capaz de fundamentar um dever para com a verdade. Ele estaria assentado em: a) tratados internacionais que poderiam gerar obrigações mesmo para Estados não signatários, reconhecendo tais normas um direito a uma solução judicial (*right to a remedy*); b) práticas estatais, tais quais a perseguição de perpetradores, a formação de um direito doméstico conforme as normas internacionais de direitos humanos, as declarações de representantes governamentais, resoluções e declarações de organizações internacionais; e, c) a responsabilidade estatal pelos atos de seus agentes que consistam em graves violações de direitos humanos.⁴⁹

Em sentido equivalente, Cherif Bassiouni também defendera, em meados da década de 1990, uma estrutura normativa a partir da qual teríamos a formação de direitos e obrigações estatais concernentes à prática de crimes contra a humanidade. Tal estrutura tem caráter de norma imperativa de *jus cogens* e determina obrigações *erga omnes*. Especificamente, ela determinaria:⁵⁰

48. “*Aún cuando Chile no ha ratificado dicha Convención, esta Corte considera que la imprescritibilidad de los crímenes de lesa humanidad surge como categoría de norma de Derecho Internacional General (ius cogens), que no nace con tal Convención sino que está reconocida en ella. Consecuentemente, Chile no puede dejar de cumplir esta norma imperativa*” (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso *Almocinad Arellano vs. Chile*. San José, 26 de setembro de 2006. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_154_esp.pdf>. Acesso em: 20 out. 2011, p. 60-61).

49. ROHT-ARRIAZA, Naomi. State Responsibility to Investigate and Prosecute Grave Human Rights Violations in International Law. *California Law Review*, 78, 1990, p. 449 e ss.

50. BASSIOUNI, Cherif. Searching for Peace and Achieving Justice: the Need for Accountability. *Law and Contemporary Problems*, v. 59, n. 4, p. 17, 1996. Cf., também,

- a) A obrigação de persecução ou extradição;
- b) Fornecimento de assistência jurídica;
- c) A eliminação de cláusulas de afastamento da norma penal (*statutes of limitations*, como as autoanistias);
- d) A eliminação de imunidades estatais;
- e) E, adicionaríamos com Roht-Arriaza, a obrigação de inversão do ônus da prova em favor da vítima e em desfavor do Estado.⁵¹

Deve-se demonstrar sua incorporação do Direito Costumeiro por meio da noção de crimes contra a humanidade. Como adverte Bryers, os elementos que formam o Direito Costumeiro Internacional são de duas ordens: a) a presença de uma consistente e geral prática estatal; b) a confirmação por parte dos Estados de que aquela prática está de acordo com o direito (*opinio juris sive necessitatis*).⁵²

Há um reconhecimento já efetivo dessa prática que caminha em um sentido sem retorno, passando a referida estrutura a ser parte de um direito doméstico “acostumado” (ainda que lentamente) a um genuíno Direito Internacional dos Direitos Humanos. Como bem observado por Marcelo D. Torelly, há uma progressiva incorporação de uma *norma global de responsabilização individual* nos diversos processos que Vicki Jackson classificou como de convergência, de articulação e de resistência.⁵³ A questão é que se pode ir além, para perceber a introspecção de uma mais ampla estrutura normativa dos crimes contra humanidade.

No caso brasileiro, é possível apontar as seguintes normas constitucionais como definidoras da incorporação da estrutura

BASSIOUNI, Cherif. *International Crimes: Jus Cogens and Obligatio Erga Omnes. Law and Contemporary Problems*, v. 59, n. 4, p. 63 e ss, 1996.

51. ROHT-ARRIAZA, Naomi. *State Responsibility to Investigate and Prosecute Grave Human Rights Violations in International Law. California Law Review*, 78, 1990, p. 506.

52. BRYERS, Michael. *Custom, Power and the Power of Rules: International Relations and Customary International Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 1999, p. 130.

53. TORELLY, Marcelo D. *A Formação da Norma Global de Responsabilidade Individual: Mobilização Política Transnacional, Desenvolvimento Principiológico e Estruturação em Regras Internacionais e Domésticas*. In MEYER, Emilio Peluso Neder. CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. *Justiça de Transição nos 25 Anos da Constituição de 1988*. Belo Horizonte: Initia Via, 2014, p. 479 e ss; JACKSON, Vicki. *Constitutional Engagement in a Transnational Era*. New York: Oxford University Press, 2009.

normativa dos crimes contra a humanidade como normas de *jus cogens* e obrigações *erga omnes*.⁵⁴ Em primeiro lugar, há que se mencionar o art. 5º da Constituição da República. Nos dispositivos concernentes ao acesso à justiça (inc. XXXV) e ao devido processo legal (inc. LIV) é possível verificar uma clara adesão ao direito a uma solução judicial (*right to remedy*) como norma determinante para a investigação e persecução de crimes contra a humanidade, nos termos sistematizados por Roht-Arriaza.⁵⁵ Já o direito à informação (inc. XXXIII) garante um direito à memória e à verdade e um dever de investigação por parte do Estado e de seus órgãos. Já o § 2º do mesmo art. 5º irá expandir o campo de direitos fundamentais na perspectiva dos direitos humanos, de acordo com o que estabelece como uma não exaustão do rol de direitos, tanto por meio do sistema normativo instituído pela Constituição de 1988, quanto por conta de tratados internacionais.

É possível ir além e será o Ato das Disposições Constitucionais Transitórias que o fará. O art. 7º do ADCT fixa que o Estado brasileiro propugnará pela formação de um tribunal internacional de direitos humanos, dispositivo que, no plano interno, torna imperiosas normas costumeiras, de *jus cogens* e obrigações *erga omnes* geradas pela atuação de órgãos como a CIDH. Por fim, há que se mencionar que o art. 8º do mesmo ADCT claramente marca o sentido de uma anistia que apenas é referente aos que foram “atingidos” por atos de exceção, institucionais ou complementares, não se podendo falar em qualquer tipo de óbice à incidência da estrutura dos crimes contra a humanidade no caso brasileiro, pelo contrário, o dispositivo estabelece uma exigência do seu cumprimento.

A *prática estatal* no Brasil também demonstra a adesão à mencionada estrutura, reforçando a incidência do costume internacional para regular os crimes contra a humanidade aqui praticados. Senão vejamos.

A Comissão de Anistia do Ministério da Justiça vem recorrentemente fazendo alusão às graves violações de direitos humanos

54. Observe-se, contudo, que essa incidência independe, a nosso ver, da conjugação entre normas constitucionais e normas de Direito Internacional dos Direitos Humanos, dada a incontornável força de tais determinações.

55. ROHT-ARRIAZA, Naomi. State Responsibility to Investigate and Prosecute Grave Human Rights Violations in International Law. *California Law Review*, 78, 1990, p. 449 e ss.

praticadas por agentes públicos no período da ditadura como crimes contra a humanidade. No julgamento administrativo do requerimento do conhecido Cabo Anselmo, a Comissão de Anistia, além de destacar o sentido diverso da anistia estabelecida pelo art. 8º do ADCT (em um claro rompimento com a concepção que se buscou afirmar com a Lei de Anistia de 1979), ostensivamente posicionou-se no sentido de que não se poderia conceder o pedido a alguém que corroborou a prática de crimes contra humanidade promovidos pelo Estado ditatorial, designando destacadamente as violações como sistêmicas.⁵⁶

Foi por conta da decisão condenatória no *Caso Gomes Lund* que o Ministério Público Federal, por meio da Resolução nº 1/2011 da 2ª Câmara de Coordenação e Revisão Criminal, entendeu não haver colisão entre a decisão da corte regional de direitos humanos e a decisão do Supremo Tribunal Federal da ADPF 153/DF, que rejeitara o pleito do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil para dar “interpretação conforme” à Lei de Anistia de 1979.⁵⁷ Para o órgão, seriam diferentes os campos do controle de constitucionalidade e do controle de convencionalidade. Com isto, a noção de graves violações de direitos humanos, a nosso ver equivalente a de crimes contra a humanidade, ganhou densidade normativa na ordem jurídica brasileira.

56. BRASIL. Ministério da Justiça. Comissão de Anistia. *Requerimento de Anistia nº 2004.01.42025*. Requerente: José Anselmo dos Santos. Relator: Conselheiro Nilmário Miranda. Brasília, 22 de maio de 2012, p. 18

57. 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 de abril de 2010. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=330654&tipo=TP&descricao=ADPF%2F153>>. Acesso em: 12 mar. 2011; BRASIL. Ministério Público Federal. Procuradoria-Geral da República. 2ª Câmara de Coordenação e Revisão. Documento nº 1/2011. Brasília/DF, 21 de março de 2011. Disponível em: <www.prr3.mpf.gov.br>. Acesso em: 12 mar. 2012; MEYER, Emilio Peluso Neder. Imprescritibilidade dos crimes de Estado praticados pela ditadura civil-militar brasileira de 1964-1985. In: ANJOS FILHO, Robério Nunes (org.). *STF e direitos fundamentais: diálogos contemporâneos*. Salvador: JusPodivm, 2013, p. 173-192; WEICHERT, Marlon Alberto. Proteção penal contra violações aos direitos humanos. In: MEYER, Emilio Peluso Neder. CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade (Orgs.). *Justiça de Transição nos 25 Anos da Constituição da República*. Belo Horizonte: Initia Via, 2014, p. 563 e ss.

Porém, os crimes contra a humanidade, nessa exata designação, teriam destaque com a propositura de ações penais relativas a crimes da ditadura perpetrados no início da década de 1970 (caso Rubens Paiva), e, daí, imprescritíveis, e após a anistia de 1979 (caso Riocentro).⁵⁸ A noção de crimes contra a humanidade também seria invocada no caso que envolveu a morte e desaparecimento do opositor político Luiz Eduardo da Rocha Merlino.⁵⁹

Também o Procurador-Geral da República mostrou claramente ter o Brasil sido incorporado ao desenho normativo dos crimes contra a humanidade, em duas ocasiões, pelo menos. Na primeira delas, ao apresentar parecer em relação ao pedido de extradição feito pela República Argentina em relação a Manuel Alfredo Montenegro, acusado de crimes de privação ilegítima de liberdade agravada com imposição de tortura durante a última ditadura argentina. Ao discutir eventual impossibilidade da extradição em vista de incidência de norma anistiadora, o Procurador-Geral da República, Rodrigo Janot, destacou a nulidade das leis argentinas de “obediência devida” e “ponto final”, reconhecida pela Suprema Corte Argentina em

58. BRASIL. Ministério Público Federal. Procuradoria da República no Estado do Rio de Janeiro. *Denúncia referente ao Procedimento de Investigação Criminal nº 1.30.001.006990/2012-37*. Disponível em: <<http://www.prrj.mpf.mp.br/institucional/crimes-da-ditadura/atuacao-1>>. Acesso em 15 jun. 2014; BRASIL. Ministério Público Federal. Procuradoria da República no Estado do Rio de Janeiro. *Denúncia referente ao Procedimento de Investigação Criminal nº 1.30.001.0069906990/2012-37*. Manifestação anexa. Disponível em: <<http://www.prrj.mpf.mp.br/institucional/crimes-da-ditadura/atuacao-1>>. Acesso em 15 jun. 2014; BRASIL. Ministério Público Federal. Procuradoria da República no Estado do Rio de Janeiro. *Denúncia referente aos Procedimentos de Investigação Criminal nº 1.30.001.005782/2012-11 e 1.30.011.001040/2011-16*. Disponível em: <<http://www.prrj.mpf.mp.br/institucional/crimes-da-ditadura/atuacao-1>>. Acesso em: 15 jun. 2014. O trabalho do MPF está sistematizado (com a clara alusão à tese) em: BRASIL. Ministério Público Federal. 2ª Câmara de Coordenação e Revisão. *Grupo de Trabalho justiça de transição: atividades desenvolvidas pelo Ministério Público Federal: 2011-2013*. Coord. e org. Raquel Elias Ferreira Dodge. Disponível em: <<http://2ccr.pgr.mpf.mp.br/coordenacao/grupos-de-trabalho/justica-de-transicao/relatorios-1/Relatorio%20Justica%20de%20Transicao%20-%20Novo.pdf>>. Acesso em: 16 jun. 2014. Brasília: MPF/2a CCR, 2014.

59. BRASIL. Ministério Público Federal. Procuradoria da República no Estado de São Paulo. *Denúncia referente ao Procedimento de Investigação Criminal nº 1.34.001.007804/2011-57*. Denúncia nº 71284/2014. Disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/denuncia-coronel-ustru.pdf>>. Acesso em: 21 out. 2014.

casos como *Simon*.⁶⁰ Também não haveria que se supor prescrição, dado que norma consuetudinária imperativa (*jus cogens*) sobre a imprescritibilidade teria sido apenas formalmente reconhecida com a adesão da Argentina à Convenção sobre a Imprescritibilidade dos Crimes de Guerra e dos Crimes Contra a Humanidade, prevalecendo previamente, como também assentara a mesma Suprema Corte em *Arancibia Clavel*.⁶¹

O mais importante, a fim de demonstrar a prática estatal capaz de fazer valer o costume internacional, foi o Procurador-Geral de a República reconhecer que o destaque que deve ser dado é para a força costumeira e principiológica da imprescritibilidade de crimes contra a humanidade, *o que também se aplica ao Brasil*. Sua referência é o trabalho de Cherif Bassiouni. As palavras do Procurador-Geral da República merecem transcrição, pois demonstram o total desequilíbrio entre vítimas e perpetradores na prática de crimes contra a humanidade, fazendo merecer, no tratamento desses, peculiares formas de investigação e persecução:

Na persecução de crimes contra a humanidade, em especial no contexto da passagem de um regime autoritário para a democracia constitucional, carece de sentido invocar o fundamento jurídico geral da prescrição, traduzido no brocardo *dormientibus non succurrit jus* e no postulado da preservação da segurança jurídica. Nos regimes autoritários, os que querem o socorro do direito contra os crimes praticados pelos agentes respectivos não deixam de obtê-lo porque estão dormindo, e sim porque estão de olhos fechados, muitas vezes vendados; não deixam de obtê-lo porque estão em repouso, e sim porque estão paralisados, muitas vezes manietados. Falar em sanção contra a inércia quando não é possível sair dela constitui, no mínimo, grave contrassenso e, no

60. ARGENTINA. Corte Suprema de Justicia de la Nación. S. 1767. XXXVIII. *Simon, Julio Hector y otros s/ privación ilegítima de la libertad, etc.* Causa n° 17.768. *Fallos*: 328:2056. Buenos Aires, 14 de junho de 2005. Disponível em: <www.csjn.gov.ar>. Acesso em: 12 jul. 2012.

61. ARGENTINA. Corte Suprema de Justicia de la Nación. A. 869. XXXVII. *Arancibia Clavel, Enrique Lautaro s/ homicidio y asociación ilícita.* Causa n° 259. *Fallos*: 327:3312. Buenos Aires, 8 de março de 2005. Disponível em: <www.csjn.gov.ar>. Acesso em: 12 jul. 2012.

limite, hipocrisia hermenêutica. Não há segurança jurídica a preservar quando a iniciativa se volta contra o que constituiu pilar de sustentação justamente de um dos aspectos autoritários de regime que, para se instaurar, pôs por terra, antes de tudo, a mesma segurança jurídica.⁶²

A posição do Procurador-Geral da República ficaria ainda mais cristalina com o parecer apresentado nesta ADPF nº 320. O Procurador-Geral da República claramente abraçou a tese encampada pelo Grupo de Justiça de Transição do Ministério Público Federal, integrado por membros da instituição que atuam neste campo.

Destacou o chefe do Ministério Público Federal que deveria prevalecer a distinção dos campos de controle de constitucionalidade e de controle de convencionalidade. Apontou também que o Estado brasileiro, soberanamente, submeteu-se à jurisdição da Corte Interamericana de Direitos Humanos, por meio do Decreto nº 4.463/2002; e que, similar e previamente, aderiu à Convenção Americana de Direitos Humanos, via Decreto nº 678/1992. Negar-se a cumprir a decisão tomada no Caso *Gomes Lund* exigiria prévia denúncia desses tratados, nos termos do art. 75 da Convenção Americana e do art. 44 (1) da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados (também incorporada pelo Decreto nº 7.030/2009) – o que, de mais a mais, implicaria em retrocesso inaceitável em matéria de direitos humanos. Como a própria jurisprudência do Supremo Tribunal Federal já reconheceu (Extradições nº 974, 1.150 e 1.278), os crimes de desaparecimento forçado, como graves violações de direitos humanos, são permanentes, não havendo que se cogitar de prescrição ou anistia. Mas para além desses específicos crimes, deve prevalecer que as graves violações de direitos humanos são crimes contra a humanidade, portanto sujeitos a uma disciplina normativa de há muito firmada:

62. BRASIL. Procuradoria-Geral da República. Parecer. *Prisão preventiva para extradição nº 696*. Requerente: República Argentina. Requerido: Manuel Alfredo Montenegro. Relator Ministro Gilmar Mendes. Disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/extradicao-manuel-montenegro-parecer-pgr.pdf>>. Acesso em: 22 out. 2014, p. 14.

Instrumentos internacionais, a doutrina e a jurisprudência de tribunais de direitos humanos e cortes constitucionais de numerosos países reconhecem que delitos perpetrados por agentes estatais com grave violação a direitos fundamentais constituem crimes de lesa-humanidade, não sujeitos à extinção de punibilidade por prescrição. Essas categorias jurídicas são plenamente compatíveis com o Direito nacional e devem permitir a persecução penal de crimes dessa natureza perpetrados no período do regime autoritário brasileiro pós-1964.⁶³

A disciplina normativa elencada pelo Procurador-Geral da República merece aqui ser transcrita, dado que plenamente pertinente a responder à questão da diversidade de ônus probatório no caso dos crimes contra a humanidade. Ele indica as seguintes normas de Direito Internacional que permitem identificar os crimes praticados pela ditadura brasileira em um contexto de um ataque generalizado ou sistemático contra a população civil: a) Carta do Tribunal Militar Internacional (1945); b) Lei do Conselho de Controle nº 10 (1945); c) Princípios de Direito Internacional reconhecidos na Carta do Tribunal de Nuremberg e nos julgamentos do Tribunal, com comentários (*International Law Commission*, 1950); d) Relatório da Comissão de Direito Internacional da Organização das Nações Unidas (ONU) (1954); e) Resolução 2.184 (Assembleia Geral da ONU, 1966); f) Resolução 2.202 (Assembleia Geral da ONU, 1966); g) Resolução 2.338 (Assembleia Geral da ONU, 1967); h) Resolução 2583 (Assembleia Geral da ONU, 1969); i) Resolução 2.712 (Assembleia Geral da ONU, 1970); j) Resolução 2.840 (Assembleia Geral da ONU, 1971); k) Princípios de Cooperação Internacional na identificação, prisão, extradição e punição de pessoas condenadas por crimes de guerra e crimes contra a humanidade (Resolução 3.074 da Assembleia Geral da ONU, 1973); l) Convenção das Nações Unidas sobre a Imprescritibilidade de Crimes de Guerra e de Crimes contra a Humanidade, que, acrescente-se, incidiria como norma costumeira no caso brasileiro.

63. BRASIL. Procuradoria-Geral da República. Parecer na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 320. Relator Ministro Luiz Fux. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 22 out. 2014, p. 3.

Destaque também é dado, no parecer do Procurador-Geral da República, para os casos da Corte Interamericana de Direitos Humanos e para tribunais estrangeiros. Algo fundamental, porque foca no modo como se lida judicialmente com tais crimes. E no caso brasileiro, a prática estatal ganha nova roupagem com recentes posicionamentos do próprio Supremo Tribunal Federal: ao aceitar a equiparação normativa dos crimes de desaparecimento forçado como sequestro no plano doméstico (art. 148 do Código Penal), a corte mostra-se sensível para essa grave violação de direitos humanos. E a questão é que isto não foi feito uma vez, mas, ao menos, em três ocasiões.⁶⁴

Mencione-se, como mais um indicativo da prática estatal, as decisões de recebimento das ações nos casos Rubens Paiva e Rio-centro. Em relação ao primeiro caso, a decisão do Juiz Federal Caio Márcio Taranto estabeleceu que os crimes contra a humanidade da ditadura brasileira foram praticados no contexto de uma perseguição política. A ordem constitucional vigente à época já permitia o entendimento da incidência de princípios de Direito Internacional; para além disto, com o Decreto nº 10.719/1914, o Brasil ratificou a Convenção Concernente às Leis e Usos da Guerra Terrestre, firmada em Haia, em 1907. Some-se a isto a incidência do art. 6º do Estatuto do Tribunal de Nuremberg. A decisão ainda sustenta que a Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura foi incorporada ao nosso ordenamento jurídico em 13 de novembro de 1989, por meio do Decreto nº 98.386, em data, pois, em que não teria ocorrido a prescrição da pretensão punitiva dos crimes relativos ao desaparecimento de Rubens Paiva; a partir de então, tal punibilidade

64. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Extradicação nº 974. Requerente: Governo da República Argentina. Extraditado: Manoel Cordeiro Piacentini. Relator Ministro Marco Aurélio. Relator para o acórdão Ministro Ricardo Lewandowski. Brasília/DF, 6 de agosto de 2009. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=606492>>. Acesso em: 12 mar. 2011; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Extradicação nº 1.150. Requerente: Governo da Argentina. Requerido: Norberto Raul Tozzo. Relatora Ministra Cármen Lúcia. Brasília, 19 de maio de 2011. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 23 mar. 2012; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Extradicação nº 1.278. Requerente: Governo da Argentina. Requerido: Cláudio Vallejos. Relator Ministro Gilmar Mendes. Brasília, 18 de setembro de 2012. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 22 out. 2014.

tornou-se, por mais esse ângulo, imprescritível (e, portanto, um crime contra a humanidade).⁶⁵

No caso Riocentro, a Juíza Federal Ana Paula Vieira de Carvalho aderiu à tese de que tais crimes se configuram como crimes contra a humanidade e são, portanto, imprescritíveis. Essa imprescritibilidade é um princípio geral de Direito Internacional, tendo sido acolhido como costume pela prática dos Estados e por resoluções da Organização das Nações Unidas. Ela fez referência ao pensamento de Malcolm Shaw e às Resoluções nº 95, de 1946, e nº 3.074, de 1973, da Assembleia Geral da ONU.⁶⁶ Além disso, reforça a integração ao jus cogens desse preceito, ao destacar que, em 1914, o Brasil ratificou a Convenção Concernente às Leis e Usos da Guerra Terrestre, firmada em Haia em 1907, na qual reconhece “o caráter normativo dos princípios jus gentium preconizados pelos usos estabelecidos entre as nações civilizadas, pelas leis da humanidade e pelas exigências da consciência pública”.⁶⁷

Portanto, se é possível encontrar em ordens jurídicas comparadas o reconhecimento, como prática estatal, dos crimes contra a humanidade, dificilmente pode-se alegar que no Brasil a situação

65. BRASIL. Justiça Federal. 4a Vara Criminal da Seção Judiciária do Rio de Janeiro/RJ. Recebimento de denúncia. Ação criminal nº 0023005-91.2014.4.025101. Juiz Federal Caio Márcio Gutterres Taranto. Disponível em: <<http://www.prrj.mpf.mp.br/institucional/crimes-da-ditadura/atuacao-1>>. Rio de Janeiro, 26 de maio de 2014. Acesso em: 15 jun. 2014.

66. Cf. SHAW, Malcolm N. *Direito Internacional*. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla, Lenita Ananias do Nascimento, Antônio de Oliveira Sette-Câmara. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

67. BRASIL. Justiça Federal. 6a Vara Criminal da Seção Judiciária do Rio de Janeiro/RJ. Recebimento de denúncia. Ação criminal nº 2014.51.01.017766-5. Juíza Federal Ana Paula Vieira de Carvalho. Disponível em: <www.trf2.jus.br>. Rio de Janeiro, 13 de maio de 2014. Acesso em: 15 jun. 2014, p. 10. Registre que o Tribunal Regional Federal da 2ª Região manteve a decisão de primeira instância no julgamento do Habeas Corpus nº 104222-36.2014.4.02.0000 (REVISTA CONSULTOR JURÍDICO. *Anos de chumbo: ação contra acusados de matar Rubens Paiva deve seguir, diz TRF-2*. 10 de setembro de 2014. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-set-10/acao-acusados-matar-rubens-paiva-seguir-trf>>. Acesso em: 22 out. 2014). Ainda que a medida cautelar do Supremo Tribunal Federal na Reclamação nº 18.686 tenha suspenso o processo, ela não discutiu, obviamente, o mérito e a qualificação dos crimes imputados ao acusado (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida cautelar na reclamação nº 18.686. Relator Ministro Teori Zavascki. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 22 out. 2014.)

seja, hoje, diferente. Há um claro fluxo de incorporação dessa estrutura normativa e das consequências práticas que ela implica para a justiça de transição no Brasil.

É cediço que, para que os crimes contra a humanidade praticados por agentes estatais não sejam assim reconhecidos posteriormente, os agentes públicos e o próprio aparato estatal cuidem de manter uma estrutura que, ao mesmo tempo em que pratica crimes, cuida para que haja o desaparecimento de quaisquer provas relativas aos mesmos. Diversos dos crimes praticados o são justamente com a intenção de que sejam encobertos, com militares vestindo-se de civis e conduzindo veículos sem placas, ou pessoas que desaparecem sem deixar pistas, como bem lembra Hayner.⁶⁸

A prática de crimes contra a humanidade, de modo sistemático e generalizado contra a população brasileira, já foi reconhecida no sistema normativo interno. Juridicamente, esse reconhecimento já aparece com a Constituição de 1988 que, no art. 8º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, consolida a situação jurídica do “anistiado político” e reconhece a lesão de direitos provocada por atos de exceção, institucionais e complementares. Também a Lei 9.140/1995, que reconhece como mortas as pessoas que exerceram atividades política ou foram acusadas de exercê-las, desaparecidas de 2 de setembro de 1961 a 5 de outubro de 1988, tendo sido detidas por agentes públicos, claramente confirmou a institucionalização de um política de repressão por parte do Estado brasileiro.

Recentemente, a própria Comissão Nacional da Verdade, reconheceu em seu relatório final que o Estado brasileiro praticou crimes contra a humanidade estabelecendo, inclusive, recomendação para sua investigação e punição.

Para a fundamentação de sua posição, a CNV considerou que, desde meados do século XX, em decorrência da investigação e do julgamento de violações cometidas durante a Segunda Guerra Mundial, ocorreu a crescente internacionalização

68. HAYNER, Priscilla B. Enfrentando crímenes pasados y la relevancia de comisiones de la verdad. In: EL CENTRO INTERNACIONAL PARA LA JUSTICIA TRANSICIONAL (Ed.). *Ensayos sobre la Justicia Transicional*. New York: International Center for Transitional Justice, 2003, p. 134.

dos direitos humanos, com a consolidação de parâmetros de proteção mínimos voltados à proteção da dignidade humana. A jurisprudência e a doutrina internacionalistas são unânimes em reconhecer que os crimes contra a humanidade constituem violação ao costume internacional e mesmo de tratados sobre direitos humanos. A elevada relevância do bem jurídico protegido – nas hipóteses de crimes contra a humanidade, a abranger as práticas de detenções ilegais e arbitrárias, tortura, execuções, desaparecimentos forçados e ocultação de cadáveres – requer dos Estados o cumprimento da obrigação jurídica de prevenir, investigar, processar, punir e reparar graves violações a direitos. A importância do bem protegido justifica o regime jurídico da imprescritibilidade dos crimes contra a humanidade e da impossibilidade de anistia, determinado pela ordem internacional e decorrente da proteção à dignidade da pessoa humana e da prevalência dos direitos humanos, previstas pela Constituição brasileira (artigos 1º, III, e 4º, II), bem como da abertura desta ao direito internacional dos direitos humanos (artigo 5º, parágrafos 2º e 3º).⁶⁹

Para além desta dimensão normativa apontada pela CNV, reforçando a necessidade de responsabilização individual, é preciso destacar que, após extensa investigação dos fatos por dois anos e sete meses, o Colegiado concluiu que (1) as violações foram sistemáticas e generalizadas e (2) constituem crimes contra a humanidade:

Conforme se encontra amplamente demonstrado pela apuração dos fatos apresentados ao longo deste Relatório, as graves violações de direitos humanos perpetradas durante o período investigado pela CNV, especialmente nos 21 anos do regime ditatorial instaurado em 1964, foram o resultado de uma ação generalizada e sistemática do Estado brasileiro. Na ditadura militar, a repressão e a eliminação de opositores políticos se converteram em política de Estado, concebida e implementada a partir de decisões emanadas da presidência da República e dos ministérios militares. Operacionalizada através de cadeias de comando que, partindo dessas instâncias dirigentes, alcançaram os órgãos responsáveis pelas

69. BRASIL. Comissão Nacional da Verdade. Relatório. Volume I. Brasília: CNV, 2014, p. 965.

instalações e pelos procedimentos diretamente implicados na atividade repressiva, essa política de Estado mobilizou agentes públicos para a prática sistemática de detenções ilegais e arbitrárias e tortura, que se abateu sobre milhares de brasileiros, e para o cometimento de desaparecimentos forçados, execuções e ocultação de cadáveres. Ao examinar as graves violações de direitos humanos da ditadura militar, a CNV refuta integralmente, portanto, a explicação que até hoje tem sido adotada pelas Forças Armadas, de que as graves violações de direitos humanos se constituíram em alguns poucos atos isolados ou excessos, gerados pelo voluntarismo de alguns poucos militares.

[...]

Ao demonstrar por meio da apuração registrada neste Relatório que as graves violações de direitos humanos praticadas pelo regime militar ocorreram em um contexto generalizado e sistemático de ataque do Estado contra a população civil – foram atingidos homens, mulheres, crianças, adolescentes e idosos, vinculados aos mais diferentes grupos sociais, como trabalhadores urbanos, camponeses, estudantes, clérigos, dentre tantos outros –, a CNV constatou que a prática de detenções ilegais e arbitrárias, tortura, execuções, desaparecimentos forçados e ocultação de cadáveres por agentes do Estado durante a ditadura militar caracterizou o cometimento de crimes contra a humanidade.⁷⁰

5.3.4 Crimes de desaparecimento forçado praticados no contexto da ditadura de 1964-1985: os precedentes do Colendo STF⁷¹

A CteIDH determinou que o Estado brasileiro promova a investigação completa dos fatos que envolvem o *desaparecimento forçado* de vítimas por ocasião da Guerrilha do Araguaia, bem como a responsabilização criminal, com todas as sanções que a acompanham. Esta primeira determinação não contradiz a decisão do STF na ADPF 153/DF.

A CteIDH procedeu a uma descrição das múltiplas violações de direitos humanos que o *desaparecimento forçado* propicia. Há um

70. BRASIL. Comissão Nacional da Verdade. Relatório. Volume I. Brasília: CNV, 2014, p. 963-964.

71. CF. MEYER, Emilio Peluso Neder. *Ditadura e responsabilização: elementos para uma justiça de transição no Brasil*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2012, p. 283 e ss.

caráter de permanência em tal crime que se desdobra em um primeiro momento de privação de liberdade da vítima e, em um segundo momento, a completa ausência de informações a seu respeito. Haveria uma “pluriofensividade” no crime, para a qual a CteIDH já havia chamado a atenção no Caso *Velázquez Rodríguez* e que precederia mesmo a Convenção Interamericana sobre Desaparecimento Forçado de Pessoas. A posição foi abraçada pela Corte Européia de Direitos Humanos em decisões como a de *Case of Kurt v. Turkey, Application* n° 15/1997/799/1002 (1998), assim como pela Suprema Corte de Justiça de Nação do México (*Tesis: P./J. 87/2004*), pelo Plenário da Corte Suprema do Chile (*Caso de desaforamento de Pinochet*, 2004), pela Câmara Federal de Apelações do Tribunal Penal e Correccional da Argentina (*Caso Videla e outros*, 1999) e pela Corte Suprema do Uruguai (*Caso Juan Carlos Blanco*, 2002). Em todas as qualificações, o crime de desaparecimento forçado aparece como crime contra a humanidade, imprescritível e, o mais importante, não anistiável, além de integrar os princípios essenciais que alimentam o Sistema Interamericano de Direitos Humanos e o *jus cogens*⁷².

72. Repita-se, pela importância, a nota de rodapé veiculada à decisão pela CteIDH: “Superior Tribunal de Justiça da República Bolivariana da Venezuela, Caso Marco Antonio Monasterios Pérez, sentença de 10 de agosto de 2007 (declarando a natureza pluriofensiva e permanente do delito de desaparecimento forçado); Suprema Corte de Justiça da Nação do México, *Tesis: P./J. 87/2004*, “Desaparecimento forçado de pessoas. O prazo para que opere a prescrição não se inicia até que apareça a vítima ou se determine seu destino” (afirmando que os desaparecimentos forçados são delitos permanentes e que se deve começar a calcular a prescrição a partir do momento em que cessa sua consumação); Câmara Penal da Corte Suprema do Chile, Caso Caravana, sentença de 20 de julho de 1999; Plenário da Corte Suprema do Chile, Caso de desaforamento de Pinochet, sentença de 8 de agosto de 2000; Tribunal de Apelações de Santiago, Chile, Caso Sandoval, sentença de 4 de janeiro de 2004 (todos declarando que o delito de desaparecimento forçado é contínuo, de lesa-humanidade, imprescritível e não anistiável); Câmara Federal de Apelações do Tribunal Penal e Correccional da Argentina, Caso Videla e outros, sentença de 9 de setembro de 1999 (declarando que os desaparecimentos forçados são delitos contínuos e de lesa-humanidade); Tribunal Constitucional da Bolívia, Caso José Carlos Trujillo, sentença de 12 de novembro de 2001; Tribunal Constitucional do Peru, Caso Castillo Páez, sentença de 18 de março de 2004 (declarando, em virtude do ordenado pela Corte Interamericana, no mesmo caso, que o desaparecimento forçado é um delito permanente até que se determine o paradeiro da vítima), e Corte Suprema do Uruguai, Caso Juan Carlos Blanco e Caso Gavasso e outros, sentenças de 18 de outubro de 2002 e de 17 de abril de 2002, respectivamente” (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso Gomes Lund e Outros

Com isto, uma vez que as vítimas, por uma questão óbvia, ficam privadas do acesso a recursos e garantias judiciais para se proteger, a representatividade deve ser transferida aos seus familiares e o Estado deve responsabilizar-se por realizar, rapidamente, uma investigação. A CteIDH afirmou, então, que a República Federativa do Brasil nem controverteu, nem reconheceu expressamente sua responsabilidade no procedimento judicial. O que ela fez foi afirmar – de modo reiterado – tal reconhecimento no âmbito interno, principalmente com referência à Lei nº 9.140/1995. A partir disto, a CteIDH estabeleceu que não há controvérsia sobre os fatos relacionados ao *desaparecimento forçado* dos que combateram na Guerrilha do Araguaia, e nem sobre a responsabilidade estatal para com tais fatos.

Ao julgar a Extradicação nº 974⁷³, o STF deu ao crime de *desaparecimento forçado* as mesmas características nomeadas pela CteIDH no Caso *Gomes Lund*. Naquele processo, relatado originalmente pelo Ministro Marco Aurélio, o Governo da Argentina requereu a extradição de Manoel Cordeiro Piacentini pela prática, por duas vezes, dos crimes previstos nos arts. 144, alínea 1ª, e 210, do Código Penal Argentino⁷⁴. Observe-se que o Governo do Uruguai havia também feito pedido extraditacional no mesmo sentido⁷⁵. O extraditado era acusado do desaparecimento de Adalberto Waldemar Soba Fernandez, ocorrido em 1976 na Argentina; segundo o Governo deste país,

(“Guerrilha do Araguaia”) vs. Brasil. Sentença de 24 de novembro de 2010. Disponível em: <www.corteidh.or.cr>. Acesso em: 1 jan. 2011, p. 33, nota 129).

73. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Extradicação nº 974. Requerente: Governo da República Argentina. Extraditado: Manoel Cordeiro Piacentini. Relator Ministro Marco Aurélio. Relator para o acórdão Ministro Ricardo Lewandowski. Brasília/DF, 6 de agosto de 2009. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=606492>>. Acesso em: 12 mar. 2011.

74. “Art. 144. [...]”

Alínea 1ª. O funcionário público que, abusando de suas funções ou sem as formalidades prescritas pela lei, privasse a qualquer pessoa da sua liberdade pessoal.

[...]

Art. 210 – Será reprimido com prisão ou reclusão de três a dez anos, aquele que fizesse parte de uma associação ilícita ou banda de três ou mais pessoas, destinadas a cometer crimes, pelo só fato de serem membros da associação”.

75. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Extradicação nº 1.079. Requerente: República Oriental do Uruguai. Extraditado: Manuel Cordeiro Piacentini. Relator Ministro Marco Aurélio. Relator para o acórdão Ministro Ricardo Lewandowski. Brasília/DF, 6 de agosto de 2009. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 12 mar. 2012.

ele, Major do Exército Uruguaio, estaria envolvido na chamada *Operação Condor*.

O voto do Ministro Ricardo Lewandowski destacou que, efetivamente, o indulto havia sido declarado inconstitucional na Argentina. Em relação ao sequestro, afirmou-se que, apesar de passadas décadas do fato imputado, as vítimas não apareceram, nem seus corpos, o que exclui a cogitação do homicídio. Trata-se de crime, portanto, *permanente*.

O Ministro César Peluso destacou o *sistema legal de cognoscibilidade limitada* dos processos extradicionais no Brasil; diante dele, não poderia o STF alterar a qualificação jurídica dos fatos feita pelo Estado requerente. Mais do que isso: não poderia o STF desclassificar todos os crimes de sequestro para crimes de homicídio e ainda, sem discriminação alguma, reconhecer a prescrição da pretensão punitiva. De outra parte, o homicídio exige o mínimo de materialidade delitiva, seja direta ou indireta, nos termos do art. 158 do Código de Processo Penal. Além disto:

Como, aliás, se vê e deflui nítido do teor literal do art. 7º do Código Civil em vigor, para que exsurja considerável presunção legal de morte, não basta o mero juízo de extrema probabilidade da morte de quem estava em perigo de vida (inc. I), havendo mister a existência de sentença que, depois de esgotadas as buscas e averiguações, produzidas em procedimento de justificação judicial, fixe a data provável do falecimento (§ único)⁷⁶.

Não seria, pois, aplicável o dispositivo do Código Civil (art. 7º). As vítimas contavam à época dos fatos com, em média, 20 anos, o que afastaria a possibilidade de morte natural; não houve qualquer sentença de declaração de ausência ou morte presumida. Meras conjecturas não poderiam requerer a aplicação do dispositivo e,

76. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Extradicação nº 974. Requerente: Governo da República Argentina. Extraditado: Manoel Cordeiro Piacentini. Relator Ministro Marco Aurélio. Relator para o acórdão Ministro Ricardo Lewandowski. Brasília/DF, 6 de agosto de 2009. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=606492>>. Acesso em: 12 mar. 2011, p. 37.

em vista disto, o prazo prescricional não fluiria. Nem haveria fatos a demonstrar a data exata em que ocorreram cada uma das mortes, a não ser que se cogitasse da hipótese de execução coletiva. Some-se a isto que eventuais e conjecturais acusações de homicídio pairariam no ar em vista de não se terem todos os elementos para caracterizar as hipóteses fáticas da sua ocorrência. Sobre o sequestro do menor, pior ainda a situação do extraditando: aquele só veio a reconhecer sua identidade biológica em 2002, portanto, só aí começou a correr o prazo prescricional do art. 146 do Código Penal Argentino.

Diante do voto do Ministro César Peluso, a Ministra Cármen Lúcia alterou sua posição inicial e passou a votar no sentido da maioria. Já o Ministro Joaquim Barbosa também acompanhou a divergência, no que foi seguido pelo Ministro Ayres Britto. No mesmo sentido das conturbadas sessões do Supremo Tribunal Federal, o Ministro Eros Grau também pediu vista (mesmo já tendo proferido voto) e apresentou posição posterior no sentido de também acompanhar a divergência, alegando, inclusive, o descabimento de prescrição. Em síntese: a maioria dos Ministros do STF (Ricardo Lewandoski, César Peluso, Cármen Lúcia, Joaquim Barbosa, Ayres Britto e Eros Grau) deferiu o pedido extradicional, é dizer, reconheceu não haver prescrição no caso, vencidos os Ministros Marco Aurélio e Menezes de Direito.

No mesmo sentido viria a decidir o STF quando do julgamento da Extradicação nº 1.150, também requerida pelo Governo Argentino e envolvendo o extraditando Norberto Raul Tozzo, acusado de envolvimento no massacre de Margarita Belén, entre outros fatos. Também aqui se reconheceu o caráter permanente dos crimes de sequestro e de *desaparecimento forçado*⁷⁷. Ressalte-se que este julgamento, inclusive, foi posterior ao julgamento da ADPF nº 153/DF. E, também, quando do julgamento da Extradicação 1.278, a posição seria novamente reforçada.⁷⁸

77. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Extradicação nº 1.150. Requerente: Governo da Argentina. Requerido: Norberto Raul Tozzo. Relatora Ministra Cármen Lúcia. Brasília, 19 de maio de 2011. Disponível em <www.stf.jus.br>. Acesso em: 23 mar. 2012.

78. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Extradicação nº 1.278. Requerente: Governo da Argentina. Requerido: Cláudio Vallejos. Relator Ministro Gilmar Mendes. Brasília, 18 de setembro de 2012. Disponível em <www.stf.jus.br>. Acesso em: 22 out. 2014.

Roga-se, portanto, que este Egrégio STF, como é de praxe, mantenha-se na linha de coerência dos referidos julgados para determinar que o crime de desaparecimento forçado deve necessariamente ser investigado e submetido à persecução penal.

5.4 Ausência de responsabilização por crimes contra a humanidade e consolidação do Estado Democrático de Direito

É preciso que esta Colenda Corte esteja também ciente das consequências jurídicas da ausência de responsabilização criminal por graves violações de direitos humanos praticadas pela ditadura de 1964-1985.⁷⁹

O estudo de Kathryn Sikkink e Carrie Booth Walling, citado por Silva Filho⁸⁰ e relativo a dados da literatura da década de 1980 sobre os períodos ditatoriais na América Latina, revela que nos países em que se procedeu a julgamento e em que foram instaladas comissões da verdade (são o caso de Argentina, Chile, Guatemala, Paraguai, Panamá, Peru, Bolívia, El Salvador e Equador) os índices da *Political Terror Scale* (um critério utilizado pela Anistia Internacional e pelo Relatório Anual de Direitos Humanos dos Estados Unidos) só decresceram: na escala de 1 a 5 por ele observada, o Brasil subiu de 3.2 para 4.1. O alvo alterou-se: do esquerdista ou comunista ao traficante. Além disto, observa-se uma crescente criminalização da atuação de movimentos sociais⁸¹. Caso verifiquemos os dados

79. Cf., também para o que se segue, MEYER, Emilio Peluso Neder. *Ditadura e Responsabilização* - elementos para uma justiça de transição no Brasil. Belo Horizonte: Arraes, 2012, p. 274 e ss.

80. SILVA FILHO. *Dever da memória e construção da história viva*, p. 205. Ele se refere a SIKKINK, Kathryn. WALLING, Carrie Booth. The impact of human rights trials in Latin American. In: *Journal of Peace Research*, Los Angeles, London, New Delhi, Singapore, v. 44, n. 4, p. 427-444, 2007.

81. “Com efeito, no caso brasileiro, a tortura persiste de forma generalizada e sistemática. Levantamento feito em 2005 aponta que o número de agentes condenados pela prática da tortura, no país inteiro, não chegava sequer a vinte. Na maioria dos casos, ainda se recorre aos tipos penais de lesão corporal ou constrangimento ilegal para punir a tortura (como no passado, quando inexistia a lei), em detrimento da efetiva aplicação da Lei 9.455/97. Pesquisa realizada pelo Conselho Nacional dos Procuradores-Gerais

mais recentes, o índice brasileiro aumentou ainda mais: em 2012, o Brasil manteve-se na média de 4 pontos.⁸²

Mais recentemente, Sikkink⁸³ irá desenvolver o conceito de *justiça em cascata* para se referir a uma nova mudança na política mundial no que respeita à responsabilização criminal de agentes de Estado por violações de direitos humanos. Este conceito não implica em uma fatal condenação dos perpetradores, pelo contrário, ele remete a um deslocamento a respeito da legitimidade das normas sobre responsabilidade individual por violações de direitos humanos e um sucessivo aumento de perseguições criminais em nome daquela norma. A ideia a ser transmitida pelo termo é a de que tal mudança começa lentamente com pequenos córregos que vão ganhando força e varrendo um número maior de agentes. Os julgamentos de Nuremberg e Tóquio seriam, historicamente, o início desta mudança, mas como a derrota na Segunda Guerra não é, de modo algum, um fator desprezível, seria mais importante considerar os fatos ocorridos a partir de meados da década de 1970 em países como Grécia e Argentina.

Sikkink⁸⁴ traz os exemplos latino-americanos de condenações de ex-chefes de Estado no final do século XX e no início do século XXI: Roberto Viola e Rafael Videla na Argentina, Alberto Fujimori no Peru, Alvarez e Bordaberry no Uruguai, e, mais recentemente, o processo de Ríos Montt na Guatemala. Todos estes últimos casos se

de Justiça registra que, nos primeiros cinco anos de vigência da lei, foram apresentadas 524 denúncias de tortura, sendo que somente 15 (4,3% do total) foram a julgamento e apenas nove casos (1,7%) resultaram em condenação de torturadores. Esses dados revelam que, na prática, não foram incorporados os avanços introduzidos pela lei 9.455 de 1997. Em geral, a tortura ocorre quando o indivíduo está sob a custódia do Estado, em delegacias, cadeias e presídios, remanescendo como usual método de investigação policial para obter informações e confissões sobre crimes” (PIOVESAN, Flávia. Direito Internacional dos Direitos Humanos e Lei de Anistia: o caso brasileiro. BRASIL. Comissão de Anistia. Ministério da Justiça. *Revista anistia política e justiça de transição*, Brasília, Ministério da Justiça, n. 2, p. 186, jul./dez. 2009.

82. GIBNETT M. et al., Political Terror Scale 1976-2012. Date Retrieved, from the Political Terror Scale Web site: <<http://www.politicalterrorsscale.org/>>. Acesso em: 3 set. 2014.

83. SIKKINK, Kathryn. *The justice cascade: how human rights prosecutions are changing world politics*. Nova York, Londres: W.W. Norton & Company, 2011, p. 4.

84. SIKKINK, Kathryn. *The justice cascade: how human rights prosecutions are changing world politics*. Nova York, Londres: W.W. Norton & Company, 2011, p. 10.

destacam do caso argentino pelo fato de terem derrotado oposições de esquerda e ainda assim haverem condenações.

Discute-se também se a realização de processos e julgamentos criminais poderia contribuir ou não para a efetivação do Estado Democrático de Direito e de seus princípios. Há ceticismos que vão desde a possibilidade de que os julgamentos criem condições para a deterioração de um sistema democrático até aqueles que advogam a impossibilidade de um modelo de *justiça transicional* que pudesse ultrapassar fronteiras. Recorrendo à base de dados do Departamento de Estado norte-americano, o *Annual Country Reports of Human Rights Practices* (Relatórios Anuais Estadais de Práticas de Direitos Humanos), que cobre 198 países e territórios, Sikkink⁸⁵, juntamente com sua colega Carrie Booth Walling, chegam a algumas conclusões úteis. Foi necessário antes, contudo, definir alguns critérios de análise estatística: elas se dedicaram, em primeiro lugar, apenas a países que enfrentaram desafios transicionais; em segundo lugar, foi preciso identificar claras intenções de responsabilizar perpetradores; em terceiro lugar, os Estados verificados deveriam garantir um mínimo de direitos para os acusados; em quarto lugar, não apenas condenações foram consideradas, uma vez que a já ocorrência de uma perseguição seria geradora de impactos. Para quantificar as informações, elas se utilizaram de um critério chamado *country-prosecution years*, que corresponde, tão somente, a pelo menos uma ocorrência de julgamento de impacto por ano em cada Estado analisado.

Analisando os argumentos dos céticos em relação aos julgamentos criminais, pode-se refutar cada um deles com tais dados. Senão vejamos.

Uma primeira ordem de argumentos diz respeito à natureza da *justiça em cascata* e ela se subdivide em: a.1) os julgamentos devem ocorrer rapidamente após a transição ou não vão acontecer; e, a.2) as decisões pós-transição são mutuamente excludentes, é dizer, deve-se preferir, por exemplo, *justiça* “ou” *verdade*. Em relação a a.1), os dados demonstram que a *justiça transicional* segue por anos a fio. Os chamados *country-prosecution years* duram em média 6,41

85. SIKKINK, Kathryn. *The justice cascade: how human rights prosecutions are changing world politics*. Nova York, Londres: W.W. Norton & Company, 2011, p. 134.

“anos” e podem se alongar por períodos maiores. Cai por terra, assim a ideia de que a indignação popular se esvai com o tempo ou de que os que são partes em perseguições podem retomar o poder. Com relação a a.2), a passagem do tempo na América Latina tem encorajado as vítimas a lutar por justiça, sem que esta possa ser objeto de barganha com a verdade. A adoção de comissões da verdade quase sempre vem acompanhada de processos criminais; o Brasil é uma das poucas exceções. Estas exceções costumam vir acompanhadas de autoanistias, que de seu turno, podem ser atenuadas por outras exceções, como a impossibilidade de anistias para genocídio e crimes contra a humanidade (Guatemala) ou a anistia para civis no poder (Uruguai). Além disto, interpretações judiciais podem corroer tais anistias, como já ressaltado.

Subsidiando tal confrontação, é possível analisar os impactos da *justiça em cascata* sob quatro perspectivas por meio das quais os céticos se posicionam: b.1) as perseguições podem desestabilizar a democracia e levar a golpes militares; b.2) perseguições em prol de direitos humanos podem aumentar a violação destes mesmos direitos; b.3) estas mesmas perseguições podem estimular ou prolongar conflitos; e, b.4) elas podem desestimular a consolidação do Estado de Direito, ou deve-se primeiro construir este edifício para só então pensar em tentar viabilizar perseguições.

Em relação ao argumento de que as perseguições podem desestabilizar a democracia e levar a golpes militares (b.1), deve-se reconhecer que a América Latina tem desenvolvido nos últimos anos regimes democráticos estáveis. Desde o início das perseguições, em 1983, apenas quatro golpes de Estado foram exitosos, nenhum deles ligados a medidas transicionais: no Peru, em 1992, no Haiti, em 2004, no Equador, em 2000, e em Honduras, em 2009. Todos os exemplos retornaram à democracia, ainda que em parte. O exemplo recorrente da Argentina de Alfonsín deve ser lembrado como uma tentativa que não impediu perseguições de oficiais de mais baixa patente e outros servidores, nem as recentes perseguições de ex-chefes de Estado. Apesar de o Brasil aparecer como exceção em termos de fortalecimento da democracia sem perseguições penais, sua situação em termos de proteção de direitos humanos ainda é fortemente criticável.

Sobre o argumento de que perseguições em prol de direitos humanos podem aumentar a violação destes mesmos direitos (b.2),

Sikkink⁸⁶ se utiliza do já mencionado critério *Political Terror Scale* (PTS), verificando-se o aumento nesta escala no caso brasileiro. No que diz respeito à tese de que estas mesmas perseguições podem estimular ou prolongar conflitos (b.3), registra-se que, entre 1970 e 2008, em 17 países em que ocorreu algum tipo de conflito, não houve nenhum caso na América Latina em que a perseguição penal contribuiu para sua eclosão. Já no que se refere à tese de que as perseguições podem desestimular a consolidação do Estado de Direito, ou deve-se primeiro construir este edifício para só então pensar em tentar viabilizar perseguições (b.4), verifica-se que a construção do Estado de Direito se deu de mãos dadas com as perseguições penais.

Assim, para além das questões normativas, os dados corroboraram a tese de que a responsabilização é fundamental para a consolidação de um estado de direito material. Imperam, porém, questões normativas já relatadas: a prevalência do Direito Internacional dos Direitos Humanos e o próprio cumprimento da decisão da CteIDH no Caso *Gomes Lund*, bem como a necessidade de interpretar-se a Lei de Anistia à luz da Constituição de 1988. Mais do que isso: é preciso que o Estado brasileiro posicione-se sobre dos crimes contra a humanidade que cometeu.

5.5 Dos pedidos

Diante do exposto, a Comissão de Familiares de Mortos e Desaparecidos Políticos, com o auxílio do Centro de Estudos sobre Justiça de Transição – CJT e por intermédio de seus advogados devidamente constituídos, vem respeitosamente requerer:

- a) A admissão no feito na qualidade de *amicus curiae*, nos termos do art. 7º, § 2º, da Lei 9.868/1999, aplicável ao presente feito;
- b) A realização de audiência pública para o debate da relevante temática posta na presente ADPF;
- c) Caso deferido o pedido de realização de audiência pública, desde já, a sua inscrição para manifestação;

86. SIKKINK, Kathryn. *The justice cascade: how human rights prosecutions are changing world politics*. Nova York, Londres: W.W. Norton & Company, 2011, p. 149.

- d) A manifestação de seus advogados quando do momento de realização do julgamento, por meio de sustentação oral, nos termos do art. 131, § 3º, do Regimento Interno do Colendo Supremo Tribunal Federal;
- e) O julgamento de procedência do pedido quanto ao reconhecimento de que a Lei de Anistia de 1979 não deve constituir obstáculo para a investigação e processamento de agentes públicos por graves violações de direitos humanos ou crimes contra a humanidade praticados durante a ditadura de 1964-1985, impedindo qualquer exegese que possa ocasionar extinção de punibilidade por anistia ou prescrição;
- f) O julgamento de procedência do pedido quanto ao reconhecimento de que a Lei de Anistia de 1979 não deve constituir obstáculo para a investigação e processamento de agentes públicos por graves violações de direitos humanos ou crimes contra a humanidade consistentes em crimes de desaparecimento forçado ou sequestro praticados durante a ditadura de 1964-1985, impedindo qualquer exegese que possa ocasionar extinção de punibilidade por anistia ou prescrição;
- g) O julgamento de procedência do pedido do Exmo. Sr. Procurador-Geral da República no sentido de que, nos termos do art. 10 da Lei 9.882/1999, haja “(...) comunicação a todos os poderes de que a persecução penal de graves violações a direitos humanos deve observar os pontos resolutivos 3, 5, 9 e 15 da sentença da Corte Interamericana de Direitos Humanos em face do Brasil no caso GOMES LUND, em razão de seus efeitos vinculantes para todos os órgãos administrativos, legislativos e judiciais do Estado brasileiro”.

[\[Volta ao Sumário\]](#)

CONTRIBUTO DO CJT/UFMG PARA O RELATÓRIO GERAL DA RLAJT 2015¹

Emílio Peluso Neder Meyer²

O Centro de Estudos sobre Justiça de Transição da Universidade Federal de Minas Gerais (CJT-UFMG), membro da Rede Latino-Americana de Justiça de Transição (RLAJT), desenvolveu, no ano de 2015, o projeto de pesquisa e extensão “Responsabilização e Ditadura”, ainda em andamento.³ Tal projeto tem como objeto a análise sistemática dos procedimentos de investigação e ações judiciais propostas pelo Ministério Público Federal para investigar e responsabilizar os crimes contra a humanidade praticados durante a ditadura de 1964-1985, formando-se um banco de dados acessível ao público em geral em um website (<http://cjt.ufmg.br>). A identificação dos processos, com informação das fases em que se encontram, visa

1. Publicado originalmente em português e espanhol em GUIMARÃES, José Otávio Nogueira. PAIVA, Cláudia. GUERRA, Maria Pia (Orgs). *Justiça de transição na América Latina: panorama 2015*. Brasília: Ministério da Justiça, Comissão de Anistia, Rede Latino-Americana de Justiça de Transição, 2016.

2. Professor Adjunto II da Faculdade de Direito da UFMG (Graduação e Pós-Graduação, Mestrado e Doutorado). Mestre e Doutor em Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da UFMG. Estágio Pós-Doutoral pelo *King's College Brazil Institute* (2014-2015). *King's College Transnational Law Summer Institute Fellow* (2015). Coordenador do Centro de Estudos sobre Justiça de Transição da UFMG (CJT/UFMG). Coordenador da Secretaria da Rede Latino-Americana de Justiça de Transição (2016-2017).

3. Nesse mesmo ano, foram concedidos financiamentos para serem aplicados no ano de 2016 ao CJT-UFMG pelo CNPQ (443162/2015-8) e pela FAPEMIG (APQ-02471-15). Em reunião em novembro de 2015, o CJT-UFMG foi escolhido pelos membros da RLAJT para, juntamente com a UnB, sediar a Secretaria Executiva da rede no biênio de 2016-2017

a que a sociedade possa acompanhar a atuação das instituições brasileiras no cumprimento das recomendações da Comissão Nacional da Verdade. Também se verifica o impacto de tais informações em veículos de mídia. Busca-se o intercâmbio de informações com outras instituições similares de pesquisa na Argentina, no Chile e nos Estados Unidos – algo em muito permitido pela integração à RLAJT. Na visão do CJT-UFGM, é necessário que se proceda a uma análise das medidas que buscam tanto estabelecer a responsabilização de agentes públicos como promover o direito à memória e à verdade. Além disso, busca-se abordar a incorporação no Brasil de conceitos próprios do Direito Internacional dos Direitos Humanos, visando a verificar seu cabimento no contexto brasileiro e em relação a crimes de agentes da ditadura.

Em cumprimento à decisão condenatória do Estado brasileiro pela Corte Interamericana de Direitos Humanos (CteIDH) no *Caso Gomes Lund*, o Ministério Público Federal, por meio da Resolução nº 1/2011 da 2ª Câmara de Coordenação e Revisão Criminal, entendeu não haver colisão entre a decisão da corte regional de direitos humanos e a decisão do Supremo Tribunal Federal na ADPF 153/DF, que rejeitara o pleito do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil para dar “interpretação conforme” à Lei de Anistia de 1979.⁴ Com isto, a noção de graves violações de direitos humanos, ganhou densidade normativa na ordem jurídica brasileira.

Uma mudança ainda maior viria com a incorporação no Brasil da noção internacional de crimes contra a humanidade para lidar com os crimes da ditadura. Os crimes contra a humanidade, já há muito referidos no campo do Direito Internacional dos Direitos Humanos como norma de “jus cogens” (ou seja, obrigatórias e não derogáveis),⁵ teriam destaque com a propositura de ações penais relativas a crimes perpetrados no início da década de 1970 (caso

4. Cf. BRASIL. Ministério Público Federal. Procuradoria-Geral da República. 2ª Câmara de Coordenação e Revisão. *Documento nº 1/2011*. Brasília/DF, 21 de março de 2011. Disponível em: <www.prr3.mpf.gov.br>. Acesso em: 12 mar. 2012.

5. Cf. BASSIOUNI, Cherif. Searching for Peace and Achieving Justice: the Need for Accountability. *Law and Contemporary Problems*, v. 59, n. 4, p. 17, 1996. Cf., também, BASSIOUNI, Cherif. International Crimes: *Jus Cogens and Obligatio Erga Omnes*. *Law and Contemporary Problems*, v. 59, n. 4, p. 63 e ss, 1996.

Rubens Paiva) e após a anistia de 1979 (caso RioCentro).⁶ A noção de crimes contra a humanidade também seria invocada no caso que envolveu a morte e desaparecimento do opositor político Luiz Eduardo da Rocha Merlino.⁷

Também o Procurador-Geral da República mostrou claramente ter o Brasil incorporado o conceito de crimes contra a humanidade na sua justiça de transição, em duas ocasiões, pelo menos. Na primeira delas, ao apresentar parecer em relação ao pedido de extradição feito pela República Argentina em relação a Manuel Alfredo Montenegro, acusado de crimes de privação ilegítima de liberdade agravada com imposição de tortura durante a última ditadura argentina.⁸

A posição do Procurador-Geral da República ficaria ainda mais cristalina com o parecer apresentado na ADPF nº 320, proposta pelo PSOL – Partido Socialismo e Liberdade. Essa nova ação requer que o STF deixe clara a necessidade do Estado brasileiro de dar cumprimento às determinações da CteIDH no *Caso Gomes Lund*.

6. BRASIL. Ministério Público Federal. Procuradoria da República no Estado do Rio de Janeiro. *Denúncia referente ao Procedimento de Investigação Criminal nº 1.30.001.006990/2012-37*. Disponível em: <<http://www.prrj.mpf.mp.br/institucional/crimes-da-ditadura/atuacao-1>>. Acesso em: 15 jun. 2014; BRASIL. Ministério Público Federal. Procuradoria da República no Estado do Rio de Janeiro. *Denúncia referente ao Procedimento de Investigação Criminal nº 1.30.001.0069906990/2012-37*. Manifestação anexa. Disponível em: <<http://www.prrj.mpf.mp.br/institucional/crimes-da-ditadura/atuacao-1>>. Acesso em: 15 jun. 2014; BRASIL. Ministério Público Federal. Procuradoria da República no Estado do Rio de Janeiro. *Denúncia referente aos Procedimentos de Investigação Criminal nº 1.30.001.005782/2012-11 e 1.30.011.001040/2011-16*. Disponível em: <<http://www.prrj.mpf.mp.br/institucional/crimes-da-ditadura/atuacao-1>>. Acesso em: 15 jun. 2014. O trabalho do MPF pode ser encontrado em: BRASIL. Ministério Público Federal. 2ª Câmara de Coordenação e Revisão. *Grupo de Trabalho justiça de transição: atividades desenvolvidas pelo Ministério Público Federal: 2011-2013*. Coord. e org. Raquel Elias Ferreira Dodge. Disponível em: <<http://2ccr.pgr.mpf.mp.br/coordenacao/grupos-de-trabalho/justica-de-transicao/relatorios-1/Relatorio%20Justica%20de%20Transicao%20-%20Novo.pdf>>. Acesso em: 16 jun. 2014. Brasília: MPF/2a CCR, 2014.

7. BRASIL. Ministério Público Federal. Procuradoria da República no Estado de São Paulo. *Denúncia referente ao Procedimento de Investigação Criminal nº 1.34.001.007804/2011-57*. Denúncia nº 71284/2014. Disponível em <<http://s.conjur.com.br/dl/denuncia-coronel-ustra.pdf>>. Acesso em: 21 out. 2014.

8. BRASIL. Procuradoria-Geral da República. Parecer. *Prisão preventiva para extradição nº 696*. Requerente: República Argentina. Requerido: Manuel Alfredo Montenegro. Relator Ministro Gilmar Mendes. Disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/extradicao-manuel-montenegro-parecer-pgr.pdf>>. Acesso em: 22 out. 2014.

O Procurador-Geral da República claramente abraçou a tese encampada pelo Grupo de Trabalho de Justiça de Transição do Ministério Público Federal (GTJT-MPF), integrado por membros da instituição que atuam neste campo, sustentando que os crimes da ditadura de 1964-1985 são crimes contra a humanidade.

Como isto, delinea-se, hoje no Brasil, um campo no qual deverão proliferar diversas medidas de justiça de transição concernentes à responsabilização criminal de agentes da ditadura pelo cometimento de crimes contra a humanidade. Ainda que órgãos superiores de justiça possam vir a ter entendimentos futuros que visem barrar tais medidas, é preciso sempre lembrar que composições de tribunais se alteram e novos questionamentos podem surgir, como já aconteceu na Argentina, no Chile e no Peru.

Como mencionado, o Ministério Público Federal mantém GTJT e tem procurado sistematizar as informações a respeito das investigações levadas à frente e das ações criminais ajuizadas.⁹ Entretanto, a existência de instituições autônomas às práticas estatais e mais diretamente relacionadas à sociedade civil pode cooperar de um modo importantíssimo com o trabalho do Ministério Público Federal, desenvolvendo uma maior sistematicidade para o mesmo e possibilitando novos aportes críticos. Além disso, é necessário reconstruir os passos que têm sido dados para a aceitação deste conceito no Brasil. Isto terá efeitos sobre o próprio modo de se trabalhar a responsabilização criminal, mas também alcançará outras medidas transicionais, como o direito à memória e à verdade, o sistema de reparação e as reformas institucionais.

9. Cf. o documento já citado, BRASIL. Ministério Público Federal. 2ª Câmara de Coordenação e Revisão. *Grupo de Trabalho justiça de transição: atividades desenvolvidas pelo Ministério Público Federal: 2011-2013*. Coord. e org. Raquel Elias Ferreira Dodge. Disponível em: <<http://2ccr.pgr.mpf.mp.br/coordenacao/grupos-de-trabalho/justica-de-transicao/relatorios-1/Relatorio%20Justica%20de%20Transicao%20-%20Novo.pdf>>. Acesso em: 16 jun. 2014. Brasília: MPF/2a CCR, 2014, mas também BRASIL. Ministério Público Federal. 2a Câmara de Coordenação e Revisão. Grupo de Trabalho Justiça de Transição. *Crimes da Ditadura: Relatório preliminar de atos de persecução penal desenvolvidos pelo MPF acerca de graves violações de direitos humanos cometidas por agentes do Estado durante a ditadura*. Brasília, 2013. Disponível em: <http://2ccr.pgr.mpf.mp.br/coordenacao/grupos-de-trabalho/justica-de-transicao/relatorios-1/Relatorio%20-%20Crimes%20da%20Ditadura.pdf/at_download/file>. Acesso em: 5 nov. 2014.

Ressalte-se também que a Comissão Nacional da Verdade recomendou expressamente a responsabilização de agentes públicos por crimes contra a humanidade. As investigações criminais e ações penais propostas tem o efeito prático de levar adiante as recomendações da CNV, fundadas na Lei 12.528/2011.¹⁰ Não se pode desconsiderar que tais medidas são fundamentais para a consolidação do regime democrático e de um sistema de direitos humanos. O acesso pleno à verdade contribui diretamente para a afirmação de uma memória não obrigada, permitindo que a identidade de um povo seja construída com sua contribuição. Além disso, responsabilizações criminais demonstram que o Estado refuta claramente as práticas autoritárias e ilícitas que outrora cancelara.

Durante o ano de 2015, o CJT-UFMG celebrou um termo de cooperação com o GTJT-MFP.¹¹ Com isso, há uma maior possibilidade de um somatório de forças que possa permitir acesso aos dados disponíveis. Do que pôde ser avaliado no referido ano, são, na data de fechamento desse texto,¹² 17 (dezesete) as ações penais propostas por membros do MPF em todo o país. 5 (quatro) denúncias foram inicialmente recebidas, mas em todos esses casos houve suspensão do processo, seja por reclamação ajuizada no Supremo Tribunal Federal, seja por *habeas corpus* concedido pelo Tribunal Regional Federal competente. 8 (oito) denúncias foram rejeitadas de plano. Em 4 (quatro) ações penais não havia elementos para aferir o andamento da denúncia.

Do que se pode aferir, há sinais interessantes de que os litígios de direitos humanos levada adiante pelo MPF pode trazer

10. “Determinação, pelos órgãos competentes, da responsabilidade jurídica – criminal, civil e administrativa – dos agentes públicos que deram causa às graves violações de direitos humanos ocorridas no período investigado pela CNV, afastando-se, em relação a esses agentes, a aplicação dos dispositivos concessivos de anistia inscritos nos artigos da Lei n. 6.683, de 28 de agosto de 1979, e em outras disposições constitucionais e legais” (BRASIL. Comissão Nacional da Verdade. *Relatório*. Volume I. Brasília: Comissão Nacional da Verdade, 2014, p. 965).

11. <http://noticias.pgr.mpf.mp.br/noticias/noticias-do-site/copy_of_geral/populacao-tera-acesso-a-informacoes-sobre-procedimentos-para-responsabilizar-agentes-publicos-que-agiram-na-ditadura-militar>.

12. 12 fev. 2016.

futuros benefícios para a justiça de transição brasileira. O quadro em relação à atuação do Poder Judiciário, contudo, é bastante árduo. Há vários problemas relativos à uma ausência de compreensão do significado e cogência do Direito Internacional dos Direitos Humanos e de seus conceitos: crimes contra a humanidade, imprescritibilidade, impossibilidade de incidência de anistia, passam ao largo de decisões que ainda enxergam uma oposição entre soberania e direitos humanos, com franca precedência da primeira, principalmente em nome da suposta eficácia vinculante da decisão do STF na ADPF 153.

Vejamos algumas das fundamentações adotadas em casos diversos.

No caso da ação penal envolvendo os crimes de homicídio e falsidade ideológica do caso de Manoel Fiel Filho (autos 0007502-27.2015.4.03.6181), a decisão judicial de rejeição em primeira instância circunscreveu-se a transcrever, em suas 54 páginas, 22 páginas de citações da decisão do STF na ADPF 153, sem nenhum enfrentamento da decisão da CteIDH no *Caso Gomes Lund*. Já na ação penal que imputava a tortura e morte de Carlos Danielli, a exata e mesma fundamentação foi utilizada (autos 0009756-70.2015.4.03.6181). No caso que envolveu a morte sob tortura do resistente Hércio Pereira Fortes (autos 001635122.2014.4.03.6181), invocou-se a incidência de pretensa anistia (em verdade, autoanistia) pela Lei 6.683/1979. De forma estarrecedora, a sentença invoca citação à menção pelo ex-Ministro Moreira Alves, do STF, quando da instalação da Assembleia Constituinte de 1986-1987, que tratou esse momento como o “o termo final do período de transição com que, sem ruptura constitucional, e por via de conciliação, se encena um ciclo revolucionário”, uma verdadeira afronta ao processo histórico que culminou no exercício daquele poder constituinte democrático. Novamente, a decisão do STF na ADPF 153, ainda não transitada em julgado, é referida como vinculante no caso – nenhuma linha é dedicada a o que decidido pela CteIDH.

Já no caso que envolveu a morte sob tortura de Luiz Eduardo da Rocha Merlino (autos 0012647-98.2014.403.6181), manteve-se a mesma toada para a fundamentação: ampla abrangência do conceito

jurídico de anistia (ainda que para os crimes contra a humanidade imputados); a suposta aplicabilidade ao caso concreto do art. 4º da EC n. 26/1985;¹³ e, a força do que decidido pelo STF na ADPF 153.

Outros argumentos ainda apareceriam em decisões de rejeição das ações penais: questionamento dos efeitos permanentes dos crimes de sequestro praticado; a definição de que o crime de ocultação de cadáver é crime instantâneo de efeitos permanentes (e não crime permanente); o que chama mais a atenção a reiterada despreocupação com os efeitos da decisão da CteIDH no *Caso Gomes Lund* e o papel do Direito Internacional dos Direitos Humanos. Do que até agora se pode constatar é que ou há um vácuo na formação dos juízes federais brasileiros ou a defesa de uma oposição já ultrapassada entre direitos humanos e soberania.

Assim, há um longo trabalho pela frente a ser desenvolvido em termos da criação de pressões da sociedade civil que possam fortalecer e municiar o papel do MPF que, ao que parece, já assumiu uma predisposição em buscar consolidar o pilar da responsabilização criminal individual na justiça de transição brasileira. A RLAJT pode cumprir um valioso papel nesse campo ao permitir o intercâmbio de experiências mais exitosas como, por exemplo, as da Argentina e do Chile. Considerando as limitações contextuais, ainda assim, há um importante espaço de diálogo edificante para uma justiça de transição quiçá regional.

[\[Volta ao Sumário\]](#)

13. Contra essa interpretação, cf. MEYER, Emilio Peluso Neder et al. “Não há anistia para crimes contra a humanidade - Partes I e II”. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-set-15/nao-anistia-crimes-humanidade-parte>> e <<http://www.conjur.com.br/2014-set-16/nao-anistia-crimes-humanidade-parte-ii>>. Acesso em: 12 jan. 2015.

CONTRIBUTO DO CJT/UFMG PARA O RELATÓRIO GERAL DA RLAJT 2016¹

Emílio Peluso Neder Meyer²
Raquel Cristina Possolo Gonçalves³

O Centro de Estudos sobre Justiça de Transição da UFMG (CJT/UFMG), membro da Rede Latino-Americana de Justiça de Transição (RLAJT), atuará sediando a Secretaria Executiva da RLAJT, ao lado da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília (UnB) durante o biênio 2016/2017. O exercício dessa função ocorre paralelamente ao desenvolvimento do Projeto de Pesquisa e Extensão “Ditadura e Responsabilização”, que tem buscado avaliar iniciativas de implementação dos mecanismos de justiça transicional no contexto brasileiro.

As ações penais propostas pelo Ministério Público Federal (MPF), visando a responsabilização individual dos perpetradores dos crimes contra a humanidade durante a ditadura militar, foram foco das pesquisas no ano de 2015 (MEYER, 2016, p. 51). Neste ano

1. A ser publicado em SCHINCARIOL, Rafael. *Rede Latino-Americana de Justiça de Transição: Relatório 2016*. Manuscrito. São Paulo: RLAJT, 2016.

2. Professor Adjunto II da Faculdade de Direito da UFMG (Graduação e Pós-Graduação, Mestrado e Doutorado). Mestre e Doutor em Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da UFMG. Estágio Pós-Doutoral pelo *King's College Brazil Institute* (2014-2015). *King's College Transnational Law Summer Institute Fellow* (2015). Coordenador do Centro de Estudos sobre Justiça de Transição da UFMG (CJT/UFMG). Coordenador da Secretaria da Rede Latino-Americana de Justiça de Transição (2016-2017).

3. Pesquisadora do Centro de Estudos sobre Justiça de Transição da UFMG e da Secretaria da RLAJT. Graduada em Direito pela UFMG. Bacharel em Letras pela UFMG.

de 2016, o CJT/UFMG expandiu seu olhar para outras iniciativas levadas à frente com vistas a implementação dos mecanismos da justiça de transição no Brasil, como as ações civis públicas e ações propostas por vítimas, resistentes e seus familiares.

O presente artigo abordará fatos emblemáticos que ocorreram no país durante o ano de 2016, a fim de evidenciar os avanços e recuos que têm ocorrido na seara da justiça de transição. São eles: a concessão da anistia política à militante Margarida Maria Alves; a mudança na composição da Comissão de Anistia do Ministério da Justiça (CA/MJ); a consolidação da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (STJ) sobre imprescritibilidade de ações civis de reparação de graves violações de direitos humanos ocorridas na ditadura, materializada na publicação do Boletim nº 61 da *Jurisprudência em Teses*⁴; e o ajuizamento de novas ações penais pelo MPF contra perpetradores de crimes contra a humanidade praticados na ditadura.

7.1 Margarida Maria Alves – anistiada política *post mortem*

A CA/MJ foi criada por meio da Medida Provisória nº 2.151/01, posteriormente convertida na Lei nº 10.559/2002, tendo como objetivo anistiar e reparar as vítimas das graves violações de direitos humanos cometidas durante o período ditatorial brasileiro (TORELLY, 2014, p. 223). Ela se constitui na efetiva regulamentação do direito fundamental à reparação previsto no art. 8º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADTC) da Constituição de 1988. Além da própria reparação, que ocorre tanto pecuniariamente como, por exemplo, por intermédio de pedidos de desculpas do Estado e da declaração de anistiado político, a CA/MJ realiza iniciativas de memória e verdade, em razão dos depoimentos das vítimas e testemunhas que colhe, além da documentação probatória que arquiva. De se registrar que todo o acervo da CA/MJ integrará o Memorial da Anistia, em Belo Horizonte/MG, atualmente com sua construção suspensa.

4. Trata-se de uma ferramenta lançada em maio de 2014, na qual são apresentados diversos entendimentos do STJ abordando temas específicos, de maior relevância para o âmbito jurídico (STJ, 2016).

Durante o ano de 2016, até o momento de fechamento deste texto, dezesseis sessões foram realizadas pela CA/MJ, concedendo, integral ou parcialmente, um total de 179 anistias políticas.⁵ Utilizaremos como caso paradigma para esse relato o reconhecimento da militante Margarida Maria Alves, no dia 06/07/16, na 12ª sessão, presidida por Paulo Abrão,⁶ em que a Comissão aprovou o pedido de reparação, tornando-a, assim, anistiada política *post mortem*.

Margarida Maria Alves foi importante militante da causa camponesa, na região do Brejo Paraibano, Paraíba, Estado do nordeste brasileiro. Segundo o Relatório da Comissão Nacional da Verdade (CNV), foi a primeira mulher presidente do Sindicato dos Trabalhadores Rurais de Alagoa Grande, tendo permanecido no cargo por mais de dez anos. Ela viria a se tornar, hoje, a inspiração para a Marcha das Margaridas.⁷ A militante também contribuiu para a criação do Centro de Educação e Cultura do Trabalhador Rural, o qual tem abarcado entre seus objetivos a “formação política dos camponeses, o desenvolvimento rural e urbano sustentável, o fortalecimento da agricultura familiar, a reforma agrária e a defesa dos trabalhadores sem terra” (CNV, 2014, p. 1980).

Participou também da fundação do Movimento de Mulheres do Brejo (MMB), que seria uma das primeiras organizações na América Latina a contar apenas com mulheres em sua composição. Em razão de sua militância política, foi assassinada no dia 12 de agosto de 1983, a mando de latifundiários e opositores de sua militância. Ela lutou para que os trabalhadores rurais tivessem assegurados seus direitos trabalhistas, como 13º salário, férias, jornada de trabalho regulamentada, dentre outros.

5. Dados disponibilizados em: <<http://www.justica.gov.br/seus-direitos/anistia/calendario-de-sesoes/calendario-de-sesoes-2016-1>>. Acesso em: 8 set. 2016.

6. Então presidente da CA/MJ, hoje Secretário Executivo da Comissão Interamericana de Direitos Humanos.

7. A Marcha das Margaridas é uma manifestação popular feminina, que ocorre desde os anos 2000, recebendo esse nome em homenagem à líder sindical Margarida Maria Alves. A marcha envolve trabalhadoras rurais, extrativistas, indígenas, quilombolas. Elas marcham até Brasília para dialogarem com o Chefe do Executivo a fim de exporem sua pauta e verem atendidas as suas demandas, como garantia permanente de alimentos, acesso à terra, uma educação que não discrimine as mulheres, dentre outros (EBC, 2015).

Em razão de sua importância e do reconhecimento de sua luta, comemora-se, no dia 12 de agosto, o “Dia Nacional de Luta contra a Violência no Campo e pela Reforma Agrária”. Seu trabalho também recebeu outras homenagens e condecorações, como o prêmio *Pax Christi Internacional*, em 1988, e a Medalha Chico Mendes de Resistência, em 2002, conferida pelo Grupo de Tortura Nunca Mais/Rio de Janeiro (CNV, 2014, p. 1981).

A CA/MJ divulgou o resultado do requerimento de anistia (Requerimento nº 2013.01.72805, de julho de 2013), apresentado pelos familiares de Margarida Alves, reconhecendo a militante como anistiada política *post mortem*, no dia 06 de julho de 2016, em concordância com recomendação da CNV (2014, p. 1984).

Ressalta-se que o conceito de anistia praticado pela CA/MJ, conforme José Carlos Moreira Silva Filho (2015, p. 77), difere bastante daquele utilizado tradicionalmente. Uma de suas divergências é a caracterização da anistia como uma desculpa solicitada à vítima pelo Estado e por seus atos criminosos e não um perdão dado pelo mesmo ao perseguido político, por atos cometidos em sua resistência ao regime militar. Dessa forma, a ilegitimidade do regime autoritário ditatorial é tomada por pressuposto.

A reparação às vítimas de perseguição política, torturas, desaparecimento forçado, prisões arbitrárias e todo o arsenal de violações de direitos humanos utilizados pelo regime militar, tem recebido amplos esforços para a sua consecução. Tem sua importância ressaltada e assegurada pelo já mencionado art. 8º do ADCT,⁸ conforme Silva Filho (2015, p. 243). O autor afirma ainda que as reparações têm sido levadas à frente, em respeito ao mandamento constitucional, também por meio da Comissão Especial de Mortos e Desaparecidos Políticos da Secretaria Especial de Direitos Humanos

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”.

da Presidência da República (SILVA FILHO, 2015, p. 243). As indenizações concedidas pela CA/MJ tem um caráter administrativo, não advindo, originariamente, de decisão judicial.

Esse caráter administrativo dos programas de reparações acontece, segundo Torelly (2014, p. 223), por duas razões: uma seria a dificuldade em se obter as provas necessárias para uma possível judicialização da demanda indenizatória; outra porque o próprio processo de reparação buscaria proporcionar à vítima a conquista de confiança cívica e um sentimento de pertencimento à comunidade.

7.2 Mudanças na composição da Comissão de Anistia do Ministério da Justiça

No dia 31 de agosto de 2016, após o afastamento definitivo da presidenta eleita Dilma Rousseff, a composição da CA/MJ foi alterada pelas Portarias nº 790/2016 e nº 792/2016, publicadas no dia 02 de setembro, no Diário Oficial da União (DOU). As Portarias foram assinadas pelo Ministro de Estado da Justiça e Cidadania, Alexandre de Moraes. Importante ressaltar que, após diversos avanços e várias conquistas em termos de justiça de transição brasileira, alcançados pelos perseguidos políticos, seus familiares, bem como por toda a sociedade, através da CA/MJ, resta dúvida quanto a uma possível mudança de percurso que pode advir das alterações realizadas em sua composição. Tais alterações, imediatas à posse do novo governo, demonstram o quanto a narrativa do passado autoritário importa.

Segundo a Portaria nº 790/2016, foram nomeados dezenove novos membros conselheiros, e conforme a Portaria nº 792/2016 foram exonerados seis dos conselheiros que vinham desempenhando a função, membros da CA/MJ. Trata-se de uma intervenção inédita na história dessa Comissão, pois como órgão do Estado brasileiro, não sofria alterações em razão de alternância de governo.

As exonerações especificamente foram inéditas: antes disso, os membros que se desligaram anteriormente, o fizeram por iniciativa própria, e aqueles novos membros que integrariam a CA/MJ, além de atuação reconhecida em direitos humanos, só eram escolhidos após consulta à sociedade civil, consulta que não ocorreu em relação às 19 nomeações publicadas na supracitada Portaria nº 792/2016.

De acordo com a Nota Pública do Movimento por Verdade, Memória, Justiça e Reparação,⁹ foram exonerados os conselheiros Ana Guedes, do Grupo Tortura Nunca Mais da Bahia e ex-presidente do Comitê Brasileiro pela Anistia na Bahia; José Carlos Moreira da Silva Filho, vice-presidente da CA/MJ e professor do Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais da PUC-RS; Virginius Lianza da Franca, ex-coordenador geral do Comitê Nacional para Refugiados; Manoel Moraes, membro da Comissão Estadual da Verdade de Pernambuco e ex-membro do Gabinete de Assessoria Jurídica das Organizações Populares de Pernambuco (GAJOP); Carol Melo, professora do núcleo de Direitos Humanos da PUC-Rio; Marcia Elayne Moraes, ex-membro do Comitê Estadual contra a Tortura do Rio Grande do Sul. Dentre as novas nomeações constam os nomes de Francisco Rezek, ex-Ministro do Supremo Tribunal Federal (STF), nomeado por João Batista Figueiredo, assim como Paulo Lopo Saraiva, que seria o autor de um texto de 1976 intitulado “A Maçonaria e a Revolução de 1964 - Comemoração do 9º Aniversário da Revolução”. Já o novo Presidente da CA/MJ foi Ministro do Trabalho durante governo de João Goulart (1961-1964), Almino Afonso.¹⁰

7.3 Poder Judiciário e direito à reparação no Brasil

Uma das áreas em que se teve mais avanço na justiça transicional brasileira foi exatamente no campo da reparação, tanto administrativa, discutida anteriormente, quanto judicialmente. O Poder Judiciário brasileiro tem apresentado uma maior abertura quanto ao reconhecimento da imprescritibilidade da pretensão indenizatória em relação aos danos sofridos pelos resistentes e perseguidos políticos durante a ditadura militar. Ou seja, reparações de caráter civil têm

9. Disponível em: <<http://blogdojuca.uol.com.br/2016/09/nota-publica-do-movimento-por-verdade-memoria-justica-e-reparacao/>>. Acesso em: 10 set. 2016.

10. Conforme a Portaria nº 792/2016, os outros membros nomeados seriam: Amanda Flávio de Oliveira; Arlindo Fernandes de Oliveira; Carlos Bastide Horbach; Carolina Cardoso Guimarães Lisboa; Eunice Aparecida de Jesus Prudente; Fabiano Menke; Fernanda Dias Menezes de Almeida; Floriano Peixoto de Azevedo Marques Neto; George Rodrigo Bandeira Galindo; Gilda Portugal Gouveia; Grace Maria Fernandes Mendonça [que seria, em 9/9/2016, nomeada Advogada-Geral da União, após uma rumorosa demissão de Fábio Osório Medina (CANÁRIO, 2016)];

obtido um maior sucesso no Judiciário, se comparadas com outros mecanismos da justiça transicional.

Para se compreender a questão, há que se retomar a análise sobre a judicialização da justiça de transição, tema abordado pelo Relatório da RLAJT de 2015, *Judicialização da Justiça de Transição na América Latina* (OSMO, 2016). Segundo Meyer (2016, p. 116), a judicialização da justiça transicional tem sido levada a cabo a fim de implementarem-se medidas transicionais por meio do Poder Judiciário, normalmente após frustrações comissivas ou omissivas dos demais poderes.

As ações indenizatórias têm sido ajuizadas por resistentes e familiares de perseguidos políticos a fim de alcançarem a reparação via obtenção de compensação financeira, além de uma declaração oficial de responsabilidade civil do Estado, em resposta as violações que sofreram e que resultaram em danos, tanto materiais quanto morais (OSMO, 2016, p. 79). Ajuízam-se também ações declaratórias, de mudança de nomes de logradouros nos quais se homenageavam agentes da ditadura, alterações em certidões de óbito em que a versão oficial contrariava a verdade dos fatos, ações de regresso para que recaia sobre os torturadores o valor das indenizações pagas pela União, dentre várias outras (OSMO, 2016, p. 89).

A jurisprudência brasileira em relação a casos de pedidos de indenização pelos danos materiais e morais, sofridos em razão dos abusos cometidos pelo Estado brasileiro à época do regime autoritário, pode ser recuperada ainda durante sua vigência. Mencione-se a ação proposta em 1973 pela viúva do militante perseguido Manoel Raimundo Soares. Tal ação teria apenas em 2000 resposta de seu pedido indenizatório, parcialmente favorável (OSMO, 2016, p. 80).

Em análise anterior, realizada por Meyer no contexto do CJT/UFMG (OSMO, 2016, p. 81), notou-se que a jurisprudência brasileira estaria firmando entendimento quanto a imprescritibilidade das pretensões indenizatórias, em resposta aos danos sofridos por militantes e seus familiares, perseguidos políticos. Porém, àquela época, é importante ressaltar que ainda havia discordância, advinda principalmente do Tribunal Federal (TRF) da 2ª Região.

Tal Tribunal proferiu decisões reconhecendo a prescrição daquelas pretensões ou seja, aplicar-se-ia a esses casos o prazo quin-

quenal previsto no art. 1º do Decreto 20.910/1932. É o que se pode depreender do julgamento da ação de reparação de danos ajuizada pelo resistente Hélio da Silva (autos nº 0032327-29.2000.4.02.5101), que teve o pedido negado em sentença publicada no dia 31 de março de 2003, sendo confirmada pelo TRF da 2ª Região, na Apelação nº 324578 (julgada em 10 de agosto de 2005). Os desembargadores afirmaram que “a pretensão de ressarcimento de danos materiais e morais advindos dos atos de exceção perpetrados durante o período do Regime Militar é atingida pela prescrição após o decurso de 5 anos contados da promulgação da Constituição de 1988”. Entretanto, a decisão desse acórdão do TRF da 2ª Região foi reformada no Recurso Especial (REsp) nº 816.209, de relatoria do então Ministro do STJ Luiz Fux, julgado em 3 de setembro de 2007.

O entendimento no STJ favorável às indenizações acima citadas já estava em processo de construção. Pode-se mencionar o REsp nº 845.228, de relatoria também do então Ministro do STJ Luiz Fux, julgado em 23 de outubro de 2007. Esse recurso foi aviado em razão de confirmação de sentença denegatória da indenização pleiteada. Tratava-se, originariamente, de uma ação de reparação por danos morais e materiais e reconhecimento de efeitos previdenciários e trabalhistas contra o Estado, em razão de prática de “atos ilegítimos decorrentes de perseguição política perpetrada por ocasião do golpe militar de 1964, que culminaram na prisão do autor, bem como em sua tortura”. A ação teve seu pedido julgado improcedente em sentença de primeiro grau. Tal decisão foi confirmada em apelação ao TRF da 2ª Região. Reafirmou-se que a pretensão restara prescrita, tendo a vítima recorrido, então, ao STJ, através do analisado REsp 845.228, conseguindo, dessa forma, acórdão favorável à sua demanda reparatória.

Interessante retomar a linha argumentativa do Ministro Relator, que cita, como justificação: a dignidade da pessoa humana como fundamento da República Federativa do Brasil; o direito de agir, como imprescritível e pilar da República; além de retomar uma discussão que, na maioria das vezes, é negligenciada pelo Poder Judiciário brasileiro, é dizer, a imperatividade da normativa internacional sobre direitos humanos. Dessa forma, na decisão são citadas as convenções internacionais firmadas pelo Brasil:

Adjuntem-se à lei interna, as inúmeras convenções internacionais firmadas pelo Brasil, a começar pela Declaração Universal

da ONU, e demais convenções específicas sobre a tortura, tais como a Convenção contra a Tortura adotada pela Assembleia Geral da ONU, a Convenção Interamericana contra a Tortura, concluída em Cartagena, e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica).

Assim, o acórdão reafirma que a tortura sofrida violenta “o mais elementar dos direitos humanos, os quais, segundo os tratadistas, são inatos, universais, absolutos, inalienáveis e imprescritíveis”. Ainda que a caracterização de tais direitos possa ser objeto de inúmeras críticas, a justificação do voto aponta para uma valorização da força normativa do Direito Internacional dos Direitos Humanos.

Em concordância com a decisão acima referida e, demonstrando a consolidação jurisprudencial, o STJ tornou público o entendimento sobre a imprescritibilidade da pretensão indenizatória em decorrência da violação de direitos humanos praticadas pelo Estado, durante o regime militar brasileiro. Em seu Boletim nº 61, tratou do regime militar e a responsabilidade do Estado na ferramenta da *Jurisprudência em Teses*.

Tal boletim, em sua Tese de número 3, prevê que “As ações indenizatórias decorrentes de violação a direitos fundamentais ocorridas durante o regime militar são imprescritíveis, não se aplicando o prazo quinquenal previsto no art. 1º do Decreto n. 20.910/1932”. É apresentado um total de 138 acórdãos em que a imprescritibilidade da pretensão aqui discutida é firmada como entendimento consolidado, servindo de jurisprudência a orientar as decisões em ações que versarem a esse respeito, tanto atuais quanto futuras. Ou seja, para que um juiz possa se negar a condenar o Estado a indenizar o perseguido político ou seus familiares com base na prescrição da pretensão, é preciso invocar uma razão jurídica insuperável – o que, acreditamos, não se sustenta no atual contexto da Constituição de 1988. Ainda que esteja apenas confirmando um entendimento que já estava a ser construído, tem-se esse acontecimento como emblemático, pois pré-ordena todos os julgamentos do Poder Judiciário brasileiro, sendo mais uma ferramenta nas mãos da sociedade a avançar na justiça transicional brasileira.

Ressalta-se que o entendimento firmado quanto à imprescritibilidade só está direcionado para a esfera cível.

7.4 Ações penais ajuizadas em 2016

No âmbito penal, a juízo deste centro de pesquisa e extensão, a invocação de impedimento prescricional ou anistiador (com base na Lei 6.683/1979 e no julgamento da ADPF 153 pelo Supremo Tribunal Federal),¹¹ como tem ocorrido na fundamentação das sentenças de rejeição de denúncias do Ministério Público Federal (MPF), é errônea e em desacordo com a Constituição de 1988, devidamente lida a partir de normas convencionais e de *jus cogens* sobre a proteção de direitos humanos.¹²

Conforme entrevista de Paulo Abrão, então Presidente da CA/MJ, à pesquisadora Carla Osmo (OSMO, 2016, p. 82), trata-se de uma clara evidência de quanto o Judiciário brasileiro atua de forma ambígua historicamente:

A acolhida judicial de pedidos de responsabilização do Estado e indenização pelos danos sofridos contrasta com a atuação restrita em matéria penal. Constata-se, nesse sentido, uma posição historicamente ambígua do Judiciário brasileiro em matéria de Justiça de Transição, com uma jurisprudência garantista no que diz respeito ao direito à reparação (responsabilidade global do Estado), mas conservadora no que se refere à superação da impunidade, opondo-se à responsabilização pessoal/individual dos autores dos crimes.

As denúncias visando à responsabilização individual dos perpetradores de graves violações de direitos humanos, levadas a juízo pelo MPF durante o ano de 2016, confirmam esse tratamento ambíguo dado pelo Judiciário brasileiro quanto à prescrição de crimes contra a humanidade. Foram quatro denúncias, das quais três contaram com sentenças de rejeição e uma quarta ainda pendia de análise pelo Poder Judiciário.

O MPF, no dia 1º de fevereiro de 2016, ajuizou denúncia envolvendo o crime de lesão corporal grave relativo ao caso Frei

11. Cf., por exemplo, MEYER, Emilio Peluso Neder. *Ditadura e responsabilização: elementos para uma justiça de transição no Brasil*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2012.

12. As ações penais propostas pelo MPF são objeto de análise e sistematização do CJT/UFMG, estando disponibilizadas no site <<https://cjt.ufmg.br>>. Acesso em: 8 set. 2016.

Tito (autos nº 0001208-22.2016.4.03.6181). A denúncia foi rejeitada, tendo sua sentença se fundamentado na Lei de Anistia (Lei nº 6.683/1979) e na soberania do direito doméstico em face da Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH), citando a sentença condenatória do Brasil no Caso Gomes Lund (*Gomes Lund vs. Brasil*). A tramitação encontra-se em fase recursal.

Da mesma forma, a denúncia ajuizada buscando a responsabilização criminal dos agentes da ditadura, nesse caso, o médico legista responsável pelo Laudo de Exame Necroscópico do militante Yoshitane Fujimori, teve como base o crime de falsidade ideológica (autos nº 0003768-34.2016.4.03.6181) e foi distribuída em 1º de abril de 2016. A denúncia foi rejeitada com fundamentação na extinção da punibilidade, em razão da supracitada Lei de Anistia; encontra-se em fase recursal.

A terceira denúncia rejeitada refere-se aos casos de Ana Maria Nacinovic Corrêa, Iuri Xavier Pereira e Marcos Nonato da Fonseca, visando à responsabilização penal do médico legista pelo crime de falsidade ideológica, referente às informações constantes nos laudos de exame necroscópico dos militantes (autos nº 0008172-31.2016.4.03.6181). A denúncia foi ajuizada em 1º de julho, de 2016, e no dia 13 do mesmo mês fora rejeitada, ainda sem recurso interposto.

A única denúncia para a persecução penal dos agentes da ditadura, por crime de sequestro e lesões corporais, que não teve sentença de rejeição refere-se ao caso Manoel Conceição Santos (autos nº 0001217-81.2016.4.03.6181). Ajuizada em 4 de fevereiro de 2016, a denúncia criminal ainda está sem análise do Poder Judiciário.

7.5 Conclusões

Apesar de ainda não haver condenação penal dos perpetradores das graves violações de direitos humanos, reconhece-se que o Brasil avança em questões de justiça transicional, mais largamente em relação à reparação, mas não apenas. A concessão de anistia aos perseguidos políticos é uma afirmação clara de que os direitos humanos devem ser reconhecidos como fundamentais para o sistema constitucional brasileiro. As graves violações de direitos humanos devem

ser repudiadas veementemente como resultantes de uma política de Estado, praticadas de forma generalizada e sistemática. Portanto, será através da continuidade desses avanços na implementação dos mecanismos de justiça transicional que a sociedade brasileira poderá se debruçar sobre o ranço autoritário, opondo-se à impunidade dos crimes contra a humanidade.

Nota-se, dessa forma, que até pouco tempo, a efetiva política de reparação era um dos objetivos mais claros de órgãos do Poder Executivo. Ainda assim, os desafios eram enormes; se, por um lado, parte do Poder Judiciário via a importância de uma reparação imprescritível, de outro, a ausência de responsabilização é ainda um dogma. Deve-se, portanto, questionar se esse paradoxo não visaria, justamente, perpetuar uma impunidade sob o velho, porém recorrente, discurso de pacificação social. O horizonte, no momento, não poderia ser mais desafiador: além de recuperar o sentido emancipatório da reparação na institucionalidade de um Executivo questionado em sua legitimidade, é preciso, uma vez mais, continuar a pressionar um Judiciário recorrentemente infenso às lutas sociais por medidas transicionais.

Referências

ABAP (Associação Brasileira dos Anistiados Políticos). Comissão aprova anistia para líder sindical assassinada em 1983. ABAP, 2 set. 2016. Disponível em: <<http://anistiapolitica.org.br/abap3/2016/07/06/comissao-aprova-anistia-para-lider-sindical-assinada-em-1983/>>. Acesso em: 10 set. 2016.

BRASIL. Diário Oficial da União. Portarias 970 e 973. Sessão 2, n. 170. Brasília, 2 de set. de 2016. Disponível em: <<http://pesquisa.in.gov.br/imprensa/jsp/visualiza/index.jsp?jornal=2&pagina=36&data=02/09/2016>>. Acesso em: 10 set. 2016.

_____. Justiça Federal. 1ª Vara Criminal da Seção Judiciária de São Paulo/SP. Rejeição de denúncia. Ação criminal nº 0001217-81.2016.4.03.6181. Disponível em <<http://www.jfsp.jus.br/foruns-federais/>>. São Paulo, 7 jul. 2016. Acesso em: 10 set. 2016.

_____. Justiça Federal. 7ª Vara Criminal da Seção Judiciária de São Paulo/SP. Rejeição de denúncia. Ação criminal nº 0003768-34.2016.4.03.6181. Juiz Federal Ali Mazloum. Disponível em: <<http://www.jfsp.jus.br/foruns-federais/>>. São Paulo, 7 jul. 2016. Acesso em: 10 set. 2016.

_____. Justiça Federal. 7ª Vara Criminal da Seção Judiciária de São Paulo/SP. Rejeição de denúncia. Ação criminal nº 0008172-31.2016.4.03.6181. Juiz Federal Ali Mazloum. Disponível em: <<http://www.jfsp.jus.br/foruns-federais/>>. São Paulo, 7 jul. 2016. Acesso em: 10 set. 2016.

_____. Justiça Federal. 8ª Vara Criminal da Seção Judiciária de São Paulo/SP. Rejeição de denúncia. Ação criminal nº 0001208-22.2016.4.03.6181. Juíza Federal Louise Vilela Leite Filgueiras Borer. Disponível em <<http://www.jfsp.jus.br/foruns-federais/>>. São Paulo, 7 jul. 2016. Acesso em: 10 set. 2016.

_____. Ministério da Justiça. Comissão de Anistia. Requerimento de Anistia n. 2004.01.42025. Requerente: José Anselmo dos Santos. Relator: Conselheiro Nilmário Miranda. Brasília, 22 de maio de 2012.

_____. Ministério da Justiça. Comissão de Anistia/GM/MJ. Resultado da 12ª Sessão de Turma realizada dia 06/07/2016. Disponível em: <<http://www.justica.gov.br/seus-direitos/anistia/calendario-de-sessoes/calendario-de-sessoes-2016/resultado-12a-sessao-de-turma-06-07.pdf>>. Acesso em: 2 set. 2016.

_____. Ministério da Justiça. Comissão de Anistia/GM/MJ. Calendário de Sessões 2016. Disponível em: <<http://www.justica.gov.br/seus-direitos/anistia/calendario-de-sessoes/calendario-de-sessoes-2016-1>>. Acesso em: 2 set. 2016.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Informativo de Jurisprudência. Informativo nº 0337, Período: 22 a 26 de outubro de 2007. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/jurisprudencia/externo/informativo/?aplicacao=informativo&acao=pesquisar&livre=@cnot=008067>>. Acesso em: 10 set. 2016.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Informativo de Jurisprudência. Informativo nº 0523, Período: 14 de agosto de 2013. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/jurisprudencia/externo/informativo>>.

/?aplicacao=informativo&acao=pesquisar&livre=@cnot=014256>. Acesso em: 10 set. 2016.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Jurisprudência em Teses aborda regime militar e responsabilidade do Estado. STJ – Notícias, 7 jul. 2016. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt_BR/Comunica%C3%A7%C3%A3o/Not%C3%ADcias/Not%C3%ADcias/Jurisprud%C3%Aancia-em-Teses-aborda-regime-militar-e-responsabilidade-do-Estado>. Acesso em: 2 set. 2016.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 816.209. Relator Ministro Luiz Fux. 3 set. 2007. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/sites/STJ>>. Acesso em: 2 set. 2016.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 845.228. Relator Ministro Luiz Fux. 23 out. 2007. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/sites/STJ>>. Acesso em: 2 set. 2016.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1485.260. Relator Ministro Sérgio Kukina. 19 abr. 2016. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/sites/STJ>>. Acesso em: 10 set. 2016.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1577.411. Relator Ministro Herman Benjamin. 23 fev. 2016. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/sites/STJ>>. Acesso em: 2 set. 2016.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Responsabilidade Civil do Estado: Tese nº 3 As ações indenizatórias decorrentes de violação a direitos fundamentais ocorridas durante o regime militar são imprescritíveis, não se aplicando o prazo quinquenal previsto no art. 1º do Decreto n. 20.910/1932. *Jurisprudência em Teses*. Boletim nº 61. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jt/toc.jsp>>. Acesso em: 2 set. 2016.

CANÁRIO, Pedro. Medina Osório é demitido da AGU e Grace Fernandes assumirá o cargo. *Conjur*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-set-09/medina-osorio-demitido-agu-grace-fernandes-assumira-cargo>>. Acesso em: 12 set. 2016.

CAVALCANTI, Hylida; FERNANDES, Sarah. Temer nomeia apoiador da ditadura como membro da Comissão de Anistia. Fórum, 6 set. 2016. Disponível em: <<http://www.revistaforum.com>>.

br/2016/09/06/temer-nomeia-apoiador-da-ditadura-como-membro-da-comissao-de-anistia/>. Acesso em: 10 set. 2016.

CNV – COMISSÃO NACIONAL DA VERDADE. Perfil Margarida Maria Alves. Relatório. Brasília, 2014, v. 3, p. 1980-1984.

CONJUR. Nova Gestão: Ministério da Justiça muda 19 dos 24 membros da Comissão de Anistia. *Consultor Jurídico*, 2 set. 2016. On-line. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-set-02/ministerio-justica-muda-19-24-membros-comissao-anistia>> Acesso em: 10 set. 2016.

COSTA, Priscyla. Prazo para entrar com ação contra atos da ditadura não prescreve. *Consultor Jurídico*, 22 abr. 2007. On-line. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2007-abr-22/protecao_dignidade_pessoa_nao_prescreve_fux>. Acesso em: 10 set. 2016.

COUTINHO, Mateus; MACEDO, Fausto. Juíza rejeita denúncia contra capitães da repressão por tortura a Frei Tito: Louise Vilela Borer, da 8.^a Vara Federal Criminal em São Paulo, invocou ‘princípio da segurança jurídica’ e ‘o respeito à coisa julgada’. *Estadão – Política*, 24 fev. 2016. Disponível em: <<http://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/juiza-rejeita-denuncia-contra-capitães-da-repressao-por-tortura-a-frei-tito/>> Acesso em: 10 set. 2016.

EBC – EMPRESA DE COMUNICAÇÃO BRASILEIRA. Marcha das Margaridas: entenda o que é e quem são elas. EBC – Cidadania, 10 ago. 2015. Disponível em: <<http://www.ebc.com.br/cidadania/2015/08/marcha-das-margaridas-entenda-o-que-e-e-quem-sao-elas>>. Acesso em: 2 set. 2016.

PONTE JORNALISMO. Defensores de direitos humanos repudiam intervenção de Temer na Comissão de Anistia. *Ponte Jornalismo*, 3 set. 2016. Disponível em: <<http://ponte.org/governo-temer-intervem-na-comissao-da-anistia/>>. Acesso em: 10 set. 2016.

KFOURI, Juca. NOTA PÚBLICA DO MOVIMENTO POR VERDADE, MEMÓRIA, JUSTIÇA E REPARAÇÃO. *Uol – Notícias*, 4 set. 2016. Disponível em: <<http://blogdojuca.uol.com.br/2016/09/nota-publica-do-movimento-por-verdade-memoria-justica-e-reparacao/>> Acesso em: 10 set. 2016.

MEYER, Emilio Peluso Neder. Judicialização da Justiça de Transição: impactos a partir e sobre o Constitucionalismo Contemporâneo. In: PIOVESAN, Flávia. SOARES, Inês Virgínia Prado (coords). *Impacto das Decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos na Jurisprudência do STF*. Salvador: Ed. JusPodivm, 2016, p. 105-135.

_____. Responsabilização e Ditadura. In: CARVALHO, Cláudia Paiva, GUERRA, Maria Pia, GUIMARÃES, José Otávio Nogueira (Orgs.). *Justiça de Transição na América Latina: panorama 2015*. Brasília: Ministério da Justiça, Comissão de Anistia, Rede Latino-Americana de Justiça de Transição (RLAJT), 2016, p. 51-62.

NASSIF, Luis. Comissão da Anistia repara reputação de Margarida Alves. GGN – Cidadania, 8 set. 2016. Disponível em: <<http://jornalggm.com.br/noticia/comissao-da-anistia-repara-reputacao-de-margarida-alves>>.

OSMO, Carla. *Judicialização da justiça de transição*. Brasília: Ministério da Justiça, Comissão de Anistia, Rede Latino-Americana de Justiça de Transição, 2016.

RBA (Rede Brasil Atual). Margarida Alves, assassinada em 1983, agora é anistiada política. RBA – Cidadania/ Memória, 7 set. 2016. Disponível em: <<http://www.redebrasilatual.com.br/cidadania/2016/07/margarida-alves-assassinada-em-1983-agora-e-anistiada-politica-4717.html>>.

SILVA FILHO, José Carlos Moreira da. *Justiça de Transição: da ditadura civil-militar ao debate juristransicional: Direito à memória e à verdade e os caminhos da reparação e da anistia no Brasil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015,

TORELLY, Marcelo D. 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 et. al. (Orgs.). *Justiça de Transição: direito à justiça, à memória e à verdade*. João Pessoa: Editora da UFPB, 2014, p. 215-232.

[[Volta ao Sumário](#)]

O CJT/UFMG E A SECRETARIA DA RLAJT: manifestos em 2016

Secretaria da Rede Latino-Americana de Justiça de Transição

O Capítulo IX, como destacado, traz manifestos produzidos pela Secretaria da Rede Latino-Americana de Justiça de Transição (RLAJT), no ano de 2016, um ano marcado por instabilidade política na América Latina e em todo o mundo. Os manifestos foram redigidos pelos pesquisadores envolvidos nas atividades da Secretaria da RLAJT, um projeto compartilhado entre o CJT/UFMG e a UnB.

8.1 Nota de repúdio à declaração do deputado federal Jair Bolsonaro

No último domingo (17 de março de 2016), durante a sessão, na Câmara dos Deputados, que votava a admissibilidade do processo de impeachment contra a presidenta Dilma Rousseff, o deputado federal Jair Bolsonaro (PSC-RJ) dedicou seu voto favorável ao afastamento da presidenta “pela memória do Coronel Carlos Alberto Brilhante Ustra, o pavor de Dilma Rousseff”. Conhecido por suas declarações racistas, homofóbicas e em defesa da ditadura civil-militar de 1964, o deputado prestou homenagem a um torturador que chefiou a repressão política no Brasil, ofendeu a memória das vítimas da ditadura e, particularmente, ao se referir à presidenta, violentou todas e cada mulher, independentemente de sua nacionalidade.

A Secretaria-Executiva da Rede Latino-Americana de Justiça de Transição (RLAJT), sediada na UnB e na UFMG, demais membros da RLAJT, organizações e coletivos que subscrevem a presente

nota repelem veementemente a declaração do deputado e consideram o seu conteúdo incompatível com um regime democrático. Ao dedicar o seu voto a Ustra, o deputado Jair Bolsonaro fez um discurso de ódio, em apologia à ditadura e ao uso da tortura, o que constitui um abuso e uma usurpação do direito à liberdade de expressão.

O ex-coronel Brilhante Ustra, homenageado na fala do deputado, comandou o DOI-CODI do II Exército, em São Paulo, de 1970 a 1974, e foi responsável pela prática de inúmeros crimes contra a humanidade, como torturas, execuções sumárias e desaparecimentos forçados. Ustra torturou mulheres que, como Dilma, lutaram para restabelecer a democracia no Brasil e que, por isso, tiveram seus corpos estuprados, eletrocutados, violados por objetos e por ratos. Em 2008, o ex-coronel foi declarado torturador pela justiça brasileira, em decisão confirmada pelo Superior Tribunal de Justiça, em 2014. Réu em 6 (seis) ações penais do Ministério Público Federal, Ustra faleceu em outubro de 2015, sem ter respondido pelos crimes que cometeu.

Pelo compromisso com a democracia conquistada no Brasil e nos demais países da América Latina, que passaram por diversas ditaduras e rupturas institucionais no último século, as entidades abaixo-assinadas expressam o seu repúdio a esse discurso de ódio e esperam que sejam tomadas as medidas legais cabíveis contra o deputado. Na atuação em defesa dos direitos humanos e na luta por memória, verdade e justiça, não se transige nem se aceita que um discurso, como o do deputado, que legitima a violência praticada no passado e continuada no presente, tenha lugar em um espaço público democrático. Ditadura e tortura NUNCA MAIS!

8.2 Carta aberta ao Supremo Tribunal Federal do Brasil: manifesto contra a decisão na Extradicação nº 1.362

A Rede Latino-Americana de Justiça de Transição, abarcando 18 organizações de direitos humanos de 9 países, assim como os/as demais signatários/as, vêm manifestar sua total discordância com a decisão tomada pelo Supremo Tribunal Federal (STF) brasileiro na Extradicação nº 1.362.

Uma vez mais, o órgão judiciário brasileiro demonstra total desconhecimento, desapego e irresponsabilidade para com as obrigações

internacionais assumidas pelo Brasil, em especial a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos (CteIDH). Também desconsidera os resultados e conquistas de lutas históricas em todo o continente e no mundo em busca da consolidação da justiça de transição. Tal qual o fizera quando do julgamento da ADPF 153, em 2010, o STF se mostra complacente com a impunidade de crimes contra a humanidade e com a transformação do Brasil em um possível abrigo de perpetradores das violações mais desumanizantes que a comunidade internacional rechaça veementemente.

Vale, no entanto, ressaltar a posição minoritária na Extradicação nº 1.362, expressa no voto do Ministro do STF Edson Fachin, acompanhado pelos Ministros Roberto Barroso e Ricardo Lewandowski, que reconheceu a imprescritibilidade dos crimes contra humanidade como norma imperativa (*jus cogens*) e inderrogável por decisão unilateral do Estado brasileiro. O Ministro lembrou que a tentativa de fazer incidir prescrição sobre crimes contra a humanidade pode tornar o Brasil abrigo para perpetradores de graves violações de direitos humanos. Tais práticas, como é sabido, integraram várias ditaduras em países latino-americanos que, hoje, tentam rechaçá-las veementemente, como tem ocorrido nos julgamentos proferidos em países como Argentina e Chile. A posição minoritária mostrou-se sensível às exigências do Direito Internacional dos Direitos Humanos, algo raro no Poder Judiciário brasileiro.

Assim, o reconhecimento da necessidade de punir crimes contra a humanidade, incidente nos votos da minoria dos Ministros, demonstra a necessidade de adesão do Brasil à jurisprudência de Cortes Supremas latino-americanas e à jurisprudência da CteIDH. Esse tipo de entendimento já foi aceito pelo Ministério Público Federal brasileiro, que tem promovido importantes ações criminais e que conta com a posição favorável também do Procurador-Geral da República, Rodrigo Janot. A mesma posição foi assumida pela Comissão de Anistia do Ministério da Justiça – ela também objeto de investidas autoritárias por parte do governo ilegítimo atual. E mais: a necessidade de punição de crimes contra a humanidade praticados também pela ditadura brasileira foi recomendada pelo relatório da Comissão Nacional da Verdade.

A maioria dos Ministros do STF, contudo, defendeu entendimento contraposto às exigências atuais da justiça de transição, contrariando, inclusive, a condenação do Estado brasileiro no caso Gomes Lund, julgado pela CteIDH em 2010. O voto do Ministro

Teori Zavascki, por exemplo, invocou a prevalência de dispositivos normativos domésticos (o Estatuto do Estrangeiro, Lei 6.815/1980, aprovada no período ditatorial), para refutar a possibilidade da extradição sob o argumento de que o crime estaria prescrito.

Fez ainda referência ao equivocado julgado da ADPF 153 para defender que a imprescritibilidade só incidiria no Brasil se acaso prevista em lei ou em tratado subscrito pelo Estado. E ainda exigiu que norma de Direito Internacional, para ser aplicada no Brasil, tenha que ser incorporada ao direito interno, ignorando o especial caráter de normas de jus cogens. Pior: defendeu-se que mesmo o Estatuto de Roma, ratificado pelo Brasil, não poderia “afrontar” o dispositivo constitucional que estabelece que a norma penal apenas retroagirá em benefício do réu (art. 5º, inc. XV), ignorando toda a argumentação expendida por diversos órgãos estatais brasileiros em prol da vigência precedente da normativa sobre crimes contra a humanidade antes mesmo da década de 1960. O voto do Ministro Zavascki foi acompanhado pela maioria integrada pelos Ministros Marco Aurélio, Gilmar Mendes, Dias Toffoli, Luiz Fux e Rosa Weber.

Essa posição contrária, ainda, a própria jurisprudência do mesmo Supremo Tribunal Federal, que entendeu que os crimes de sequestro, permanentes que são em seus efeitos até a definição do paradeiro da vítima, não poderiam ter o início do prazo prescricional computado (Extradições nº 974, 1.150, 1.278 e 1.299).

A decisão é um claro sinal de que o STF deverá, mais uma vez, reconhecer a validade da autoanistia brasileira, contra o que se protesta desde já. Também causa um profundo efeito deletério à cultura de direitos humanos no Brasil, ao criar no país um ambiente propício para abrigar em paz perpetradores de crimes contra a humanidade, brasileiros e estrangeiros.

Com mais esse retrocesso, o STF viola preceitos basilares do Direito Internacional dos Direitos Humanos, ignorando as exigências de justiça de transição demandadas pelas organizações integrantes da Rede Latino-Americana de Justiça de Transição, demais entidades de defesa de direitos humanos e signatários/as individuais dessa carta.

[\[Volta ao Sumário\]](#)

Parte III

PRIMEIROS PERCURSOS NA JUSTIÇA DE TRANSIÇÃO

A Parte III desta obra integra trabalhos produzidos por pesquisadores de Graduação e Pós-Graduação da Universidade Federal de Minas Gerais, da Universidade Federal de Ouro Preto e da Universidade Federal do Rio Grande do Sul que, no início de sua formação acadêmica, optaram por atuar com o CJT/UFMG ou a RLAJT, no momento em que sua Secretaria tem sede naquele centro (2016-2017).

O CJT/UFMG dá sua contribuição para pesquisas em estágios iniciais sobre a justiça de transição, visando disseminar conteúdos relativos à temática. O Capítulo IX traz uma cartilha sobre justiça de transição, publicada ainda na formação embrionária do CJT/UFMG, o Grupo de Estudos “Justiças de Transição na América Latina e Constitucionalismo Democrático”, em 2014. A cartilha foi produto do trabalho de orientação dos Professores Doutores Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira e Emilio Peluso Neder Meyer, contando com o trabalho dos pesquisadores Lucas de Oliveira Gelape, Samuel Souza de Azevedo Maia e Thelma Yanagisawa Shimomura. Ela foi publicada originalmente por ocasião do Ciclo de Debates “Resistir Sempre – Ditadura Nunca Mais – 50 Anos do Golpe de 1964”, organizado pela Assembleia Legislativa do Estado de Minas Gerais.

Além disso, o CJT/UFMG dá sua contribuição para outras pesquisas iniciais com a apresentação de um “Glossário sobre Justiça de Transição no Brasil e na América Latina” (Capítulo X), envolvendo vários pesquisadores.

Participaram da iniciativa do “Glossário sobre Justiça de Transição no Brasil e na América Latina” os seguintes pesquisadores: Almir Megali Neto (Graduação, Direito, UFMG); Emílio Peluso Neder Meyer (UFMG); Camilla Cristina Silva (Doutorado, História,

UFOP); Jessica Holl (Graduação, Direito, UFMG); Gustavo Rocha Vital Gonçalves (Graduação, Direito, UFMG); Mariluci Cardoso de Vargas (Doutorado, História, UFRGS); Paulo Vitor Cordeiro Repolês (Graduação, Direito, UFMG); Raquel Cristina Possolo Gonçalves (Graduação, Direito, UFMG); Raquel Khouri dos Santos (Graduação, Direito, UFMG); Lucas de Oliveira Gelape (Mestrado, DCP, UFMG); Núbia Medeiros Caetano da Silva (Graduação, Direito, UFMG); Raíssa Lott Caldeira da Cunha (Graduação, Direito, UFMG); Thelma Yanagisawa Shimomura (Ciências do Estado, UFMG); Felipe Guimarães Assis Tirado (Direito, UFMG) e Vanuza Nunes Pereira (Mestrado, Direito, UFMG). Todos eles figuram como autores da publicação conjunta, ainda que tenham colaborado em certas frações da mesma.

O objetivo do glossário é o de justamente promover um diálogo mais fundamental com novos pesquisadores em nível de graduação. Tal glossário ainda subsidiará textos para a exposição sobre anistia e justiça de transição, conduzida pela Reitoria da UFMG no âmbito do Projeto do Memorial da Anistia.

Temos aqui, ainda, contribuições de Ana Carolina Rezende Oliveira e Mariana Rezende Oliveira (Capítulo XI), assim como de Raquel Possolo Gonçalves e Emilio Peluso Neder Meyer (Capítulo XII), demonstrando a importância do desenvolvimento em médio prazo das pesquisas nessa área.

CARTILHA SOBRE JUSTIÇA DE TRANSIÇÃO

Grupo de Estudos Justiça de Transição
Latino-Americanas e Constitucionalismo Democrático

Do início da década de 1960 ao final da década de 1980, a América Latina foi marcada por diversas ditaduras. Argentina (1976 - 1983); Chile (1973 - 1990); Uruguai (1973 - 1985) e Brasil (1964 - 1985) tiveram regimes políticos autoritários. No Brasil, o golpe de Estado ocorreu com a deposição do Presidente João Goulart, democraticamente eleito. Com o apoio de setores conservadores da sociedade, o regime autoritário comandado por militares restringiu e violou direitos, sufocou a liberdade de expressão e a participação política popular. Como em qualquer ditadura, o regime militar tentou apagar qualquer foco de oposição política, utilizando-se de meios como tortura, homicídios, agressões físicas, sequestros, estupros e outros crimes contra a humanidade.

Graças a inúmeras mobilizações políticas e sociais, 24 anos após o golpe, a Constituição de 1988 veio romper com o regime ditatorial anterior, instaurando uma nova etapa na conquista da democracia no Brasil. Contudo, o processo de “**transição**” de um regime autoritário para um regime democrático não se dá de um dia para outro.

Pelo menos **50 mil** pessoas foram detidas nos primeiros momentos da ditadura.

10 mil pessoas foram viver no exílio

7.367 pessoas foram acusadas em processos na justiça militar, **4 condenações a morte** ocorreram sem se consumarem

130 pessoas foram banidas do país

4.862 cidadãos tiveram seus mandatos e direitos políticos cassados

6.592 militares foram punidos

Além disso, não basta que qualquer transição ocorra. É preciso consolidar o que se tem chamado de uma “**justiça de transição**”.

9.1 O que é justiça de transição?

A justiça de transição envolve um conjunto de medidas que permitem a superação de um regime autoritário para que se construa uma ordem democrática e garantidora de direitos humanos. A ONU (em seu Relatório S/2004/16 do Conselho de Segurança) define a justiça de transição como o conjunto de medidas e mecanismos associados à tentativa de uma sociedade de lidar com um legado de abusos em larga escala no passado. Dentro de tais mecanismos, pode-se falar em busca pela verdade, reformas institucionais, expurgos no serviço público, reparações às vítimas e julgamentos individuais de abusos cometidos no período autoritário.

A justiça de transição no resto do mundo

A justiça de transição depende do contexto em que se produz. Países latino-americanos como Argentina, Chile e Uruguai enfrentaram seu passado autoritário mais rapidamente que o Brasil. Programas de reparação dos danos sofridos por quem foi perseguido pelos regimes, comissões da verdade, revisões de anistias, processos de responsabilização dos agentes dos governos autoritários fizeram e fazem parte dos recentes processos democráticos enfrentados nesses países. Fora de nosso continente, é possível encontrar exemplos no Leste Europeu, com a queda do Muro de Berlim, na Alemanha, com a derrota do regime nazista, e na África do Sul, com o fim do Apartheid. Tais situações nos mostram que é possível avançar em diversos campos da justiça de transição no Brasil.

9.2 Os elementos da justiça de transição

A justiça de transição é composta por quatro elementos ou pilares. São eles: (1) o **direito à memória e à verdade**; (2) as **reformas institucionais**; (3) as **reparações simbólicas e financeiras**; e (4) a **responsabilização por atos praticados no período autoritário**.

9.2.1 O direito à memória e à verdade

O pilar do direito à memória e à verdade se constitui na busca pela reconstrução da memória e da verdade histórica dos países que passaram por regimes autoritários. É comum que regimes ditatoriais apresentem uma versão oficial distorcida da história, que seja conveniente a seus interesses, trazendo à cena, além de elogios a seu próprio governo, a vilanização de opositores e a ocultação das práticas autoritárias cometidas contra eles.



Comissão Nacional da Verdade (CNV)

A CNV tem por finalidade apurar graves violações de Direitos Humanos ocorridas no Brasil entre 1946 e 1988. A Comissão não possui poderes punitivos. Assim como as diversas comissões que já apareceram no mundo, sua função é investigativa, permitindo que familiares das vítimas do regime e pessoas em geral formem, cada um à sua maneira, uma memória que possam chamar de sua sobre o que ocorreu.

Outras Comissões da Verdade

Em todo o Brasil, diversas comissões vinculadas a órgãos públicos ou pertencentes a entidades da sociedade civil também buscam colaborar com o resgate da memória e da verdade. Em Minas Gerais, a Lei Estadual nº 20.765 de 2013 criou a Comissão da Verdade em Minas Gerais (COVEMG), que tem como finalidade acompanhar e subsidiar a Comissão Nacional da Verdade nos exames e esclarecimentos sobre as violações de direitos fundamentais praticadas no período de 1946 a 1988, bem como de proceder às mesmas atividades no âmbito estadual.

O exemplo brasileiro demonstra como a sociedade pode contribuir nesse processo de resgate histórico: ainda durante a ditadura, no final da década de 70 e início da década de 1980, a Arquidiocese de São Paulo colheu vários testemunhos e analisou peças dos processos judiciais que tramitaram na justiça militar brasileira – que levaram centenas de opositores à prisão – e produziu o documento “Brasil Nunca Mais”. Nele são reveladas diversas práticas autoritárias ocorridas naquele período.

Já na década de 1990, a aprovação da Lei Federal nº 9.140, de 1995, permitiu a criação da Comissão Especial sobre Mortos e

Desaparecidos Políticos da Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República. Essa comissão identificou e reconheceu a história e as circunstâncias de morte e desaparecimento de diversos cidadãos, produzindo, ao final de seus trabalhos em 2007, o importante livro-documento “Direito à memória e à verdade”. Mais recentemente, a Lei nº 12.528 de 2011 permitiu a criação da Comissão Nacional da Verdade, cujo trabalho está em andamento.

9.2.2 Reformas institucionais

Em relação às reformas institucionais, o que se discute é a necessidade de não permitir que permaneçam agindo em nome do Estado pessoas que estiveram envolvidas em violações de direitos humanos durante a ditadura. Além disso, fala-se da necessidade de se reformar a legislação e a organização estatal de um país que viveu um período autoritário.

Por exemplo, é debatida a necessidade de aprimoramento dos programas de formação de servidores do Exército, da Marinha e da Aeronáutica, assim como das polícias civis e militares, para que tais programas sejam adequados à nova ordem democrática e, por isso, pautados por uma cultura de direitos humanos.

Muito pouco tem sido feito no Brasil a este respeito. O modo abusivo com que, por vezes, as forças de segurança reagiram às recentes manifestações populares de junho de 2013, e a constante e interminável prática de desaparecimento de pessoas por parte das polícias, além das sucessivas denúncias de tortura – feitas, inclusive, por organismos internacionais --, demonstram que há um árduo trabalho pela frente. Cientes disso, órgãos de defesa dos direitos da sociedade, como o Ministério Público, têm trabalhado para conseguir a retirada de pessoas do serviço público associadas às práticas violentas da época; mas nada de concreto foi ainda aceito pela justiça brasileira.

9.2.3 Sistema de reparações

Quando se pensa no sistema de reparações, é possível verificar que este é o elemento da justiça de transição que mais avançou. A Constituição de 1988 criou a situação dos “anistiados políticos” (art. 8º

do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias): ou seja, aqueles a quem Estado tem o dever de restabelecer cargos e empregos perdidos, conceder indenizações, e reconhecer publicamente a luta por terem sofrido todo tipo de arbitrariedades e perseguições devido à sua oposição ao regime militar. Essa prática foi regulada pela Lei nº 10.559, de 2001. Iniciativas importantes, como as Caravanas da Anistia, procuram democratizar os procedimentos de julgamento do pedido de reconhecimento da situação de anistiado político, levando tais questões para os locais de origem dessas pessoas, permitindo que o público em geral participe do processo de julgamento, conhecendo um pouco mais da história de luta desses cidadãos.

Deve-se reforçar que, pela Constituição de 1988 são anistiados políticos apenas os que foram prejudicados em seus direitos por atos de exceção – e não os que agiram em nome do regime militar. Essa questão é especialmente importante quando se fala de outro pilar da justiça de transição: a responsabilização dos agentes da ditadura que cometeram crimes em nome do próprio Estado autoritário.

Caravanas da Anistia

Desde o ano de 2008, a Comissão de Anistia realiza algumas sessões públicas dos julgamentos de casos que lhe foram encaminhados pelas vítimas de perseguição política no período ditatorial. As sessões já ocorreram em várias localidades do território nacional. Após a análise do requerimento da anistia, cabe ao Estado oferecer o perdão oficial e o pagamento de indenizações pelos danos sofridos. Até o final de fevereiro de 2014, foram realizadas 77 edições da caravana.

9.2.4 Responsabilização individual

É preciso lembrar que, em uma ditadura, o mesmo Estado que define certas situações como crime, também pratica os crimes que supostamente deveria evitar. Após o estabelecimento de um Estado Democrático de Direito, respeitador de leis e garantidor de direitos humanos, espera-se que o próprio Estado investigue e condene firmemente essas práticas. Contudo, nos processos de transição, que normalmente pretendem ser controlados pelo próprio Estado autoritário, os que estão no poder procuram formas de evitar que isso venha a acontecer.

No campo do Direito, é possível evitar que um fato que constituiu um crime seja punido por diversas circunstâncias. Uma delas

seria a anistia, uma espécie de “perdão” dado pelo Estado, que impede a punição de atos considerados crimes contra o próprio regime. No caso da Lei de Anistia brasileira de 1979, o Estado anistiou alguns atos de resistência cometidos por opositores políticos. Entretanto, a interpretação oficialmente adotada da Lei de Anistia de 1979 impossibilitou historicamente a responsabilização dos agentes da ditadura que cometeram crimes em nome do governo militar. Em outras palavras, o Estado concedeu uma anistia para seus próprios agentes, isto é, uma autoanistia. Procedendo dessa forma, o Estado brasileiro contrariou as lutas políticas da sociedade que clamavam por uma “anistia ampla, geral e irrestrita” apenas aos opositores políticos ao regime autoritário.

Em 2010 buscou-se viabilizar a responsabilização dos agentes do regime por meio de uma ação judicial movida pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil junto ao Supremo Tribunal Federal (ADPF n. 153). Porém, o órgão de cúpula da justiça brasileira negou essa possibilidade e entendeu ser válida a interpretação da Lei de Anistia de 1979, segundo a qual os agentes estatais que cometeram crimes em nome do regime ditatorial também teriam sido anistiados. Essa decisão representou um obstáculo para a justiça de transição brasileira e colocou em risco diversos outros direitos fundamentais. Por isso, merece ser debatida e revista.

Naquele mesmo ano, o sentido dessa autoanistia foi considerado inválido perante a Convenção Americana de Direitos Humanos, quando o Estado brasileiro foi condenado por uma corte internacional, a Corte Interamericana de Direitos Humanos, pelos crimes praticados durante a chamada “Guerrilha do Araguaia”, ocorrida entre os anos de 1973 e 1975. Tal decisão possibilitou que diversas ações fossem propostas na justiça brasileira pelo Ministério Público Federal, permitindo rediscutir casos de responsabilização individual criminal. Tudo isso mostra, mais uma vez, o equívoco da decisão de 2010 do Supremo Tribunal Federal.

Assim, a justiça de transição se preocupa em evitar que atos violadores de direitos humanos sejam repetidos e permaneçam impunes. Busca-se, assim, uma efetiva consolidação do Estado Democrático de Direito. Saber o que aconteceu e também possibilitar a responsabilização de agentes estatais que praticaram crimes em nome do próprio regime autoritário é um claro reconhecimento por

parte de sociedades democráticas que não admitem e buscam evitar que novas violações desse tipo aconteçam.

9.3 Um olhar para o futuro

A justiça de transição se dá em tempos diversos segundo o contexto no qual está inserida. Não há um protocolo sobre qual seria o momento adequado para a produção de certos resultados ou em qual sequência as medidas devem ser adotadas. O que tem crescido é um consenso em relação ao fato de que todos os seus elementos (ou pilares) são importantes e devem ser reivindicados e efetivados. O Brasil já deu importantes passos, principalmente em seu sistema de reparações e no direito à memória e verdade. Contudo, além dos desafios que já estão colocados e que devem ser enfrentados, novas questões são constantemente postas em nosso processo transicional. Responder a elas é algo essencial para o fortalecimento democrático da República brasileira.

Conheça mais sobre Justiça de Transição no Brasil e no Exterior nos seguintes sites:

- International Center for Transitional Justice (ICTJ): <http://www.ictj.org>;
- Comissão Nacional da Verdade: <http://www.cnv.gov.br/> ou <https://www.facebook.com/comissaonacionaldaverdade>
- Comissão de Anistia do Ministério da Justiça: <http://portal.mj.gov.br/anistia>. Nesta página é possível encontrar todas as edições da Revista Anistia Política e Justiça de Transição (na seção “Publicações”). A Comissão de Anistia também possui página no Facebook regularmente atualizada: <http://on.fb.me/1cN1uCO>
- IDEJUST (Grupo de Estudos sobre Internacionalização do Direito e Justiça de Transição): <http://www.idejust.wordpress.com/>
- Livro-documento “Direito à memória e à verdade” (da Comissão Especial sobre Mortos e Desaparecidos Políticos da Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República), disponível gratuitamente no site: <http://bit.ly/1fYcqfU>

- Centro de Documentação Eremias Delizoicov e Comissão de Familiares dos Mortos e Desaparecidos Políticos: <http://www.desaparecidospoliticos.org.br>
- Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República: <http://www.sdh.gov.br>

Grupo de Estudos “Justiças de Transição Latino-Americanas e Constitucionalismo Democrático” (Faculdade de Direito da UFMG)

Coordenação: Profs. Drs. Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira e Emilio Peluso Neder Meyer

Auxílio na elaboração: Lucas de Oliveira Gelape, Samuel Sousa de Azevedo Maia, Thelma Yanagisawa Shimomura.

[\[Volta ao Sumário\]](#)

GLOSSÁRIO SOBRE JUSTIÇA DE TRANSIÇÃO NO BRASIL E NA AMÉRICA LATINA¹

Centro de Estudos sobre
Justiça de Transição da UFMG

10.1 Anistia e reparação (material e simbólica)

10.1.1 Lutas pela Anistia (1964-1988)

A demanda da anistia política para opositores da última ditadura surgiu inicialmente, de forma bastante isolada, entre alguns políticos e intelectuais. Em 1975 se constituiu o primeiro grupo, que de forma pública, empunhou a bandeira para que o governo ditatorial incorporasse o instituto jurídico na sua agenda política. O Movimento Feminino pela Anistia (MFPA) nasceu em São Paulo através da advogada e ex-presa política Therezinha Zerbini, cujo trabalho resultou na formação de dez núcleos pelas capitais do Brasil. A anistia proposta pelo grupo pautava-se em perdão, pacificação e reconciliação nacional. Em 1978 organizaram-se os Comitês Brasileiros pela Anistia (CBA) que junto aos grupos femininos contribuíram para a

1. Colaboraram na elaboração desse glossário: Almir Megali Neto (Graduação, Direito, UFMG); Emílio Peluso Neder Meyer (UFMG); Camilla Cristina Silva (Doutorado, História, UFOP); Jessica Holl (Graduação, Direito, UFMG); Gustavo Rocha Vital Gonçalves (Graduação, Direito, UFMG); Mariluci Cardoso de Vargas (Doutorado, História, UFRGS); Paulo Vitor Cordeiro Repolês (Graduação, Direito, UFMG); Raquel Cristina Possolo Gonçalves (Graduação, Direito, UFMG); Raquel Khouri dos Santos (Graduação, Direito, UFMG); Lucas de Oliveira Gelape (Mestrado, DCP, UFMG); Núbia Medeiros Caetano da Silva (Graduação, Direito, UFMG); Raíssa Lott Caldeira da Cunha (Graduação, Direito, UFMG); Thelma Yanagisawa Shimomura (Ciências do Estado, UFMG); Felipe Guimarães Assis Tirado (Direito, UFMG) e Vanuza Nunes Pereira (Mestrado, Direito, UFMG).

popularização da demanda entre sindicatos e movimentos sociais e para a radicalização da sua natureza, exigindo-a como uma anistia ampla, geral e irrestrita. A ideia se expandiu para o exterior onde os exilados também formaram grupos de reivindicação. A luta pela anistia contribuiu para ampliar a visibilidade sobre as condições em que se encontravam os opositores políticos da ditadura, como banidos, exilados e presos políticos. As campanhas pela aprovação de um projeto de lei de anistia tomaram a forma de passeatas, vigílias públicas e greves de fome entre presos políticos. Os projetos de lei que passaram pela Comissão Mista do Congresso representaram os dissensos e as disputas que permearam esta luta. Em 28 de agosto foi sancionada pelo governo chefiado por João Baptista Figueiredo a Lei nº 6.683/79. Embora a anistia tenha representado o retorno de militantes das mais variadas matizes da esquerda e a libertação de presos políticos a lei não estava de acordo com o tipo de anistia reivindicada, caracterizando-a como parcial, restrita e recíproca. A Constituição de 1988, no art. 8º do seu ADCT, permitiu um novo sentido para anistia, direcionando-a textualmente apenas para aqueles que foram atingidos pelos atos de exceção. A luta por uma anistia que não contemple graves violações de direitos humanos segue em curso. A Comissão de Anistia, criada pela Lei nº 10.559/2002, tem trabalhado para romper com o caráter de esquecimento da anistia e, assim, enfatizar as suas dimensões de memória e reparação econômica e simbólica. Ressalta-se que o conceito de anistia praticado pela CA/MJ, conforme José Carlos Moreira Silva Filho (2015, p. 77), difere bastante daquele utilizado tradicionalmente. Uma de suas divergências é a caracterização da anistia como uma desculpa solicitada à vítima pelo Estado e por seus atos criminosos e não um perdão dado pelo mesmo ao perseguido político, por atos cometidos em sua resistência ao regime militar. Dessa forma, a ilegitimidade do regime autoritário ditatorial é tomada por pressuposto.

Referências

BRASIL. COMISSÃO DE ANISTIA. MONTENEGRO, Antônio T.; RODEGHERO, Carla S.; ARAÚJO, Maria P (Orgs.). *Marcas da memória: história oral da anistia no Brasil*. Recife: Ed. Universitária da

UFPE, 2012. Disponível em: <<http://www.justica.gov.br/central-de-conteudo/anistia/anexos/historia-oral-miolo-1.pdf>>. Acesso em: abr. 2016.

BRASIL. MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. COMISSÃO DE ANISTIA. FRANTZ, Daniela et al. 30 anos de luta pela anistia no Brasil: greve de fome de 1979. Brasília: Comissão de Anistia / MJ, 2010. Disponível em: <http://www.justica.gov.br/central-de-conteudo/anistia/anexos/2010catalogo_grevedefome1979pdf.pdf>. Acesso em: abril de 2016.

DEL PORTO, Fabíola Brigante. A luta pela Anistia no Regime Militar Brasileiro: A constituição da sociedade civil e a construção da cidadania. Revista Perseu. Nº3. Ano 3, São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2009. P43-72. Disponível em: <<http://novo.fpabramo.org.br/sites/default/files/2-FabiolaP3-1.pdf>>. Acesso em abril de 2016.

Documentário “30 anos de Anistia”/Comissão de Anistia: Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=ML5qU4g4S1s>>. Acesso em: abr. 2016.

Especial: A luta pela anistia no acervo do Centro de Documentação e memória da Universidade Estadual Paulista “Júlio Mesquita Filho”. In: MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. *Revista Anistia Política e Justiça de Transição*, n. 5, jan./jun. 2011. Brasília: Ministério da Justiça, 2012. Disponível em: <<http://www.justica.gov.br/central-de-conteudo/anistia/anexos/2012revistaanistia05.pdf>>. Acesso em: abr. 2016.

Exposições virtuais da Fundação Perseu Abramo – 20 e 30 anos da Lei de Anistia.

FICO, Carlos. A negociação parlamentar da anistia de 1979 e o chamado “perdão aos torturadores”. In: MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. *Revista Anistia Política e Justiça de Transição*, n. 4, jul./dez. 2010. Brasília: Ministério da Justiça, 2011. Disponível em: <<http://www.justica.gov.br/central-de-conteudo/anistia/anexos/2011revistaanistia04.pdf>>. Acesso em: abr. 2016.

GONÇALVES, Danyelle Nilin. Os múltiplos sentidos da anistia. In: MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. *Revista Anistia política e Justiça de Transição*, n. 1, jan./jun. 2009. Brasília: Ministério da Justiça, 2009. Disponível em: <<http://www.justica.gov.br/central-de-conteudo/anistia/anexos/2009revistaanistia01.pdf>>. Acesso em: abr. 2016.

GRECO, Heloísa Amélia. 50 anos do Golpe Militar/ 35 anos da Lei de Anistia: a longa marcha da “estratégia do esquecimento”, *CADERNOS DE HISTÓRIA*, Belo Horizonte, v. 15, n. 22, 1º sem. 2014.

_____. *Dimensões Fundacionais da Luta pela Anistia*. Tese (Doutorado em História) – Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2003.

RODEGHERO, C. S.; DIENSTMANN, G.; TRINDADE, T. *Anistia ampla, geral e irrestrita: história de uma luta inconclusa*. 1ª. ed. Santa Cruz do Sul: Editora da Unisc, 2011.

SOUSA, Jessie Jane Vieira de. Anistia no Brasil: um processo político em disputa. In: BRASÍLIA. MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. COMISSÃO DE ANISTIA; OXFORD UNIVERSITY, LATIN AMERICAN CENTRE. *Anistia na era da responsabilização: o Brasil em perspectiva internacional e comparada*. Brasília: Ministério da Justiça. Comissão de Anistia; Oxford: Oxford University, Latin American Centre, 2011. p.188-211. Disponível em: <http://www.justica.gov.br/central-de-conteudo/anistia/anexos/9ago11_oxford_completo_web.pdf>. Acesso em: abr. 2016.

10.1.2 Anistia na Constituição Federal de 1988 e processo constituinte

A promulgação da Lei da Anistia, Lei nº 6.683/1979, sucedeu um intenso processo de mobilização da sociedade civil, em especial dos familiares de opositores ao regime. Em meados da década de 1970, com a formação dos comitês pela anistia em diversos Estados brasileiros, o movimento pela anistia ganhou proporções nacionais forçando o regime ditatorial a colocar em pauta a discussão. Aproveitando-se do contexto político para continuar a implementação de uma “abertura lenta, gradual e segura” (GRECO, 2014, p. 163), no governo Figueiredo, em 1979, foi encaminhado o projeto de lei ao Congresso Nacional. A luta dos movimentos sociais exigia a anistia a todos os opositores do regime militar – as requisições concentravam-se nas demandas dos exilados e militantes condenados pela justiça por crimes políticos. No entanto, o projeto e a lei promulgada não atenderam a esses anseios, deixando de anistiar vários resistentes, por exemplo, aqueles envolvidos em “crimes de sangue” e

estendeu os efeitos da anistia aos agentes da ditadura que praticaram crimes contra a humanidade. A Constituinte de 1987/1988 foi convocada pela Emenda Constitucional nº 26/85, cuja redação voltou-se para os atingidos pelos atos de exceção. Ressalta-se que o processo foi um momento de fortes disputas em torno do poder constituinte, colocando-se em questionamento, principalmente, seus limites e a extensão de seus efeitos no futuro. A Constituição de 1988, no art. 8º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição da República (ADCT), por sua vez, ampliou e reformulou a concepção de anistia política no Brasil, estabelecendo, inclusive, um programa de reparação ao anistiado – a Lei nº 10.559/2002 regulamenta a concessão dessa reparação. Por fim, salienta-se que a Lei da Anistia foi objeto da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 153 (ADPF 153), apresentada pela Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) ao Supremo Tribunal Federal (STF), em 21 de outubro de 2008, ação constitucional que questionava a aplicação da anistia aos agentes da ditadura que praticaram crimes de lesa-humanidade. A decisão, proferida em 2010, julgou improcedente a ação da OAB mantendo a interpretação da Lei de Anistia, nº 6.683/1979, mesmo após a vigência da Constituição de 1988. Entretanto, a decisão não deixou de ser questionada; foi censurada diretamente pela Corte Interamericana de Direitos Humanos no Caso Gomes Lund, em que o Brasil restou condenado. O Ministério Público Federal, visando cumprir a decisão do tribunal internacional, promoveu ações penais pressupondo a impossibilidade da anistia para crimes contra a humanidade. O julgamento da ADPF 153 no STF ainda não teve fim e questão voltou a ser discutida em outra ADPF, de número 320, proposta pelo PSOL.

Referências

MEYER, Emilio Peluso Neder. *Responsabilização por graves violações de direitos humanos na Ditadura de 1964-1985: a necessária superação da decisão do Supremo Tribunal Federal na ADPF nº 153/DF pelo Direito Internacional dos Direitos Humanos*. Tese (Doutorado) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2012.

PAIXÃO, Cristiano. *Autonomia, democracia e poder constituinte: disputas conceituais na experiência constitucional brasileira (1964-2014)*. Quaderni Fiorentini per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno, v. 43, p. 415-460, 2014.

PEREIRA, Anthony. *Ditadura e repressão: o autoritarismo e o Estado de Direito no Brasil, no Chile e na Argentina*, trad. Patricia Zimbres. **São Paulo: Paz e Terra, 2010, pp. 237-296.**

10.1.3 Reparações (CEMDP e CA/MJ)

A reparação às vítimas da ditadura civil militar constitui um dos pilares da agenda brasileira de justiça de transição, conforme dispõe o artigo 8º do ADCT da Constituição da República de 1988 e as leis de nº 9.140/95 e nº 10.559/02. Em âmbito nacional tem-se a Comissão Especial de Mortos e Desaparecidos Políticos (CEMDP) e a Comissão da Anistia do Ministério da Justiça (CA/MJ) que são comissões instituídas para a reparação das vítimas da repressão e seus familiares. A Comissão da Anistia, criada em 2001 pelo Ministério da Justiça, tem como objetivo examinar e apreciar os requerimentos de anistia; reparar as vítimas de graves violações de direitos humanos no contexto do regime militar; e atuar na promoção de políticas públicas que versem sobre memória, verdade e reparação – a citar, as Caravanas da Anistia, o projeto Marcas da Memória, as Clínicas do Testemunho e o Memorial da Anistia Política no Brasil. Atualmente, estima-se que a CA/MJ tenha recebido mais de 75 mil pedidos de anistia política desde a sua instalação. Por sua vez, a Comissão Especial de Mortos e Desaparecidos Políticos, instituída pela Lei nº 9.140/95, em dezembro de 1995, além de promover a reparação indenizatória para os familiares de vítimas da ditadura, teve importante papel para o desvelar da memória e verdade acerca do período ditatorial, resgatando a história dos mortos e desaparecidos políticos.

Referências

BRASIL. SECRETARIA ESPECIAL DOS DIREITOS HUMANOS. *Direito à verdade e à memória: Comissão Especial sobre Mortos e*

Desaparecidos Políticos. Brasília: Secretaria Especial dos Direitos Humanos, 2007.

Site da Comissão da Anistia. Disponível em: <<https://www.justica.gov.br/seus-direitos/anistia>>. Acesso em: 22 abr. 2016.

Projetos de memória e reparação da Comissão da Anistia. Disponível em: <<https://www.justica.gov.br/seus-direitos/anistia/projetos>>. Acesso em: 22 abr. 2016

10.1.4 Memorial de Anistia

Fruto de uma parceria entre a Comissão de Anistia (MJ), a Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG) e a Prefeitura de Belo Horizonte, o Memorial consistirá em um importante centro de pesquisa e documentação. O objetivo é aliar as dimensões da reparação individual e coletiva, a partir da preservação da memória do período que vai de 1946 até o início da redemocratização brasileira e, assim, possibilitar o resgate do passado recente no país, que por muito tempo foi silenciado. O espaço representará uma oportunidade de rememorar os crimes contra a humanidade e graves violações de direitos humanos perpetrados pelo regime autoritário, de modo a possibilitar a reconciliação com esse passado e uma educação em prol da democracia e da proteção aos direitos humanos. Dessa forma, proporcionará uma integração das dimensões do passado, presente e futuro, que compõem a Justiça de Transição. No Memorial serão reunidos e sistematizados documentos provenientes da Comissão de Anistia (dossiês administrativos, livros, testemunhos, dentre outros) e de outras instituições, com o intuito de compor o Centro de Documentação e Pesquisa.

Referências

PISTORI, Edson Claudio, SILVA FILHO, José Carlos Moreira. Especial: Memorial da Anistia Política no Brasil. In: *Revista Anistia Política e Justiça de Transição*, Ministério da Justiça, n. 1, jan./jun. 2009. Brasília: Ministério da Justiça, 2009. p. 113-133.

FERREIRA, Kelen Meregali Model. *Acesso à justiça para as vítimas de violações de direitos humanos pela ditadura militar: a experiência da Comissão de Anistia do Ministério da Justiça*. Disponível em:

<<http://www.andhep.org.br/anais/arquivos/Vencontro/gt3/gt03p04.pdf>>. Acesso em 26 abr. 2016.

SOARES, Inês Virgínia Prado; QUINALHA, Renan Honório. Lugares de memória no cenário brasileiro da justiça de transição. In: *Revista Internacional de Direito e Cidadania*, n. 10, p. 75-86, jun. 2011.

BAGGIO, Roberta Camineiro. Por que reparar? A Comissão de Anistia e as estratégias de potencialização do uso público da razão na construção de uma dimensão político-moral das reparações no Brasil. In: *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*, Belo Horizonte, n. 64, p. 281-300, jan./jun. 2014.

ABRÃO, Paulo. A Lei de Anistia no Brasil: As alternativas para a verdade e a justiça. In: *Acervo*. Rio de Janeiro, v. 24, n. 1, p. 119-138, jan./jun. 2011

ABRÃO, Paulo; GENRO, Tarso. O Memorial da Anistia e a justiça de transição. In: ABRÃO, Paulo; GENRO, Tarso. *Os direitos da transição e a democracia no Brasil: estudos sobre a justiça de transição e teoria da democracia*. Belo Horizonte: Forum, 2012. p. 179-182.

10.1.5 Clínicas do testemunho

As clínicas do testemunho foram implementadas pela Comissão de Anistia como um projeto pioneiro no país no âmbito da reparação psíquica às vítimas diretas ou indiretas de violações de direitos humanos. O projeto teve sua primeira etapa entre 2013 e 2015 através da seleção, por meio de edital público, de clínicas especializadas em tratamento psíquico. Estas foram habilitadas a oferecer atendimentos individuais ou grupais a pessoas que sofreram danos transgeracionais em decorrência de violações de direitos humanos, bem como capacitar profissionais para a atenção psicológica de violência institucional, entre os anos de 1946 e 1988, além de elaborar insuamos referentes às vítimas de violência de Estado. Situadas inicialmente nas capitais Porto Alegre, Rio de Janeiro, São Paulo e no Recife, com o apoio do governo estadual de Pernambuco, a partir de 2016, as clínicas se ampliaram em número e para mais um estado, Santa Catarina. No ano de 2016, foi desenvolvida uma parceria entre a Comissão de Anistia e o Conselho Britânico/Fundo Newton, a

qual permitiu contemplar mais cinco centros localizados nos estados citados, cujo objetivo consiste em lidar também com a questão das vítimas de violência institucional no período pós-ditadura.

Referências

BRASIL, Vera Vital. Dano e reparação no contexto da Comissão da Verdade: a questão do testemunho. In: *Revista Anistia Política e Justiça de Transição*. Brasília: Ministério da Justiça, n. 6, p. 246-261, jul./dez. 2011. Disponível em: <<http://www.justica.gov.br/central-de-conteudo/anistia/anexos/2012revistaanistia06.pdf>>. Acesso em: abr. 2016.

INSTITUTO PROJETOS TERAPÊUTICOS. MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. COMISSÃO DE ANISTIA. BRASIL. Vera Vital et al. Uma perspectiva clínico-política na reparação simbólica: Clínica do Testemunho do Rio de Janeiro / coordenação. Brasília: Ministério da Justiça, Comissão de Anistia; Rio de Janeiro: Instituto Projetos Terapêuticos, 2015. Disponível em: <<http://www.justica.gov.br/central-de-conteudo/anistia/anexos/livro-on-line-2.pdf>>. Acesso em: abr. 2016.

BRASIL. MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. COMISSÃO DE ANISTIA. INSTITUTO PROJETOS TERAPÊUTICOS. JÚNIOR, Moisés Rodrigues da Silva Júnior; MERCADANTE, Issa. Travessia do silêncio, testemunho e reparação. Brasília: Ministério da Justiça, Comissão de Anistia; São Paulo: Instituto Projetos Terapêuticos, 2015. Disponível em: <http://www.justica.gov.br/central-de-conteudo/anistia/anexos/travessia_final.pdf>. Acesso em: abr. 2016.

OCARIZ, Maria Cristina (Org.). Efeitos psíquicos e testemunhos clínicos. Violência de Estado na ditadura civil-militar brasileira (1964-1985). São Paulo: Escuta, 2015. Disponível em: <<http://www.justica.gov.br/central-de-conteudo/anistia/anexos/sedes-violencia-de-estado-2.pdf>>. Acesso em: abr. 2016.

SIGMUND FREUD ASSOCIAÇÃO PSICANALÍTICA (Org.). Os arquivos da vó Alda. Porto Alegre: Criação Humana, 2015. Ilustração de Enio Squeff. Disponível em: <<http://www.justica.gov.br/central-de-conteudo/anistia/arquivos-da-vo-alda.pdf>>. Acesso em: abr. 2016.

SIGMUND FREUD ASSOCIAÇÃO PSICANALÍTICA (Org.). *Clínicas do testemunho: reparação psíquica e construção de memórias*. Porto Alegre: Criação Humana, 2014. Disponível em: <<http://www.justica.gov.br/central-de-conteudo/anistia/anexos/livro-clinicas-do-testemunho.pdf>>. Acesso em: abr. 2016.

Página do Clínicas do Testemunho:

<<http://www.justica.gov.br/seus-direitos/anistia/clinicas-do-testemunho-1>>.

10.1.6 Anistia e reparação a indígenas e ao campesinato

Em setembro de 2014, a Comissão de Anistia do MJ deferiu o primeiro pedido coletivo de 14 indígenas Suruís originários da terra indígena Aikewara, localizada no sudeste do Pará. Até então apenas um indígena havia sido anistiado, Humberto Costa do Nascimento, também pertencente à região do Araguaia. O Relatório Figueiredo encontrado no ano 2013, elaborado pelo Ministério do Interior entre os anos 1967 e 1968, tem sido utilizado por pesquisadores para comprovar as graves violações de direitos humanos contra indígenas no período ditatorial. A Lei 10.559/2001 exige que os requerimentos encaminhados à Comissão sejam fartamente documentados, o que se torna um problema para grupos pertencentes à zona rural, como indígenas e o campesinato. Desde 2009 até meados de 2015 a comissão de anistia deferiu 85 casos de agricultores, todos da região onde militantes do Partido Comunista do Brasil (PC do B) buscavam articular uma resistência por meio de guerrilha rural que ficou conhecida como Guerrilha do Araguaia, fortemente reprimida por militares. Além dos cerca de 70 desaparecidos políticos ligados à organização política, muitas pessoas que residiam no entorno foram acusadas ou declaradas suspeitas pelas forças armadas de contribuírem com o grupo de guerrilheiros, como indígenas e campesinato, e sofreram com as graves violações de direitos humanos.

Referências

Anistia política a indígenas será julgada nesta sexta, 19. Disponível em: <<http://justica.gov.br/noticias/anistia-politica-a-indigenas-sera-julgada-nesta-sexta-19>>. Acesso em: abr. 2016.

BRASIL. COMISSÃO NACIONAL DA VERDADE. Relatório da Comissão Nacional da Verdade. Brasília: CNV, 2014. V. I. Disponível em: <<http://www.cnv.gov.br/images/documentos/Capitulo14/Capitulo%2014.pdf>>. Acesso em: abr. 2016.

Comissão concede anistia a 14 indígenas afetados na Guerrilha do Araguaia. Disponível em: <<http://agenciabrasil.etc.com.br/direitos-humanos/noticia/2014-09/comissao-concede-anistia-14-indigenas-afetados-na-guerrilha-do>>. Acesso em: abr. 2016.

Camponeses do Araguaia recebem anistia política. Disponível em: <<http://www.etc.com.br/cidadania/2015/08/camponeses-do-araguaia-recebem-anistia-politica>>. Acesso em: abr. 2016.

10.2 Responsabilização

10.2.1 O caso argentino

Após a queda do regime em 1983, os militares argentinos estavam muito desgastados perante a sociedade. Setores da sociedade civil organizada conseguiram que fossem implementadas políticas para a denúncia e punição daqueles que, durante o regime autoritário, perseguiram politicamente opositores do regime, valendo-se, para tanto, de práticas de graves violações aos direitos humanos. Tal momento ficou conhecido como *Juicio de las Juntas* e levou aos tribunais argentinos agentes do mais alto escalão do regime autoritário. Ainda na década de 1980, a Argentina vivenciou um debate jurídico-político em torno das chamadas “leis de impunidade”: a Lei do Ponto Final, de 1986, e a Lei de Obediência Devida, de 1987. Aquela era uma tentativa para paralisar os processos judiciais em curso no país em nome de uma suposta conciliação nacional, enquanto que esta, por sua vez, impossibilitava a responsabilização de militares não graduados por crimes de lesa humanidade cometidos em obediência às ordens de seus superiores. Conhecidas como Leis de Impunidade, tais normas refrearam o processo de justiça de transição iniciado na Argentina. Em 2003, o Congresso Nacional revogou ambas as leis. Em junho de 2005, a Suprema Corte de Justiça do país declarou a inconstitucionalidade das mesmas, após pressão da sociedade e das organizações de direitos humanos, permitindo novo avanço no âmbito

transicional. Atualmente, mais de 800 militares enfrentam processos por graves violações aos direitos humanos.

Referências

OLSEN, Tricia D.; PAYNE, Leigh A.; REITER, Andrew G. Equilibrando Julgamentos e Anistias na América Latina: perspectivas comparativa e teórica. *Revista Anistia Política e Justiça de Transição*, Brasília, n. 2, p. 152-175, jul./dez. 2009. Disponível em: <<http://www.justica.gov.br/central-de-conteudo/anistia/anexos/2010revistaanistia02.pdf>>.

PARENTI, Pablo F. A Aplicação do Direito Internacional no Julgamento do Terrorismo de Estado na Argentina. *Revista Anistia Política e Justiça de Transição*, Brasília, n. 4, p. 32-54, jul./dez. 2010. Disponível em: <<http://www.justica.gov.br/central-de-conteudo/anistia/anexos/2011revistaanistia04.pdf>>.

10.2.2 O caso chileno

Durante o período da ditadura militar chilena (1973-1990), foi promulgada uma norma de autoanistia (Decreto Lei nº 2.191), no ano de 1978. Apesar da criação de uma Comissão Nacional da Verdade e Reconciliação, a anistia decretada durante o período de exceção ainda inviabilizava a responsabilização de agentes estatais ou colaboradores que houvessem cometido graves violações aos direitos humanos. O processo de responsabilização por graves violações aos direitos humanos cometidas durante o regime militar no Chile teve início a partir da prisão do General Augusto Pinochet, em 1998. A partir de ações propostas por familiares de vítimas contra o antigo ditador, a prisão de Pinochet por crimes contra a humanidade praticados durante o regime ditatorial chileno foi ordenada pela Justiça espanhola, sendo efetivada em Londres, uma vez que o ex-ditador lá se encontrava. Inicia-se, assim, o processo de responsabilização de outros agentes estatais que participaram das graves violações aos direitos humanos durante o regime, bem como à criação de um ideário favorável à normatividade internacional dos Direitos Humanos, na qual o *jus cogens* assumiu papel preponderante nas decisões. Além disso, nesse mesmo ano de 1998, observa-se uma mudança na

jurisprudência da Suprema Corte chilena, no sentido de incluir os casos de presos desaparecidos no tipo penal do sequestro. Também contribuiu para o debate jurídico-político acerca da justiça de transição no Chile, a condenação do país na Corte Interamericana de Direitos Humanos no caso *Almonacid Arellano*. Nesse caso, a Corte declarou que a anistia chilena não poderia ser utilizada como um obstáculo para a investigação dessas violações no país.

Referências

PEREIRA, Pamela. Os caminhos da judicialização: uma observação sobre o caso chileno. 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. p. 291-305. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/verdade/resistencia/a_pdf/manual_justica_transicao_america_latina.pdf>.

MAÑALICH R., Juan Pablo. A Anistia: o terror e a graça – aporias da justiça transicional no Chile pós-ditatorial. *Revista Anistia Política e Justiça de Transição*, Brasília, n. 5, p. 56-77, jul./dez. 2010. Disponível em: <<http://www.justica.gov.br/central-de-conteudo/anistia/anexos/2012revistaanistia05.pdf>>.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Almonacid Arellano vs Chile*. San José, 26 de setembro de 2006. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/04/7172fb59c130058bc5a96931e41d04e2.pdf>>.

10.2.3 Autoanistia na Corte Interamericana de Direitos Humanos

As leis de autoanistia representam um dos principais obstáculos para a responsabilização individual dos perpetradores de graves violações de direitos humanos, cometidas durante regimes autoritários. A Corte Interamericana de Direitos Humanos, no que tange a questão da autoanistia, tem como casos paradigmáticos os de *Loayza Tamayo* e *Barrios Altos*, ambos contra o Peru, nos quais decidiu que:

(1) é dever de todo Estado signatário da Convenção Americana de Direitos Humanos investigar as violações dos direitos humanos, processar os responsáveis e evitar a impunidade; (2) que são inadmissíveis as disposições de anistia, prescrição e excludentes de responsabilidade que tenham como objetivo impedir a investigação e sanção dos responsáveis por graves violações de direitos humanos. A Corte definiu, ainda, impunidade como: “a falta em seu conjunto de investigação, persecução, captura, instrução processual e condenação dos responsáveis pelas violações dos direitos protegidos pela Convenção Americana”; graves violações de direitos humanos como, dentre outros crimes, “tortura, execuções sumárias, extralegais ou arbitrárias e desaparecimentos forçados, por atentarem contra direitos irrevogáveis reconhecidos pelo Direito Internacional dos Direitos Humanos.”; por fim assinalou que: “o Estado tem a obrigação de combater tal situação por todos os meios legais disponíveis, já que a impunidade propicia a repetição crônica das violações de direitos humanos e a total desproteção das vítimas e seus familiares”. Em relação ao Brasil, a Corte decidiu no caso relativo às vítimas da Guerrilha do Araguaia (*Gomes Lund vs. Brasil*) pela promoção de investigações sobre os fatos ocorridos – graves violações de direitos humanos – e a decorrente responsabilização criminal dos agentes envolvidos.

Referências

LIMA, Raquel da Cruz. A Emergência da Responsabilidade Criminal Individual no Sistema Interamericano de Direitos Humanos. *Lua Nova*, São Paulo, n. 86, p. 187-219, 2012. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/ln/n86/a07.pdf>>.

SALMÓN, Elizabeth. Algumas reflexões sobre o Direito Internacional Humanitário e a Justiça Transicional: lições da experiência latino-americana. 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. p. 227-262. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/verdade/resistencia/a_pdf/manual_justica_transicao_america_latina.pdf>.

CANTON, Santiago. Leis de Anistia. 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. p. 263-289. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/verdade/resistencia/a_pdf/manual_justica_transicao_america_latina.pdf>.

10.2.4 Tribunais Internacionais e a Responsabilização

Os Tribunais Internacionais, no exercício de suas funções, tendo como base normativa o disposto em Estatutos e Tratados Internacionais, possuem a atribuição de julgar crimes que violam direitos humanos e responsabilizar aqueles condenados por tais violações. Dentre os dispositivos normativos existentes, podem ser citados a “Carta do Tribunal de Nuremberg e os julgamentos deste Tribunal” que levaram a responsabilização individual no pós-Segunda Guerra Mundial, bem como o Estatuto de Roma, que permitiu o advento do Tribunal Penal Internacional. É preciso mencionar também os Tribunais Penais *ad hoc* da ONU, que julgaram as violações aos direitos humanos na ex-Iugoslávia e em Ruanda. No que se refere à responsabilização em relação aos Tribunais Internacionais, além das decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos, há diversas sentenças proferidas por tribunais relativas à responsabilização dos agentes estatais, devido à natureza de graves violações de direitos humanos dos crimes ocorridos em regimes autoritários, natureza tutelada por normas de Direito Internacional. Assim, tendo em vista a imprescritibilidade dos crimes contra a humanidade para o Direito Internacional, bem como a disposição de responsabilização, Estatal ou individual, em diversos dispositivos normativos de Direito Internacional, é possível encontrar um extenso rol de casos nos quais são condenados autores de graves violações de direitos humanos.

Referências

Corte Interamericana de Direitos Humanos, Caso Loayza Tamayo vs. Peru; Caso Bairros Altos vs. Peru; Caso Gomes Lund e outros (Guerrilha do Araguaia) vs. Brasil. Disponíveis em: <<http://www.corteidh.or.cr>>.

PIOVESAN, Flávia. Direito Internacional dos Direitos Humanos e Lei de Anistia: o caso brasileiro. *Revista Anistia Política e Justiça de Transição*, Brasília, n. 2, p. 176-189, jul./dez. 2009. Disponível em: <<http://www.justica.gov.br/central-de-conteudo/anistia/anexos/2010revistaanistia02.pdf>>.

MEYER. Emílio Peluso Neder. *Ditadura e Responsabilização: elementos para uma justiça de transição no Brasil*. Belo Horizonte: Araraes Editores, 2012.

VASCONCELOS, Daniela Mateus. Justiça de Transição e Direito Internacional: o Direito à Verdade e o Dever do Estado de Processar e Punir Graves Violações aos Direitos Humanos. *E-Civitas*, Belo Horizonte, v. 6, n. 2, p. 21 e p. 27- 29, dez. 2013, ISSN: 1984-2716.

VENTURA, Deisy. A Interpretação Judicial da Lei de Anistia Brasileira e o Direito Internacional. *Revista Anistia Política e Justiça de Transição*, Brasília, n. 4, p. 196-226, jul./dez. 2011. Disponível em: <<http://www.justica.gov.br/central-de-conteudo/anistia/anexos/2011revistaanistia04.pdf>>.

Revista Anistia Política e Justiça de Transição, Brasília, n. 8, jul./dez. 2012. Disponível em: <<http://www.justica.gov.br/central-de-conteudo/anistia/anexos/2013revistaanistia08.pdf>>.

JARDIM, Tarciso Dal Maso. A Contribuição da Justiça Internacional Penal: formação de paradigmas. *Revista Anistia Política e Justiça de Transição*, Brasília, n. 9, p. 150-186.jan./jun. 2013. Disponível em: <<http://www.justica.gov.br/central-de-conteudo/anistia/anexos/2014revistaanistia09.pdf>>.

10.2.5 Brasil e autoanistia

O movimento em busca da anistia ampla geral e irrestrita foi uma das principais lutas empenhadas pelos opositores do regime civil-militar brasileiro. Como resultado dessa luta empenhada, a Lei nº 6.683, de agosto de 1979, foi uma vitória, entretanto, não completa, vez que a anistia foi concedida não apenas aos opositores, mas também aos que agiram em colaboração com regime civil-militar. Além de ser uma anistia parcial e restrita, vários perseguidos políticos não foram anistiados nesse primeiro momento, como aqueles

condenados por participação em “crimes de sangue”. Portanto, tratou-se de uma autoanistia imposta pelo regime civil-militar, que ainda estava vigente, e não um resultado de acordo político, contrariando a versão oficial, segundo a qual a Lei adveio de amplo debate e resultou de um acordo político. Contrariamente ao acontecido em outros países, como Argentina (declaradas inconstitucionais as leis de anistia), e Chile (afastada a vigência da lei de anistia para casos de crime contra a humanidade), a redemocratização brasileira não veio acompanhada da invalidação da autoanistia, em desacordo também com a jurisprudência internacional. A Corte Interamericana de Direitos Humanos (CtIDH), no Caso *Gomes Lund*, entendeu ser incompatíveis com a Convenção Americana de Direitos Humanos as disposições da Lei de Anistia brasileira que impedem a investigação e a sanção de crimes contra a humanidade. O Brasil foi condenado a implementar uma série de medidas de justiça transicional, para assegurar os direitos à memória e à verdade, e à justiça, como publicar documentação oficial que ainda encontrava-se sob sigilo, a investigar os desaparecimentos forçados ocorridos no contexto da Guerrilha do Araguaia e a instituir procedimentos judiciais que busquem a responsabilização dos perpetradores dos crimes contra a humanidade, cometidos pelos agentes da ditadura, sentença que foi proferida em 2010. Em observância a essa condenação, o Ministério Público Federal, a partir de uma diferenciação dos campos de atuação da CtIDH e do STF, deu sequência à luta pela responsabilização individual dos agentes da repressão, ajuizando ações penais.² A responsabilização penal dos perpetradores representará o fim da impunidade pelos crimes contra a humanidade cometidos por eles, efetivando a implementação de um dos mecanismos da justiça de transição, através dos quais se pretende o fortalecimento da democracia brasileira, além da promoção dos direitos humanos no Brasil.

Referências

BRASIL. Ministério da Justiça. *Revista Anistia Política e Justiça de Transição*, Ministério da Justiça, n. 1, jan./jun. 2009. Brasília: Mi-

2, As informações sobre tais ações encontram-se sistematizadas e disponíveis no site <<https://cjt.ufmg.br/>>.

nistério da Justiça, 2009. Disponível em: <<http://www.justica.gov.br/central-de-conteudo/anistia/anistia-politica-2>>.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Gomes Lund e Outros (“Guerrilha do Araguaia”) vs. Brasil*. Sentença de 24 de novembro de 2010. Disponível em: <www.corteidh.or.cr>. Acesso em: 22 set. 2016.

GRECO, Heloísa Amélia. 50 anos do Golpe Militar/ 35 anos da Lei de Anistia: a longa marcha da “estratégia do esquecimento”, *CADERNOS DE HISTÓRIA*, Belo Horizonte, v. 15, n. 22, 1º sem. 2014.

_____. *Dimensões Fundacionais da Luta pela Anistia*. Tese (Doutorado em História) – Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2003

MEYER, Emílio Peluso Neder. *Ditadura e Responsabilização: elementos para uma justiça de transição no Brasil*. Belo Horizonte: Araraes Editores, 2012.

MEYER, Emílio Peluso Neder. A Justiça de Transição no Brasil sob os auspícios do Direito Internacional dos Direitos Humanos: a mudança de paradigma na responsabilização de agentes públicos por violação de direitos humanos. *Revista Anistia Política e Justiça de Transição*, Brasília, n. 10, p. 74-113, jul./dez. 2013. Disponível em: <https://www.justica.gov.br/noticias/10a-revista-anistia-cooperacao-economica-com-a-ditadura-1/revista_anistia.pdf>.

PIOVESAN, Flávia. *Lei da Anistia optou pelo esquecimento e pela paz sem justiça*. Folha de São Paulo, São Paulo. P. A12. 28/01/2007. Entrevista concedida a Lilian Christofolletti. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/fsp/brasil/fc2801200714.htm>>.

10.2.6 Campesinos e indígenas

Historicamente oprimidos e marginalizados, esses grupos sofreram diversas ações de extermínio e de esbulho de suas terras, com a participação e/ou conivência do Estado. O envolvimento de agentes particulares e as questões próprias dos conflitos fundiários serviram para mascarar a violência, impedindo a aferição de sua real dimensão. O trabalho de responsabilização é muito prejudicado pela falta de informações concretas sobre os casos, muitos dos quais, até recentemente, sequer eram considerados no âmbito da justiça

transicional. No entanto, em alguns casos emblemáticos, ações concretas de responsabilização têm sido tomadas. É o caso, por exemplo, da etnia Krenak. O Ministério Público Federal, no ano de 2015, ingressou com Ação Civil Pública buscando a responsabilização dos órgãos estatais envolvidos e a responsabilização pessoal do então chefe da Guarda Rural Indígena pelo Reformatório Krenak e pela Guarda Rural Indígena. O primeiro, criado no final dos anos 60 na cidade de Resplendor-MG, consistia em verdadeira prisão, exclusiva para indígenas. Várias denúncias revelam a prática de tortura, desaparecimentos e trabalhos forçados no local, levando inclusive à morte de indígenas. Já a Guarda Rural Indígena, criada em 1969, era um grupamento destinado a exercer o policiamento ostensivo em terras indígenas, formado por membros de várias etnias. Como parte da formação, foram ensinadas técnicas de tortura aos indígenas, como mecanismos legítimos a serem utilizados no exercício da função.

Referências

BRASIL. Ministério Público Federal. Ação Civil Pública. Disponível em: <<http://www.mpf.mp.br/mg/sala-de-imprensa/docs/acp-reformatorio-krenak.pdf/view>>.

PASSOS, Najla. Ditadura matou 1.196 camponeses, mas Estado só reconhece 29. Carta Maior. 2012. Disponível em: <<http://cartamaior.com.br/?/Editoria/Direitos-Humanos/Ditadura-matou-1-196-camponeses-mas-Estado-so-reconhece-29%0a/5/26031>>.

PORANTIM. Cretã lembrado no Tribunal Russell, jan./fev. 1987. p. 7. Disponível em: <http://pib.socioambiental.org/ane-xos/7445_20091210_151514.pdf>.

10.3 Memória e Verdade

10.3.1 Comissões da Verdade

Comissões da Verdade são iniciativas criadas para investigar graves violações de direitos humanos patrocinadas por práticas governamentais

passadas, não tendo dentre suas prerrogativas poderes judiciais. Destaca-se que as comissões possuem caráter oficial e temporário. Os principais objetivos de uma comissão da verdade são: esclarecer os fatos; reconhecer publicamente e dar voz às vítimas; determinar as responsabilidades institucionais; promover a reconciliação nacional; e possibilitar a abertura de caminhos para a justiça. De maneira geral, as Comissões da Verdade estão também autorizadas a sugerir, em seus relatórios finais, as medidas legais, administrativas e institucionais a serem tomadas para que as atrocidades do passado não se repitam. Em 2006, o Alto Comissariado para Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas (ONU) editou o documento *Mecanismos legais para Estados saídos de conflitos: comissões da verdade*, pelo qual estabeleceu que as comissões deveriam centrar seus trabalhos em graves violações de direitos humanos e de direitos humanitários. Além de conferir certo grau de autonomia aos membros, definiram-se questões como o poder de nomeação dos responsáveis, a proteção das testemunhas e a confidencialidade do trabalho. A volumosa documentação reunida por estas comissões, além de compor a reconstrução da memória pública nacional e estabelecer a verdade oficial, fornece subsídios para processos de reparação, ações na justiça e medidas em torno de reformas institucionais.

Referências

BRASIL, Comissão Nacional da Verdade. Relatório Final: Volume I, 2014. Disponível em: <http://www.cnv.gov.br/images/pdf/relatorio/volume_1_digital.pdf>. Acesso em: abr. 2016.

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, 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: abr. 2016.

ZYL, Paul van. Promovendo a justiça transicional em sociedades pós-conflito. 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. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/verdade/resistencia/a_pdf/manual_justica_transicao_america_latina.pdf>. Acesso em: abr. 2016.

TORELLY, Marcelo. Das Comissões de Reparação à Comissão da Verdade: Contribuições da Comissão Sobre Mortos e Desaparecidos Políticos e da Comissão de Anistia para a Comissão Nacional da Verdade. *Revista Anistia Política e Justiça de Transição*, Ministério da Justiça, n. 9, jan./jun. 2013. Brasília: Ministério da Justiça, 2014. Disponível em: <<http://www.justica.gov.br/central-de-conteudo/anistia/anexos/2014revistaanistia09.pdf>>. Acesso em: abr. 2016.

10.3.2 Comissão Nacional da Verdade (CNV)

Criada pela Lei 12.528/2011, a Comissão Nacional da Verdade iniciou seus trabalhos em maio de 2012, com o objetivo de investigar as graves violações de direitos humanos ocorridas no Brasil entre 18 de setembro de 1946 a 05 de outubro de 1988. Após dois anos e sete meses de trabalho, com a realização de audiências públicas, tomadas de depoimentos, produção de relatórios e laudos periciais, foi divulgado seu Relatório Final, dividido em três volumes. Toda a documentação recolhida, utilizada e produzida foi reunida em um acervo e entregue ao Arquivo Nacional. Destacamos, dentre a infinidade de conteúdo produzido, que a CNV identificou 434 casos de mortos e desaparecidos políticos e publicou os nomes de 377 agentes do Estado brasileiro reconhecidos como autores de graves violações de direitos humanos. Apesar de não ter caráter punitivo, ao trazer a autoria destes crimes, a CNV proporciona em nível ético e político a possibilidade de justiça. Possibilidade ocasionada pelo estabelecimento da distância entre vítima e agressor. Apesar de tais medidas não romperem com a impunidade, nomear perpetradores dos crimes do passado se torna uma forma de reparar a indistinção efetivada pela interpretação da Lei da Anistia, pela qual algoz e vítima são reclamados em valores de equidade. Sobre a importância dos trabalhos da CNV e das comissões decorrentes, salientamos ainda o reconhecimento oficial da natureza sistêmica das graves violações de direitos humanos patrocinadas pelo Estado brasileiro.

Referências

BRASIL. Comissão Nacional da Verdade. Relatório / Comissão Nacional da Verdade. – Recurso eletrônico. – Brasília: CNV, 2014. 976 p. – (Relatório da Comissão Nacional da Verdade; v. 1). Disponível em: <http://www.cnv.gov.br/images/pdf/relatorio/volume_1_digital.pdf>. Acesso em: abr. 2016.

BRASIL. Lei Nº 12.528, de 18 de novembro de 2011. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12528.htm>. Acesso em : abr. 2016.

CUNHA, Luiz Cláudio. Gerais omitiram até os 22 dias que Dilma Rousseff amargou no DOI CODI. *Jornal Já*. Publicado em 31 de julho de 2014. Disponível em: <<http://www.jornalja.com.br/gerais-omitiram-ate-os-22-dias-que-dilma-rousseff-amargou-no-doi-codi/>>. Acesso em : abr. 2016.

QUINALHA, Renan Honório. 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. Disponível em: <<https://revistajuridica.presidencia.gov.br/index.php/saj/article/viewFile/71/622>>. Acesso em: abr. 2016.

MARTINS, André Saboia. A identificação das responsabilidades políticas e institucionais pelas graves violações de direitos humanos durante a ditadura no Brasil (1964 - 1985). A contribuição do Relatório da Comissão Nacional da Verdade. *Revista de Estudos Brasileños*, v. 2, n. 3, p. 149-165, segundo semestre de 2015. Disponível em: <<http://reb.universia.net/issue/view/120>>. Acesso em: abr. 2016.

PEREIRA, Mateus H. F. Nova direita? Guerras de memória em tempos de Comissão da Verdade (2012-2014). *Varia História*, Belo Horizonte, v. 31, n. 57, p. 863-902, dec. 2015. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/vh/v31n57/0104-8775-vh-31-57-0863.pdf>>. Acesso em: abr. 2016.

TORELLY, Marcelo. Das Comissões de Reparação à Comissão da Verdade: Contribuições da Comissão Sobre Mortos e Desaparecidos Políticos e da Comissão de Anistia para a Comissão Nacional

da Verdade. *Revista Anistia Política e Justiça de Transição*, Ministério da Justiça, n. 9, jan./jun. 2013. Brasília: Ministério da Justiça, 2014. Disponível em: <<http://www.justica.gov.br/central-de-conteudo/anistia/anexos/2014revistaanistia09.pdf>>. Acesso em: abr. 2016.

Site da CNV para consultas: <<http://www.cnv.gov.br/>>.

*Observação: No site, é possível encontrar parte do acervo da CNV, com documentos, depoimentos individuais, audiências públicas, laudos periciais e relatórios de pesquisas, além dos três volumes do relatório.

10.3.3 Acesso à informação

Refere-se à transparência da administração pública, principalmente quanto ao papel do Estado na disponibilização das informações sobre as violações de direitos humanos, permitindo que as vítimas, familiares e sociedade tenham conhecimento das atrocidades cometidas no passado. No Brasil, destacamos alguns avanços na pauta, como a promulgação da Lei de Acesso à Informação (Lei no 12.527/2011), que trouxe inovações, como a alteração de prazos e de renovações de sigilo de documentos secretos, chegando ao prazo máximo de 25 anos, renovável uma vez. As informações são classificadas como reservadas (sigilo de cinco anos, sem prorrogação), secretas (15 anos de sigilo, sem prorrogação) ou ultrassecretas (sigilo de 25 anos, prorrogável uma vez por igual período), de acordo com a gravidade do risco ou do dano à segurança do Estado. Prevê-se também a impossibilidade de invocação da vida privada, honra e imagem da pessoa como motivos para manter o sigilo de informações, caso isso prejudique o processo de apuração de irregularidades e a recuperação de fatos históricos referentes a graves violações de direitos humanos. Contudo, muitos limites ainda são impostos à acessibilidade de arquivos da repressão – conjuntos documentais produzidos e organizados por órgãos de segurança e informação durante a ditadura –, tanto devido a não abertura de muitos deles ou até mesmo à negação de sua existência. As discussões pela abertura ressaltam a importância que estas documentações teriam para o conhecimento empírico e para a legitimação da política de reparação estatal. Sobre as iniciativas que contribuem para o acesso à informação, destacam-se o Projeto Brasil Nunca Mais; o Dossiê dos mortos

e desaparecidos políticos a partir de 1964; a Comissão Nacional da Verdade e o Arquivo Nacional.

Referências

ARAÚJO, Maria do Amparo Almeida et al. (comissão responsável). Dossiê dos mortos e desaparecidos políticos a partir de 1964. Recife: Companhia Editora de Pernambuco, 1995. Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br/dados/dossiers/dh/br/dossie64/br/dossmdp.pdf>>. Acesso em: abr. 2016.

BRASIL. Comissão Nacional da Verdade. Relatório / Comissão Nacional da Verdade. – Recurso eletrônico. – Brasília: CNV, 2014. 976 p. – (Relatório da Comissão Nacional da Verdade; v. 1). Disponível em: <http://www.cnv.gov.br/images/pdf/relatorio/volume_1_digital.pdf>. Acesso em: abr. 2016.

BRASIL. Lei n. 12.527, de 18 de Novembro de 2011. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/112527.htm>. Acesso em: abr. de 2016.

BRASIL. Secretaria Especial dos Direitos Humanos da Presidência da República. *Direito à verdade e à memória: Comissão Especial sobre Mortos e Desaparecidos Políticos*. Brasília: Secretaria Especial dos Direitos Humanos, 2007. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/dados/livros/a_pdf/livro_memoria1_direito_verdade.pdf>. Acesso em: abr. 2016.

BRASIL. Comissão de Anistia do Ministério da Justiça. *Revista Anistia Política e Justiça de Transição*, Ministério da Justiça, n. 10, jul./dez. 2013. Brasília, 2014. Disponível em <http://justica.gov.br/central-de-conteudo/anistia/anexos/revista_anistia_n10_web-1.pdf/view>. Acesso em: abr. 2016.

JOFFILY, Mariana. Direito à informação e direito à vida privada: os impasses em torno do acesso aos arquivos da ditadura militar brasileira. *Estud. hist.*, Rio de Janeiro, v. 25, n. 49, jan./jun. 2012. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-218620120001000099>. Acesso em: abr. 2016.

SANTOS, Boaventura de Sousa et al. (Orgs.). *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. 284 p. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/verdade/resistencia/a_pdf/livro_repressao_contexto_al.pdf>. Acesso em: abr. 2016.

Site do Brasil Nunca Mais: <<http://bnmdigital.mpf.mp.br/#!/>>.

Site do Arquivo Nacional: <<http://www.arquivonacional.gov.br/cgi/cgilua.exe/sys/start.htm?tpl=home>>.

10.3.4 Camponeses e indígenas

Por meio da sua Resolução nº 5/2012, a CNV instituiu um Grupo de Trabalho para investigar graves violações de direitos humanos contra esses dois grupos. Apesar dos esforços da CNV, não foi possível investigar todos os povos indígenas afetados. Entretanto, a Comissão estima, dentre os povos estudados, ao menos 8.350 mortes decorrentes da ação ou omissão de agentes governamentais, além de ter reconhecido a responsabilidade do Estado brasileiro no esbulho de terras indígenas ilegalmente ocupadas e nas demais violações de direitos humanos em seu relatório. Ressalta-se que, no final dos anos 1960, o Estado brasileiro criou uma cadeia oficial, o Reformatório Krenak, exclusiva para a detenção de indígenas, na qual houve denúncias de casos de morte por tortura, trabalho forçado e desaparecimento de prisioneiros. Além disso, em 1969, também houve a criação da Guarda Rural Indígena que recrutava índios de várias etnias para atuarem como polícia em territórios indígenas. Tanto o Reformatório quanto a formação da Guarda Rural Indígena formaram-se no estado de Minas Gerais. De forma a enfatizar o direito à memória e verdade de povos indígenas, a CNV apresentou algumas recomendações, dentre elas, a “instalação de uma Comissão Nacional Indígena da Verdade”. As iniciativas para afirmação de memória e verdade dos camponeses remontam a pesquisas conduzidas no início dos anos 2000, e têm como marcos a criação da *Comissão Camponesa da Verdade* (2012), além do Grupo de Trabalho da CNV (2012), e das obras *Retrato da Repressão Política no Campo – Brasil 1962-1985* (2010), *Camponeses Mortos e Desaparecidos: Excluídos da Justiça de Transição* (2013), e o

relatório final da CNV, que contou com um texto temático a respeito das *Violações de direitos humanos dos camponeses* (2014). Caracterizada por ser uma história pouco relatada em documentos oficiais, ela é diretamente relacionada com a luta pelos direitos trabalhistas no campo e pelo direito a terra. Assim como os povos indígenas, os camponeses foram vítimas dos projetos de ocupação do interior do país, conduzidos principalmente pelos governos Médici e Geisel. Dessa forma, conforme aponta o relatório final da CNV, “é preciso considerar também [...] que apenas uma parte das mortes no campo foi motivada por conflitos políticos no sentido maior da expressão”. Apesar de o relatório apresentar casos emblemáticos, e não um estudo exaustivo de todas as violações perpetradas, as investigações apresentadas em *Camponeses Mortos e Desaparecidos* apontam para a existência de 1.196 camponeses mortos e desaparecidos no período entre setembro de 1961 e outubro de 1988.

Referências

BRASIL. Comissão Nacional da Verdade. *Resolução nº 5, de 5 de Novembro de 2012*. Disponível em: <http://www.cnv.gov.br/images/pdf/resolucao_5_CNV_051112-2.pdf>. Acesso em: abr. 2016.

BRASIL. Comissão Nacional da Verdade. Relatório Final. v. 2. Texto 5. *Violações de Direitos Humanos dos Povos Indígenas*. p. 203-262. Disponível em: <<http://www.cnv.gov.br/images/pdf/relatorio/Volume%20%20-%20Texto%205.pdf>>. Acesso em: abr. 2016.

BRASIL. Comissão Nacional da Verdade. Relatório Final. v. 2. Texto 3. *Violações de Direitos Humanos dos Camponeses*. p. 91-153. Disponível em: <<http://www.cnv.gov.br/images/pdf/relatorio/Volume%20%20-%20Texto%203.pdf>>. Acesso em: abr. 2016.

CARNEIRO, Ana; CIOCCARI, Marta. Retrato da Repressão Política no Campo – Brasil 1962-1985– Camponeses torturados, mortos e desaparecidos. Brasília: MDA, 2010. Disponível em: <http://dh.sdh.gov.br/download/dmv/retrato_da_repressao.pdf>. Acesso em: abr. 2016.

SECRETARIA DE DIREITOS HUMANOS. *Camponeses mortos e desaparecidos: Excluídos da Justiça de Transição*. Brasília, 2013.

Disponível em: <<http://dh.sdh.gov.br/download/dmv/camponeses.pdf>>. Acesso em: abr. 2016.

10.4 Reformas institucionais

10.4.1 Introdução

As reformas institucionais têm por finalidade dar fim à herança autoritária colaborando assim na construção de uma cultura e de instituições democráticas em uma determinada sociedade, que tenha saído de um regime ou de um contexto pós-conflito e esteja em processo de transição para a democracia. Elas também visam reestabelecer a confiança dos cidadãos em suas instituições públicas, promovendo a proteção aos direitos humanos, tônica antagônica àquela praticada durante os regimes autoritários. Tais reformas são importantes uma vez que, através delas, todos os outros mecanismos da Justiça de Transição poderão ser alcançados, como o estabelecimento da verdade e a garantia do direito à memória, a reparação das vítimas, o acesso à justiça. São abarcados vários tipos de reformas, em variadas esferas de atuação dessas instituições, promovendo uma revisão e reestruturação nas mesmas. As reformas do Poder Judiciário, expurgos de agentes públicos responsáveis por graves violações de direitos humanos, reformas legais, reforma educacional, dentre várias outras são exemplos de reformas institucionais. A reforma educacional, por exemplo, pode ocorrer no âmbito do ensino da História, uma das possibilidades seria trazer para a sala de aula as descobertas apresentadas no relatório das comissões da verdade. Algumas das recomendações apresentadas no Relatório da Comissão Nacional da Verdade – CNV são a modificação do conteúdo curricular das academias militares e policiais para a promoção da democracia e dos direitos humanos; a promoção dos valores democráticos e dos direitos humanos na educação. Tais recomendações podem ser encontradas na Parte V, capítulo 18, do supracitado Relatório.

10.4.2 Poder Judiciário e Direitos Humanos

A importância das reformas institucionais no Poder Judiciário decorre da participação do Judiciário na legitimação da legislação

autoritária, à época do regime de exceção, que foi estabelecida à mercê de qualquer processo democrático. Tais reformas podem abarcar várias iniciativas, como a instituição de um curso obrigatório de formação para os servidores públicos, principalmente aqueles que exercem função em cargos de decisão, como os magistrados, na área do Direito Internacional dos direitos humanos, ou ainda realizarem-se expurgos, ou seja, exonerar do cargo aqueles servidores que contribuíram para que o Estado cometesse as graves violações de direitos humanos, legitimando o regime autoritário ou garantindo a sua impunidade. Tem-se a Argentina como exemplo em medidas para a consolidação democrática, através da justiça de transição, inclusive quanto à reforma realizada no judiciário, promovendo o expurgo. Tal reforma foi realizada através da substituição todos os magistrados da suprema corte e alguns juízes federais, que atuaram à época do golpe, colaborando com o mesmo. Uma das exigências de reformas no Poder Judiciário brasileiro se dá pela ausência de responsabilização individual dos responsáveis pelos crimes contra a humanidade cometidos por agentes da ditadura. O MPF tem levado ao judiciário denúncias para averiguação e responsabilização individual dos perpetradores dos crimes contra a humanidade. Entretanto, os juízes têm rejeitado essas denúncias, deixando de aplicar toda a normativa do Direito Internacional dos direitos humanos, o que se pode observar nas sentenças proferidas rejeitando-as.³

Referências

AGUIAR, Roberto Armando Ramos. COSTA, Alexandre Bernardino. O legado da ditadura para a educação jurídica brasileira. In: SOUSA JUNIOR, José Geraldo de; SILVA FILHO et al. Introdução Crítica à Justiça de Transição na América Latina. Brasília: UnB; MJ, 2015. (Série O Direito Achado na Rua, v. 7).

AGUILAR, Paloma, RAMÍREZ-BARAT, Clara. Justicia Post-Transicional em España. In: SOUSA JUNIOR, José Geraldo de; SILVA FILHO et al. Introdução Crítica à Justiça de Transição na América

3. As sentenças rejeitando a denúncia encontram-se disponíveis no site <<https://cjt.ufmg.br/>>.

Latina. Brasília: UnB; MJ, 2015. (Série O Direito Achado na Rua, v. 7). p. 239-243

BRASIL. Comissão Nacional da Verdade. Relatório/ Comissão Nacional da Verdade. – Recurso eletrônico – Brasília: CNV, 2014, v. 3, p. 964-975.

COLE, Elizabeth A. Transitional justice and the Reform of History Education. *The International Journal of Transitional Justice*, v. 1, p. 115-137, 2007.

CORREIA, Ludmila Cerqueira. Loucura, transição democrática e reformas institucionais: o novo sempre vem? In: SOUSA JUNIOR, José Geraldo de; SILVA FILHO et al. Introdução Crítica à Justiça de Transição na América Latina. Brasília: UnB; MJ, 2015. (Série O Direito Achado na Rua, v. 7).

FERNANDO, Basil. Editorial: Institutional Reforms as na Integral Parto f a Comprehensive Approach to Transitional Justice. *The International Journal of Transitional Justice*, v. 8, p. 187-193, 2014.

JONES, Briony. Exploring the Politics of Reconciliation through Education Reform: The Case of Brcko District, Bosnia and Herzegovina. *The International Journal of Transitional Justice*, v. 6, p. 126-148, 2012.

MÉNDEZ, J. E. Responsabilização por abusos do passado. In: REÁ-TEGUI, F. (Org.). *Justiça de transição: manual para a América Latina*. Brasília: Comissão de Anistia, Ministério da Justiça; Nova Iorque: Centro Internacional para Justiça de Transição, 2011.

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.

SCHINKE, Vanessa Dorneles. Judiciário brasileiro: por uma Justiça de Transição substancial. In: SOUSA JUNIOR, José Geraldo de; SILVA FILHO et al. Introdução Crítica à Justiça de Transição na América Latina. Brasília: UnB; MJ, 2015. (Série O Direito Achado na Rua, v. 7).

10.4.3 Forças Armadas

No campo das reformas institucionais, especial atenção deve ser confiada aos aparatos da segurança e da justiça, assegurando a reestruturação das relações entre indivíduos e o Estado. Parte fundamental deste processo é a remoção de agentes públicos comprometidos com o regime autoritário e perpetradores de graves violações de direitos humanos, além do desenvolvimento de uma detida análise das falhas do aparato de segurança e justiça visando à sua reforma. Nota-se que a concepção doutrinária que se erigiu em ideologia oficial das Forças Armadas brasileiras, constituída através de uma ampla rede, após 1964, voltada para a caça ao “inimigo interno”, impôs remodelações profundas na estrutura do sistema de segurança do Estado. Sob o aparato das Forças Armadas, criou-se uma arquitetura legal, um sistema repressor complexo, que permeava as estruturas administrativas dos poderes públicos e exercia uma vigilância permanente, sobre as principais instituições da sociedade civil: sindicatos, organizações profissionais, igrejas, partidos. Sobretudo, em suas práticas repressivas, fazia uso de maneira sistemática e sem limites dos meios mais violentos, como a tortura e o assassinato. Não obstante este cenário, após a redemocratização, nenhum dirigente das Forças Armadas, ao contrário da Argentina e Chile, foi responsabilizado individualmente ou submetido a qualquer tipo de expurgo. Mesmo que a criação do Ministério da Defesa, em 1999, tenha propiciado algum tipo de controle civil sobre as Forças Armadas, nenhuma reforma significativa foi feita no sistema de segurança nacional desde o fim da ditadura e, nenhum pedido oficial de perdão foi feito pelos militares aos brasileiros. De modo geral, os militares permanecem unidos, não expressam arrependimento e muitas vezes seguem colocando obstáculos ao avanço do processo de acertos de contas. Neste sentido se faz fundamental, sob a perspectiva integral e holística da justiça de transição, assegurar as reformas institucionais que propiciem o desenvolvimento humano e estabilidade democrática.

Referências

COMISSÃO NACIONAL DA VERDADE. Relatório Final. Contexto Histórico das Graves Violações: entre 1946 e 1988. Brasília, 10 de

dezembro de 2014. Disponível em: <<http://www.cnv.gov.br/imagens/documentos/Capitulo3/Capitulo%203.pdf>>. Acesso em: 28 abr. 2016.

Anthony Pereira, *Political (In)justice: Authoritarianism and the Rule of Law in Brazil, Chile, and Argentina*, 2010.

JUSTIÇA DE TRANSIÇÃO NOS 25 ANOS DA CONSTITUIÇÃO DE 1988/ Emílio Peluso Neder Meyer, Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira (organização). Belo Horizonte: Initia Via, 2014. PIOSEVAN, Flávia. *Justiça de transição, reformas institucionais e consolidação do Estado Democrático de Direito: o caso brasileiro*, p. 643.

BRASIL: NUNCA MAIS. Arns, Dom Paulo Evaristo (Org.). 3. ed. Petrópolis: Vozes, 1985.

MEZZAROBBA, Glenda. Entre reparações, meias verdades e impunidades: o difícil rompimento com o legado da ditadura no Brasil. *Revista Internacional de Direitos Humanos*. São Paulo. 2004. p. 9 Disponível em: <<http://www.surjournal.org/conteudos/pdf/13/mio-lo.pd>>. Acesso em: 28 abr. 2016.

10.4.4 Instituições de segurança

Um dos legados da ditadura civil-militar (1964-1985) é a herança autoritária nas instituições de Segurança Pública, seara na qual pouco houve reformas. A ineficiência dessas poucas reformas institucionais levadas a cabo nessas instituições resulta na ainda atual prática de torturas em delegacias e presídios de todo o país, ainda que tenha sido sancionada a Lei n.º 9.455, que desde 1997 tipifica o crime de tortura, proibindo a prática.

Durante os anos de regime de exceção, houve uma intensificação em relação à inversão de lógica fundamental: a polícia, antes destinada à defesa dos direitos dos cidadãos, passou, sob a influência da Doutrina de Segurança Nacional, a ter como objetivo o combate ao inimigo interno, personificado na figura dos resistentes.

É possível afirmar que a estrutura das polícias foi transformada em braço do exército, com poderes sobre a vida e a morte de pessoas, delegacias e quartéis foram usados como escolas de tortura para a corporação.

Entretanto, há iniciativas para que tais reformas ocorram, por exemplo, a implementação de reformas institucionais nas academias de formação de policiais, buscando uma formação que abarque também questões sobre direitos humanos. Entretanto, a justiça transicional no Brasil tem encontrado bastante dificuldade no que tange seu mecanismo de reformas institucionais, há vários estudos indicando a insuficiência dessas medidas, o próprio Relatório da Comissão Nacional da Verdade aponta nessa direção, afirmando ainda que tais práticas atuais são reflexos da cultura da impunidade que se deu em razão da não responsabilização penal dos perpetradores de graves violações de direitos humanos.

Embora em 1996 tenha sido sancionada a Lei n.º 9.299, que transferiu da Justiça militar para a Justiça comum a competência para julgar policiais militares acusados da prática de crimes dolosos contra a vida, há dispositivos como a Lei de Segurança Nacional que ainda persistem. Incompatível com a Constituição de 1988 e de caráter extremamente autoritário, tal legislação permanece em vigor, em total conflito com a prática democrática. Além da impunidade e da ameaça que representa a abusos futuros, a falta de uma reforma institucional no âmbito da polícia brasileira demonstra que até o presente momento, o país não conseguiu se desfazer de todo o legado autoritário.

Referências

ALVES, Maria Helena M.; EVANSON, Philip. *Vivendo no Fogo Cruzado: moradores de favela, traficantes de droga e violência policial no Rio de Janeiro*. 1. ed. São Paulo: Unesp, 2013.

JÚNIOR, José Maria Pereira da Nóbrega. A militarização da Segurança Pública: um entrave para a democracia brasileira. In: *Revista de Sociologia Política, Curitiba*, v. 18, n. 35, p. 119-130, fev. 2010.

KOPITTKKE, Alberto L. Reforma da Segurança Pública: superar o autoritarismo para vencer a violência. In: JÚNIOR, José Geraldo de Sousa et al. (Orgs.). *O direito achado na rua: introdução crítica à justiça de transição na América Latina*. 1ª. ed. Brasília, DF: UnB, 2015.

NEGREIROS, Dario de; FRANCO, Fábio Luís; SCHINCARIOL, Rafael. A Doutrina de Segurança Nacional e a invisibilidade do massacre da população preta, pobre e periférica. In: JÚNIOR, José Geraldo de Sousa et al. (Orgs.). *O direito achado na rua: introdução crítica à justiça de transição na América Latina*. 1ª. ed. Brasília, DF: UnB, 2015.

SANTOS, Rogério Dultra dos. A lógica do “inimigo interno” nas Forças Armadas e nas Polícias Militares e sua impermeabilidade aos direitos fundamentais: elementos para uma emenda constitucional. In: JÚNIOR, José Geraldo de Sousa et al. (Orgs.). *O direito achado na rua: introdução crítica à justiça de transição na América Latina*. 1ª. ed. Brasília, DF: UnB, 2015.

[\[Volta ao Sumário\]](#)

A MEMÓRIA EM DISPUTA NO JULGAMENTO DA ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL Nº 153

Ana Carolina Rezende Oliveira¹
Mariana Rezende Oliveira²

Resumo: O presente trabalho objetiva analisar de que forma a tese do acordo político acerca da Lei de Anistia (6.683/79) adotada pelo Ministro Eros Grau no julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 153 impacta a consolidação da transição democrática brasileira. A partir da constatação da existência de uma disputa pelos significados da anistia opondo, de um lado, a anistia como esquecimento defendida pelo regime militar e, de outro, a anistia como liberdade defendida pelos militantes, pretende-se compreender as consequências da referida decisão para a construção das políticas de memória e para os processos de reparação psíquica individuais e sociais. Por fim, analisar-se-á a hipótese de que a adoção da tese do acordo político explicita a imposição de um esquecimento forçado acerca das violações de direitos humanos ocorridas durante o regime militar, o que tem como consequência a perpetuação dessas violações contemporaneamente.

Palavras-chave: Anistia. Memória.

1. Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG); mestranda do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro (PPGD/UFRJ); Especialista em Políticas e Gestão da Saúde na Secretaria de Estado da Saúde de Minas Gerais. E-mail: acarolina.rezende@gmail.com

2. Graduanda em Direito na Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG), extensionista do Centro de Estudos em Justiça de Transição (UFMG).
E-mail: mariana.rezende.oliveira@gmail.com

Resumen: El trabajo tiene como objetivo examinar como la tesis del acuerdo político acerca de la Ley de Amnistía brasileña (Ley 6.683/79) adoptada por el Ministro Eros Grau, en el juicio de Alegación de Incumplimiento del Precepto Fundamental (Ação de Descumprimento de Precepto Fundamental – ADPF) nº 153 impacta la consolidación de la transición democrática brasileña. A partir de la constatación de la existencia de una disputa por los significados de “amnistía” que opone, por un lado, la amnistía como sinónimo de olvido, acepción defendida por el Régimen Militar y, por el otro lado, la amnistía como libertad, conforme defendida por los militantes, se pretende comprender las consecuencias de la ya mencionada decisión para la construcción de las políticas de memoria y para los procesos de reparación psíquica individuales y sociales. Por último, se analizará la hipótesis de que la adopción de la tesis del acuerdo político deja clara la imposición de un olvido forzado acerca de las violaciones de derechos humanos ocurridas durante el régimen militar, lo que se traduce en la perpetuación de las violaciones contemporáneamente.

Palabras clave: Amnistía. Memoria.

11.1 Introdução

No julgamento da Ação de Descumprimento de Precepto Fundamental (ADPF) nº 153, o Supremo Tribunal Federal (STF) entendeu pela conformidade com a Constituição da interpretação do art. 1º, § 1º, da Lei de Anistia (6.683/79) segundo a qual estariam incluídos entre os crimes conexos os crimes de homicídio, desaparecimento forçado, abuso de autoridade, lesões corporais, estupro e atentado violento ao pudor, entre outros, praticados por agentes públicos contra opositores políticos ao regime militar.

Na ocasião, um dos principais argumentos utilizados pelo Ministro relator do acórdão Eros Grau para embasar a decisão foi que a referida lei significou um acordo político entre a sociedade civil e o governo militar, negociado e promulgado no âmbito do Congresso Nacional, razão pela qual não caberia ao Poder Judiciário revê-la. Isso significou, portanto, o impedimento da persecução penal dos agentes estatais responsáveis por tais violações.

A decisão da ADPF 153 tornou-se emblemática, primeiramente, por ir de encontro ao desenvolvimento da Justiça de Transição na

América Latina e no mundo, além de ignorar robusta jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos, que já havia entendido pela incompatibilidade das leis de anistia de diversos países da região com a Convenção Americana de Direitos Humanos, a exemplo do ocorrido nos casos *Velásquez Rodríguez v. Honduras*, *Barrios Altos v. Peru* e *Almocinad Arellano v. Chile*.

Ademais, causou controvérsia a utilização da tese do acordo político acerca da lei de anistia brasileira. Ao longo do processo de abertura e mesmo durante o período democrático, a anistia assumiu diversos significados, que moldaram o próprio conceito de Justiça de Transição no Brasil. Se, por um lado, a anistia como esquecimento foi defendida pelos militares a fim de completar uma transição controlada, por outro, os militantes defendiam a anistia enquanto liberdade, que exigia o fim dos órgãos de repressão, o esclarecimento e punição dos responsáveis pelos presos, mortos e desaparecidos políticos.

Assim, a decisão do STF evidencia a existência de uma disputa pela construção da política de memória no Brasil. Embora instruída pelo passado histórico, a memória significa também a reapropriação desse passado e a produção de novos discursos históricos para a construção do futuro, de maneira que a disputa aqui analisada apresenta-se como uma disputa pelos significados da própria transição democrática brasileira.

A partir da constatação desse problema, o presente trabalho buscará compreender de que forma memória e justiça tornam-se pilares indissociáveis na Justiça de Transição brasileira, especialmente diante dos impactos da decisão na ADPF 153 para os processos de reparação psíquica individuais e também sociais. Por fim, analisará a hipótese de que a adoção da tese do acordo político explicita a imposição de um esquecimento forçado acerca das violações de direitos humanos ocorridas durante o regime militar, o que tem como consequência a perpetuação dessas violações ainda hoje.

11.2 O discurso histórico no julgamento da ADPF 153

O que se compreende hoje por Justiça de Transição começou a desenvolver-se no período após a Segunda Guerra Mundial, com

os julgamentos de Nuremberg. De início focava-se na responsabilização penal no plano do Direito Internacional pelos crimes de guerra e violações de direitos humanos. Apenas a partir dos anos 1980, entretanto, com a expansão da democratização ao redor do mundo, a exemplo do ocorrido após a queda da União Soviética e o fim dos governos ditatoriais que dominavam boa parte da América do Sul e Central, o processo de desenvolvimento da Justiça de Transição se consolidou. Já nesse contexto, ela passou a encampar um amplo rol de medidas estatais, não apenas de cunho judicial, tomadas após períodos de conflito³.

Atualmente, é entendida como um conjunto de processos e mecanismos judiciais ou extrajudiciais desenvolvidos em uma sociedade em conflito ou pós-conflito, objetivando a construção de respostas às violações em massa de direitos humanos e a transição para o Estado de Direito, que se fundamenta em quatro pilares básicos: o direito à justiça, o direito à memória e à verdade, o direito à reparação e o direito à promoção de reformas institucionais. Embora não exista um modelo pré-determinado com aplicabilidade global, uma política integral de Justiça de Transição envolve, principalmente, as ações penais em face dos principais responsáveis pelas violações, as reparações como forma de reconhecimento dos danos sofridos, a reforma das instituições públicas utilizadas para os abusos e a criação de Comissões da Verdade ou outras formas de investigação⁴.

As experiências construídas no Cone Sul foram de grande importância para a consolidação do entendimento contemporâneo da Justiça de Transição. A trágica história comum que uniu esses países durante meados do século XX, com ditaduras civis-militares marcadas pelo uso sistemático e institucionalizado da violência contra os opositores, deu origem, a partir da segunda metade da década de 1980, a processos de transição que se influenciaram mutuamente. Com o pioneirismo da Argentina nas primeiras persecuções penais dos comandantes das Juntas, as experiências espalharam-se de maneira que, atualmente, os julgamentos domésticos de agentes estatais

3. TEITEL, Ruti. *Transitional Justice Genealogy*. *Harvard Human Rights Journal*, v. 16, p. 69-74, 2003.

4. ZYL, Paul Van. *Promovendo a Justiça Transicional em Sociedades Pós-Conflito*. *Revista Anistia Política e Justiça de Transição*, Brasília, Ministério da Justiça, n. 1, p. 33-34, jan./jun. 2009.

por violações de direitos humanos de países das Américas do Sul e Central representam mais da metade dos julgamentos desse tipo ocorridos no mundo⁵.

Os direitos associados à Justiça de Transição são inter-relacionados e a construção de uma política efetiva para a superação de longos períodos de violação sistemática dos direitos humanos depende da conjugação estratégica dessas medidas a depender do contexto cultural, político e social de cada país. Na efetivação destes direitos, não há um roteiro de ação pré-determinado ou válido globalmente, sendo certo que a melhor solução deverá ser encontrada diante da cada realidade.

Na África do Sul, por exemplo, na transição após o regime de *apartheid*, instituiu-se uma Comissão da Verdade e Reconciliação que focava especialmente no esclarecimento da verdade através dos relatos de vítimas e dos algozes de violações de direitos humanos, com pouco ou nenhuma ênfase na responsabilização judicial. Construiu-se esse modelo a partir do argumento da oposição entre justiça e verdade comumente difundido por aqueles contrários à persecução penal individual dos agentes estatais, segundo o qual os julgamentos trariam mais instabilidade política ao país de democracia ainda frágil e impediriam o esclarecimento da verdade e a reconciliação nacional⁶.

No caso brasileiro, a Justiça de Transição está inserida no contexto da transição política, ainda em andamento, da Ditadura Militar (1964-1985) para o regime democrático instaurado pela Constituição da República de 1988 e consubstancia-se em uma série de políticas estatais que também são, em regra, extrajudiciais.

A efetivação dos direitos à memória e à verdade, por exemplo, ganhou força desde a constituição da Comissão Especial sobre Mortos e Desaparecidos, pela Lei 9.140/1995, até mais recentemente com a instituição da Comissão Nacional da Verdade, através da Lei 12.582/2011. Complementarmente, o trabalho pelo direito à

5. SIKKINK, Kathryn; WALLING, Carrie Booth. The Impact of Human Rights Trials in Latin America. *Journal of Peace Research*. v. 44, n. 4, p. 431-432, 2007. Disponível em: <<http://www.unc.edu/~fbaum/teaching/articles/J-Peace-Research-2007-Sikkink.pdf>>.

6. TEITEL, Ruti. Transitional Justice Genealogy. *Harvard Human Rights Journal*, v. 16, p. 81-83, 2003.

reparação, amparado no artigo 8º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias e posteriormente regulamentado pela Lei nº 10.559/2002, intensificou-se com a criação da Comissão de Anistia, que além de analisar os requerimentos de reparação de cunho patrimonial, inaugurou a prática do ato simbólico de pedido de desculpas oficiais por parte do Estado brasileiro.

Todavia, o direito à justiça, entendido nesse caso como responsabilização penal dos agentes de estado perpetradores de violações de direitos humanos, permanece em aberto como consequência da decisão do STF na ADPF nº 153, como será detalhado em seguida. Diante do contexto brasileiro surgido após a referida decisão, serão especialmente relevantes para este trabalho as relações entre o direito à justiça e o direito à memória.

A Lei de Anistia (6.683/79) foi promulgada durante o governo do Gal. João Baptista de Oliveira Figueiredo, no contexto do discurso para uma transição política lenta e gradual, discurso este que incorporou à Lei de Anistia a estatura histórica – pelos menos na historiografia oficial – de um acordo político, ou seja, uma espécie de reconciliação nacional negociada entre os militares e a oposição⁷.

Decorridos trinta anos de sua promulgação, todavia, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil ajuizou a Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 153, requerendo ao Supremo Tribunal Federal a fixação de interpretação conforme a Constituição do disposto no art. 1º, § 1º, da Lei de Anistia, que prevê: “Consideram-se conexos, para efeito deste artigo, os crimes de qualquer natureza relacionados com crimes políticos ou praticados por motivação política”.

Argumentava o Conselho Federal que a interpretação segundo a qual estariam incluídos entre os crimes conexos os crimes de homicídio, desaparecimento forçado, abuso de autoridade, lesões corporais, estupro e atentado violento ao pudor, entre outros, praticados por agentes públicos contra opositores políticos ao regime militar, violaria diversos preceitos fundamentais, razão pela qual

7. CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. Democracia sem espera e processo de constitucionalização: uma crítica aos discursos oficiais sobre a chamada “transição política brasileira”. In: CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade (Coord.). *Constitucionalismo e História do Direito*. Belo Horizonte: Pergamum, 2011, p. 210-211.

não teria sido recepcionada pela Constituição de 1988. Contudo, o Supremo Tribunal Federal decidiu, por maioria, pela improcedência do pedido formulado, julgando pela compatibilidade da Lei da Anistia com a atual ordem constitucional democrática e impedindo, portanto, a persecução penal dos crimes praticados por agentes públicos contra opositores políticos ao regime militar⁸.

Um dos principais argumentos sustentados pelo Ministro relator do acórdão Eros Grau para embasar a decisão é justamente a existência de uma suposta transição conciliada, “suave em razão de certos compromissos⁹”, a qual não caberia ao Poder Judiciário rever, visto ser resultado de um texto de lei que só poderia ser revisto pelo Poder Legislativo. Na oportunidade, portanto, o STF encampou a compreensão jurídica e histórica hegemônica de que aprovação da anistia de 1979 pelo Congresso Nacional constituiu-se num acordo político entre amplos setores da sociedade¹⁰.

Acontece que, como bem ressalta Cristiano Paixão, este era o discurso oficial defendido pelos militares no contexto da transição controlada por eles a fim de ocultar e minimizar a mobilização dos opositores ao regime na luta pela responsabilização dos agentes estatais:

E o golpe de 1964 também estabeleceu vínculos com o futuro. Ao propor-se como ‘revolução’, ao invocar o ‘poder constituinte revolucionário’, o movimento lançou as bases de uma disputa conceitual que perduraria mesmo após o fim do regime. Ao controlar o tempo da transição, os militares que estiveram no poder entre 1964 e 1985 puderam conferir um ritmo lento e gradual às transformações políticas (ver a narrativa fornecida por Leonardo Barbosa, 2012). Com grande

8. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 153/DF. Relator Ministro Luiz Fux. Julgado em: 29/04/2010, DJ 05-08-2010.

9. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de descumprimento de preceito fundamental nº 153/DF. Relator Ministro Luiz Fux. Julgado em 29/04/2010, DJ 05-08-2010. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=612960>>. Acesso em: 13 fev. 16, p. 37.

10. ABRÃO, Paulo; TORELLY, Marcelo D. Mutações do conceito de anistia na justiça de transição brasileira. *Revista Brasileira de Direito*, ano 2, v. 3, p. 360, jul./dez. 2012.

participação de setores da política – mesmo entre o partido consentido de Oposição –, essa transição controlada deixou marcas que persistem influenciando o campo de aquisição e a negação de direitos. Um exemplo significativo desse ‘legado’, aqui compreendido como fardo, como ônus, é a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal na ADP F nº 153¹¹.

O posicionamento adotado pelo STF explicita, portanto, a existência de uma disputa pelo significado da anistia e, consequentemente, uma disputa pelos discursos históricos que prevalecem na memória da coletividade acerca da transição política brasileira, o que será tratado em seguida.

11.3 A tese do acordo político e a disputa pela memória

Como visto, no julgamento da ADPF 153 o STF encampou a tese jurídica e histórica de que a Lei de Anistia brasileira foi fruto de um acordo político, construído através de amplo debate entre a sociedade civil e os militares que então deixavam o governo. Ocorre que uma análise mais cuidadosa do processo de negociação e aprovação da referida lei explicita, ao contrário, uma divergência muito clara entre o que desejavam os militares e o que desejava a sociedade civil mobilizada em torno da anistia ampla, geral e irrestrita.

Paulo Abrão e Marcelo Torelly destacam a existência de duas concepções distintas sobre a anistia brasileira, que seguiram paralelas através da história e de tamanha importância que definem até o próprio significado de Justiça de Transição no Brasil: por um lado, a anistia enquanto impunidade e esquecimento, defendida pelos militares e seus apoiadores a fim de completar uma transição controlada; por outro, a anistia enquanto liberdade, que exigia o fim dos órgãos de repressão, o esclarecimento e punição dos responsáveis pelos presos, mortos e desaparecidos políticos¹².

11. PAIXÃO, Cristiano. Direito à verdade, à memória e à reparação. In: SOUSA JÚNIOR, José Geraldo et al. (Orgs.). *O direito achado na rua: introdução crítica à justiça de transição na América Latina*, 1ª. Ed, Brasília: UnB, 2015.

12. ABRÃO, Paulo; TORELLY, Marcelo D. Mutações do conceito de anistia na justiça de transição brasileira. *Revista Brasileira de Direito*, ano 2, v. 3, p. 357, jul./dez. 2012.

A partir desses discursos históricos sobre a anistia, construíram-se paralelamente duas perspectivas sobre os mecanismos da Justiça de Transição no Brasil. O discurso oficial, que foi adotado pelo Poder Judiciário brasileiro mediante apenas atualizações jurisprudenciais, propugna uma anistia que inclui entre os crimes conexos aqueles cometidos pelos agentes de estado contra os opositores do regime e, portanto, exclui o pilar da justiça como fundamental para uma transição política completa. Paralelamente, a anistia entendida enquanto liberdade exige que reparação e justiça caminhem junto à memória e à verdade na transição brasileira.

Por óbvio, não se pode ignorar que o resultado final da Lei de Anistia aprovada significou uma vitória ao menos parcial da sociedade civil mobilizada, já que permitiu o retorno dos exilados, a libertação dos presos que não participaram da resistência violenta e, de um modo geral, o reestabelecimento da possibilidade de exercício da cidadania. Entretanto, também significou o fortalecimento dos militares, no que Marcelo Torelly chama de “paradoxo da vitória de todos”:

É assim que, com sua promulgação em 28 de agosto de 1979, a Lei de Anistia brasileira entra para a história como um paradoxo: mesmo sem ser a lei desejada pela sociedade, é por ela apoiada e considerada uma grande vitória. A luta social desenvolvida entorno do tema da anistia, como afirmou Del Porto, constitui-se em canal de reestabelecimento de uma cidadania ativa, que voltou a articular-se. Nesse sentido, a anistia de fato representa uma vitória social sobre o regime. De outro lado, o regime igualmente sai do processo fortalecido. Paradoxalmente, a estratégia de abertura formulada passa a ganhar vida: ‘perdoam-se’ os crimes políticos, mantém-se encarcerados (pelo menos por mais algum tempo) os membros da resistência violenta e, ainda, sinaliza-se de forma inequívoca um processo de abertura¹³.

Entretanto, algumas questões sobre o contexto político da aprovação da Lei 6.683/79 precisam ser consideradas. Em 1979, a

13. TORELLY, Marcelo D. *Justiça transicional e Estado Constitucional de Direito: perspectiva teórico-comparativa e análise do caso brasileiro*. Dissertação de Mestrado. Universidade de Brasília. Faculdade de Direito. Brasília: novembro de 2010. p. 167.

representatividade política do Congresso Nacional era bastante restrita: com os senadores biônicos, muitos parlamentares não eram eleitos pelo voto direto e atuavam como meros representantes de interesses dos militares, sendo que a oposição existente à época era uma oposição consentida e controlada. O projeto de lei enviado para o Congresso não contou nem mesmo com a participação da ARENA, tendo sido redigido por membros do executivo e aprovado com poucas modificações, nenhuma das quais garantia a anistia ampla, geral e irrestrita pela qual lutavam os Comitês Brasileiros de Anistia¹⁴. Além disso, é difícil pensar na possibilidade de igualdade numa negociação em que se tem “de um lado, os governantes e a força de suas armas, de outro, a sociedade civil criminalizada, presa ou pelas grades de ferro ou pelas leis ilegítimas de exceção¹⁵”.

Como ressaltado, a Lei de Anistia foi promulgada no contexto do discurso oficial por uma abertura política lenta e gradual e ganhou por isso a estatura histórica de acordo político. Este entendimento foi acolhido pelo STF para justificar sua incompetência em dar interpretação da norma conforme a Constituição, muito embora contradiga uma análise mais cuidadosa do contexto histórico de aprovação da lei. Verifica-se, então, a existência de uma disputa pela memória, ou seja, de uma disputa pela construção dos discursos históricos que se formarão a respeito do período¹⁶ já que, no caso brasileiro, o discurso do caráter negocial da transição política se opõe àquele que defende a impossibilidade de acordo pela inexistência, naquele momento histórico, de partes aptas a celebrá-lo¹⁷.

14. MEYER, Emilio Peluso Neder. Responsabilização por graves violações de direitos humanos na ditadura de 1964-1985: a necessária superação da decisão do Supremo Tribunal Federal na ADPF nº 153/DF pelo Direito Internacional dos Direitos Humanos. Tese de Doutorado. Universidade Federal de Minas Gerais. Faculdade de Direito. Belo Horizonte: 2012. p. 100.

15. ABRÃO, Paulo; TORELLY, Marcelo D. Mutações do conceito de anistia na justiça de transição brasileira. *Revista Brasileira de Direito*, ano 2, v. 3, p. 361, jul./dez. 2012.

16. CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. Democracia sem espera e processo de constitucionalização: uma crítica aos discursos oficiais sobre a chamada “transição política brasileira”. In: CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade (Coord.). *Constitucionalismo e História do Direito*. Belo Horizonte: Pergamum, 2011, p.228.

17. CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade; MEYER, Emilio Peluso Neder. Anistia, História Constitucional e Direitos Humanos. In: CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade (Coord.). *Constitucionalismo e História do Direito*. Belo Horizonte: Pergamum, 2011, p. 268-269.

Ressaltando essa oposição, Heloisa Greco narra o trabalho desenvolvido pelos Comitês Brasileiros de Anistia, criados a partir de 1978 em núcleos espalhados por todo o Brasil, na luta pela anistia, enfrentando o discurso construído pelo regime para garantir a transição que os militares desejavam:

Aí está o marco da singularidade da luta pela anistia: seu caráter eminentemente instituinte, independente, popular e de enfrentamento à ditadura militar. Esta constitui o inimigo a ser combatido, não um eventual interlocutor a ser depositário de reivindicações pontuais. Pela primeira vez, um movimento social assume como conteúdo programático a construção de uma contramemória e um contradiscurso referenciados no resgate da memória do terror de Estado desde a perspectiva daqueles que sofreram e combateram a sua opressão¹⁸.

Para analisar a complexidade da construção desta contramemória, vale recorrer a Paul Ricoeur para esclarecer que “as questões em jogo dizem respeito à memória já não como simples matriz da história, mas como reapropriação do passado histórico por uma memória que a história instruiu e muitas vezes feriu¹⁹”. Portanto, a construção de uma política de memória, embora instruída pelo passado histórico, significa também a reapropriação desse passado e a produção de novos discursos históricos. Especialmente quando se trata da história cultural, a memória passa de matriz ao próprio objeto da história, confundindo-se com a memória efetiva dos indivíduos e comunidades, como ocorre com os testemunhos das vítimas na busca pelo direito à verdade²⁰.

18. GRECO, Heloisa. Direito à memória, à verdade e à justiça: a luta pela anistia ampla, geral e irrestrita. In: SOUSA JÚNIOR, José Geraldo et al. (Orgs.). *O direito achado na rua: introdução crítica à justiça de transição na América Latina*, 1. Ed, Brasília: UnB, 2015.

19. RICOEUR, Paul. *Memória, História, Esquecimento*. Palestra proferida na conferência “Haunting Memories? History in Europe after Authoritarianism”. Budapeste. Março de 2003. Disponível em: <http://www.uc.pt/fluc/lif/publicacoes/textos_disponiveis_online/pdf/memoria_historia>. Acesso em: 14 fev. 2016.

20. RICOEUR, Paul. *Memória, História, Esquecimento*. Palestra proferida na conferência “Haunting Memories? History in Europe after Authoritarianism”. Budapeste. Março de

Se o sofrimento das vítimas anônimas tendia a desaparecer num cenário anterior à construção do que se entende hoje por Justiça de Transição, a partir do pós-guerra os testemunhos, a verdade, a memória e a responsabilização dos perpetradores dessa violência não podem mais ser dissociados.

Nos dizeres de François Hartog, para os crimes de lesa humanidade “o criminoso segue sendo contemporâneo de seu crime até sua morte, do mesmo modo que permanecemos ou nos fazemos contemporâneos²¹” desses feitos. Assim, não só as vítimas, mas todos os cidadãos são contemporâneos dessa violência e, como se analisará adiante, a anistia não pode significar um esquecimento forçado, ocultado sob a tese de um acordo amplo e pacífico, porque memória, verdade e justiça são indissociáveis.

11.4 A indissociabilidade entre memória e justiça

Como abordado, a Justiça de Transição compreende uma multifacetada gama de ações, intervenções e direitos, não se restringido à revogação de leis e reforma de instituições ou reparação financeira individual de vítimas. Ao contrário, busca-se a superação do passado de atrocidades e violações que assolou toda uma sociedade e, portanto, as medidas tomadas para tal finalidade devem ser capazes de adaptar-se às diferentes sociedades e aos diferentes sofrimentos e ainda oferecer respostas a todos os direitos associados à Justiça de Transição.

Diante de tamanha complexidade, a existência de uma disputa institucional pelos significados da anistia e do legado da Ditadura Militar, torna-se problemática porque nega, ainda que incidentalmente, a existência de uma repressão violenta e sistemática no contexto de aprovação da Lei de Anistia. Ao afirmar a possibilidade de um debate democrático à época – o que seria a única forma de construção de um acordo político legítimo – o STF emite um pronunciamento oficial e dificilmente mutável do silenciamento e do

2003. Disponível em: <http://www.uc.pt/fluc/lif/publicacoes/textos_disponiveis_online/pdf/memoria_historia>. Acesso em: 14 fev. 2016.

21. HARTOG, François. El tiempo de las víctimas. *Revista de Estudios Sociales*, nº 44, dezembro de 2012. p. 13.

esquecimento forçado²², justamente o efeito pretendido pelos militares em 1979.

Como nos traz Emilio Meyer, discorrendo sobre as diferenças indicadas por Ricouer entre os papéis do juiz e do historiador: enquanto o juiz deve decidir sobre um fato passado reequilibrando vítima e perpetrador, em um pronunciamento que tende a imutabilidade; o historiador deve justamente abster-se de fazê-lo, ou seja, não deve assumir uma postura parcial e, caso o faça, sua posição estará constantemente sujeita à crítica e à permanente revisão²³. Por isso, “não se pode desconsiderar quão gravemente pode ser ferida a responsabilidade política de um tribunal que, além de se arvorar em historiador, o faz sob a possibilidade da coisa julgada²⁴”.

É justamente a coisa julgada que faz crescer a gravidade de uma decisão judicial que rompe com o desenvolvimento da memória social sobre a anistia de 1979, reconstruída na tentativa de opor-se ao discurso oficial de transição acordada politicamente. Abrão e Torelly²⁵ trazem as mutações sofridas pelo conceito de anistia, que surge na luta popular da década de 1970 como sinônimo de liberdade para os presos políticos, mas acaba consolidando-se com o sentido de impunidade e esquecimento na Lei 6.683/79, aprovada nos termos desejados pelo regime. Ainda que tenha perdurado como «amnésia institucional²⁶» durante algum tempo, a resiliência dos perseguidos e suas famílias em continuar a lutar por uma anistia que respeitasse a memória e a verdade levou a modificações no seu entendimento no Brasil²⁷.

22. GAGNEBIN, Jeanne Marie. O preço de uma reconciliação extorquida. In: TELES, Edson; SAFATLE, Vladimir (Orgs.). *O que resta da ditadura: a exceção brasileira*. São Paulo: Boitempo, 2010.

23. MEYER, Emilio Peluso Neder. Responsabilização por graves violações de direitos humanos na ditadura de 1964-1985: a necessária superação da decisão do Supremo Tribunal Federal na ADPF nº 153/DF pelo Direito Internacional dos Direitos Humanos. Tese de Doutorado. Universidade Federal de Minas Gerais. Faculdade de Direito. Belo Horizonte: 2012. p. 112.

24. Idem, p. 103.

25. ABRÃO, Paulo; TORELLY, Marcelo D. Mutações do conceito de anistia na justiça de transição brasileira. *Revista Brasileira de Direito*, ano 2, v. 3, p. 357-379, jul./dez. 2012.

26. RICOUER, Paul. *Le juste*. Paris: Editions Esprit, p. 205206, 1995.

27. ABRÃO, Paulo; TORELLY, Marcelo D. Mutações do conceito de anistia na justiça de transição brasileira. *Revista Brasileira de Direito*, ano 2, v. 3, p. 360, jul./dez. 2012.

Desenha-se aqui um exemplo da intrincada relação entre justiça e memória no campo da Justiça Transicional. A memória, pensada como matriz da história e canal de reapropriação do passado²⁸, permeia e baseia todos os momentos do procedimento decisório em uma situação como o julgamento da ADPF 153. Seu papel fica ainda mais evidente com a já mencionada adoção, no voto do Ministro relator, do discurso histórico oficial defendido pelo regime militar, ou seja, do discurso de anistia enquanto esquecimento.

Gagnebin traz diversos significados de esquecimento, utilizando-se de Freud, Proust, Derrida e Ricouer. Dentre eles, as dimensões positivas do esquecimento são relacionadas a um doloroso processo de elaboração das memórias que, uma vez completado, pacifica a relação com o passado e abre caminho para novas experiências, aprendizados, novas formas de viver. Ressalta a autora que não se busca uma negação do passado, mas seu reconhecimento como fato vivido²⁹. O cerne da positividade desse esquecimento estaria justamente em admitir a ocorrência do fato passado e, a partir disso, trabalhar essa memória – ainda que dolorosa – para alcançar um nível de resolução que permita viver-se bem com ela.

Esse processo de reparação pode ser individual ou social e ocorre principalmente através do testemunho, ou seja, da “possibilidade de dar voz, relatar, registrar, fazer ouvir e inscrever o vivido traumático, para torná-lo história e experiência³⁰”. Individualmente, o testemunho e a reparação psíquica permitem que o cidadão deixe de ser apenas vítima e torne-se sujeito que participou e ainda participa das vivências coletivas, que personifica e humaniza os mortos, presos e desaparecidos e o seu sofrimento³¹.

28. RICOUER, Paul. *Memória, História, Esquecimento*. Palestra proferida na conferência “Hauting Memories? History in Europe after Authoritarianism”. Budapeste. Março de 2003. Disponível em: <http://www.uc.pt/fluc/lif/publicacoes/textos_disponiveis_online/pdf/memoria_historia>. Acesso em: 14 fev. 2016

29. GAGNEBIN, Jeanne Marie. O preço de uma reconciliação extorquida. In: TELES, Edson; SAFATLE, Vladimir (Orgs.). *O que resta da ditadura: a exceção brasileira*. São Paulo: Boitempo, 2010, p. 179.

30. OCARIZ, Maria Cristina. A psicanálise e as consequências psíquicas dos fenômenos ditatoriais. In: OCARIZ, Maria Cristina (Org.). *Violência de Estado na ditadura civil-militar brasileira (1964-1985): Efeitos psíquicos e Testemunhos clínicos*. São Paulo: Escuta, 2015, p. 129.

31. Idem. p. 129

Todavia, este é um processo “a um só tempo, subjetivo e coletivo, terapêutico e político³²” e os testemunhos têm também uma importância para a construção de uma memória compartilhada³³ que reconheça o fato histórico doloroso e torne todos os cidadãos sujeitos contemporâneos dos crimes cometidos, mas aptos a propor novas formas de viver.

Do lado oposto, a dimensão negativa do esquecimento é aquela que nega a existência do fato conturbado, impondo seu esquecimento, como ocorrido com a anistia aprovada no Brasil em 1979³⁴ e reiterado pelo STF no julgamento da ADPF 153. Além de proteger integralmente violadores de direitos humanos a serviço da repressão estatal e apenas parcialmente aqueles que resistiram à Ditadura, essa anistia apresenta-se como anistia “restrita e concedida³⁵”, ou seja, como ocultação do projeto popular de anistia.

Entende-se, portanto, que o esquecimento e a negação do fato doloroso vivido impedem o desvelamento de uma verdade social cruel de violações de direitos humanos institucionalizadas pelo regime ditatorial, sendo que o trauma não trabalhado, não dito, dá azo à repetição:

[...] as situações traumáticas devem ser recordadas e elaboradas. Tal necessidade de elaboração pode ser observada tanto nas modalidades de retorno do sofrimento psíquico de cada sujeito, quanto nas repetições de fatos violentos e traumáticos que marcam as sociedades governadas com base na supressão da experiência histórica. A falta de verdade abre caminho para a repetição como sintoma social³⁶.

32. *Ibidem*. p. 129

33. *Ibidem*, p. 146.

34. GAGNEBIN, Jeanne Marie. O preço de uma reconciliação extorquida. In: TELES, Edson; SAFATLE, Vladimir (Orgs.). *O que resta da ditadura: a exceção brasileira*. São Paulo: Boitempo, 2010, p. 179.

35. GRECO, Heloisa. Direito à memória, à verdade e à justiça: a luta pela anistia ampla, geral e irrestrita. In: SOUSA JÚNIOR, José Geraldo et al. (Orgs.). *O direito achado na rua: introdução crítica à justiça de transição na América Latina*, 1. Ed. Brasília: UNB, 2015, p. 297.

36. OCARIZ, Maria Cristina. A psicanálise e as consequências psíquicas dos fenômenos ditatoriais. In: OCARIZ, Maria Cristina (Org.). *Violência de Estado na ditadura civil-*

Vale ressaltar que, embora “justiça” possa assumir entendimentos amplos e diversos, no presente trabalho trata-se da judicialização de eventos ocorridos durante um passado de atrocidades, em especial, da perseguição penal individual dos agentes estatais perpetradores de violações de direitos humanos. A decisão da ADPF 153, ao encampar o discurso histórico oficial, não só reforça o silenciamento das vítimas e enfraquece a luta pela contramemória, como tem, por resultado principal, o soterramento da possibilidade de efetivação plena da justiça na transição democrática brasileira, uma vez que mantém a impunidade pelas violações sistemáticas de direitos humanos.

Ainda, a disputa pela construção da memória coletiva oculta o fato de que existem danos, culpas e responsabilidades sociais, que, se reconhecidos, teriam efeitos reparatórios sociais, mas também para as vítimas³⁷. Desta forma, a impunidade aberta pelo posicionamento do STF na ADPF 153 obstrui não só a reparação coletiva, mas também invisibiliza o sofrimento de cada família e cada cidadão perseguido, torturado ou morto, pois a memória atende ao interesse do corpo social, para permitir ao cidadão contemporâneo construir o devir, mas também dos que sofreram diretamente e procuram por justiça³⁸.

Assim é que o Brasil vê-se diante de um legado de impunidade, não trabalhado, não redimido, não superado, mas negado, que significa na atualidade a permanência desse passado, da violência estatal, do silêncio, do abuso de autoridade, da opacidade da coisa pública:

Esse passado que insiste em perdurar de maneira não reconciliada no presente, que se mantém como dor e tormento, esse passado não passa. Ele ressuscita de maneira infame nos

militar brasileira (1964-1985): Efeitos psíquicos e Testemunhos clínicos. São Paulo: Escuta, 2015, p. 145.

37. OCARIZ, Maria Cristina. A psicanálise e as consequências psíquicas dos fenômenos ditatoriais. In: OCARIZ, Maria Cristina (Org.). *Violência de Estado na ditadura civil-militar brasileira (1964-1985): Efeitos psíquicos e Testemunhos clínicos*. São Paulo: Escuta, 2015, p.132.

38. RUDGE, Lia Lima Telles *et al.* O trauma, a palavra e a memória na Clínica do Testemunho. In: OCARIZ, Maria Cristina (Org.). *Violência de Estado na ditadura civil-militar brasileira (1964-1985): Efeitos psíquicos e Testemunhos clínicos*. São Paulo: Escuta, 2015, p.151.

inúmeros corpos torturados e mortos, mortos muitas vezes anônimos, jogados nos terrenos baldios ou nas caçambas de lixo³⁹.

Ademais, o esquecimento forçado imposto pela Lei de Anistia terminou por limitar a um pequeno círculo da população brasileira o conhecimento da amplitude e crueldade da repressão estatal, bem como da importância da resistência política, que é, então, tida como vítima culpada pelas violências sofridas. Chega-se, assim, a um quadro de incondicional “perdão institucional⁴⁰” dos crimes da ditadura, impossibilitando tentativas de reformas no sistema de segurança pública, que se manteve incólume sob afirmações de que combatia inimigos que só com o uso da barbárie cairiam.

Transformam-se os alvos, mas subsiste a violência. A permanência massiva e sistemática da violência estatal não pode, entretanto, ser atribuída apenas a seu braço armado, mas também a todo um sistema, judicial e político, que é complacente e beneficia-se dessa situação. O judiciário que negou a efetivação da justiça aos torturados e desaparecidos de então continua negando, hoje, às vítimas contemporâneas, um patamar de igualdade política e jurídica aos seus torturadores⁴¹.

11.5 Conclusão

Ao analisar o julgamento da ADPF 153 face ao contexto histórico de aprovação da Lei de Anistia brasileira, verifica-se que é pertinente a crítica à incorporação pelo STF da tese do acordo político. Ao ignorar a existência de uma disputa pelos significados históricos da anistia e da própria transição democrática brasileira, o tribunal ignora a luta dos Comitês Brasileiros de Anistia e de todos os presos,

39. GAGNEBIN, Jeanne Marie. O preço de uma reconciliação extorquida. In: TELES, Edson; SAFATLE, Vladimir (Orgs.). *O que resta da ditadura: a exceção brasileira*. São Paulo: Boitempo, 2010, p. 185.

40. SILVEIRA, Felipe Lazzari. *A Tortura Continua!*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015. p.120.

41. Idem, p. 58.

torturados, exilados e seus familiares no enfrentamento do discurso construído pelo regime para garantir a transição enquanto impunidade e esquecimento.

Ao assumir que só existe um conceito da anistia, pacificamente acordado entre militares e sociedade civil, paradoxalmente assume-se o discurso oficial defendido pelos militares e confirma-se aquela anistia concedida de forma controlada e restrita. Ou seja, a negação dessas facetas da Lei de Anistia significa o acolhimento de uma anistia enquanto esquecimento forçado, que se recusa a enfrentar as violações sistemáticas de direitos humanos ocorridas durante o regime militar e perpetua um legado de desconhecimento e impunidade.

A negação do fato doloroso vivido impede o desvelamento de uma verdade social e de diversas verdades individuais cruéis, tornando-se um trauma não trabalhado que inviabiliza os processos individuais e coletivos de reparação psíquica. Apenas a construção de uma memória compartilhada que reconheça o fato histórico doloroso e torne todos os cidadãos sujeitos contemporâneos dos crimes cometidos poderia construir na sociedade brasileira a efetiva transição democrática, tornando a coletividade mais apta a propor novas formas de viver, distantes dessa violência.

Entretanto, aliado ao braço armado do Estado, o Poder Judiciário negou aos perseguidos políticos e continua negando às vítimas e à sociedade brasileira contemporânea o direito à justiça face às sistemáticas violações de direitos humanos, porque as memórias ocultadas “são como bichos selvagens que voltam a nos atormentar quando menos queremos⁴²”.

Referências

ABRÃO, Paulo; TORELLY, Marcelo D. Mutações do conceito de anistia na justiça de transição brasileira. *Revista Brasileira de Direito*, ano 2, v. 3, p.357-379, jul./dez. 2012.

42. GAGNEBIN, Jeanne Marie. O preço de uma reconciliação extorquida. In: TELES, Edson; SAFATLE, Vladimir (Orgs.). *O que resta da ditadura: a exceção brasileira*. São Paulo: Boitempo, 2010. p. 183.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 153/DF. Relator Ministro Luiz Fux. Julgado em: 29/04/2010, DJ 05-08-2010.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. Democracia sem espera e processo de constitucionalização: uma crítica aos discursos oficiais sobre a chamada “transição política brasileira”. In: CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade (Coord.). Constitucionalismo e História do Direito. Belo Horizonte: Pergamum, 2011, p. 207-247.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade; MEYER, Emílio Peluso Neder. Anistia, História Constitucional e Direitos Humanos. In: CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade (Coord.). Constitucionalismo e História do Direito. Belo Horizonte: Pergamum, 2011. p. 268-269.

GAGNEBIN, Jeanne Marie. O preço de uma reconciliação extorquida. In: TELES, Edson; SAFATLE, Vladimir (Orgs.). O que resta da ditadura: a exceção brasileira. São Paulo: Boitempo, 2010. p. 177-186.

GRECO, Heloisa. Direito à memória, à verdade e à justiça: a luta pela anistia ampla, geral e irrestrita. In: SOUSA JÚNIOR, José Geraldo et al. (Orgs.). O direito achado na rua: introdução crítica à justiça de transição na América Latina, 1. Ed, Brasília: UnB, 2015. p. 303-308.

HARTOG, François. El tiempo de las víctimas. Revista de Estudios Sociales, n. 44, p. 12-19, dez. 2012.

MEYER, Emilio Peluso Neder. Ditadura e Responsabilização: Elementos para uma justiça de transição no Brasil. Belo Horizonte: Ar-raes, 2012.

OCARIZ, Maria Cristina (Org.). Violência de Estado na ditadura civil-militar brasileira (1964-1985): Efeitos psíquicos e Testemunhos clínicos. São Paulo: Escuta, 2015.

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. In: Revista Anistia Política e Justiça de Transição. Brasília: Ministério da Justiça, n. 1, jan./jun. 2009, p. 320-351.

PAIXÃO, Cristiano. Direito à verdade, à memória e à reparação. In: SOUSA JÚNIOR, José Geraldo et al. (Orgs.). *O direito achado na rua: introdução crítica à justiça de transição na América Latina*. 1ª. ed, Brasília: UnB, 2015. p. 273-281.

RICOUER, Paul. *Le juste*. Paris: Editions Esprit, 1995.

_____. Memória, História, Esquecimento. PALESTRA PROFERIDA NA CONFERÊNCIA “HAUTING MEMORIES? History in Europe after Authoritarianism”. Budapeste. Março de 2003. Disponível em: <http://www.uc.pt/fluc/lif/publicacoes/textos_disponiveis_online/pdf/memoria_historia>. Acesso em: 14 fev. 2016.

SIKKINK, Kathryn; WALLING, Carrie Booth. The Impact of Human Rights Trials in Latin America. *Journal of Peace Research*, v. 44, n. 4, 2007, pp. 427-445. Disponível em: <<http://www.unc.edu/~fbaum/teaching/articles/J-Peace-Research-2007-Sikkink.pdf>>. Acesso em 12 fevereiro 2016.

SILVEIRA, Felipe Lazzari. *A Tortura Continua!*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

TEITEL, Ruti. Transitional Justice Genealogy. *Harvard Human Rights Journal*, v. 16, p. 69-94, 2003.

TORELLY, Marcelo D. Justiça transicional e Estado Constitucional de Direito: perspectiva teórico-comparativa e análise do caso brasileiro. Dissertação (Mestrado) – Universidade de Brasília. Faculdade de Direito, Brasília, nov. 2010.

ZYL, Paul Van. Promovendo a Justiça Transicional em Sociedades Pós-Conflito. *Revista Anistia Política e Justiça de Transição*, Brasília: Ministério da Justiça, n. 1, p. 32-55, jan./jun. 2009.

[[Volta ao Sumário](#)]

RESPONSABILIZAÇÃO INDIVIDUAL DE PERPETRADORES DE CRIMES CONTRA A HUMANIDADE EM REGIMES AUTORITÁRIOS: importância de sua implementação no contexto brasileiro

Raquel Cristina Possolo Gonçalves¹
Emilio Peluso Neder Meyer²

Resumo: O artigo aborda a responsabilização penal individual dos perpetradores de crimes contra a humanidade, tendo como objetivos o estudo da mesma em relação à sua importância, finalidades de sua implementação e resultados encontrados por estudos que compararam experiências de países que o asseguraram e aqueles que não o fizeram. A partir dessa análise teórica, buscou-se também observar como a responsabilização criminal individual tem sido tratada no contexto brasileiro.

Palavras-chave: Justiça de transição. Responsabilização individual. Crimes contra a humanidade.

1. Pesquisadora do Centro de Estudos sobre Justiça de Transição da UFMG, Brasil. Graduada em Direito pela UFMG, Brasil. Bacharel em Letras pela UFMG, Brasil. E-mail: possolo.raquel@gmail.com.

2. Professor Adjunto II da Faculdade de Direito da UFMG (Graduação e Pós-Graduação, Mestrado e Doutorado). Mestre e Doutor em Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da UFMG. Estágio Pós-Doutoral pelo *King's College Brazil Institute* (2014-2015). *King's College Transnational Law Summer Institute Fellow* (2015). Coordenador do Centro de Estudos sobre Justiça de Transição da UFMG (CJT/UFMG). Coordenador da Secretaria da Rede Latino-Americana de Justiça de Transição (2016-2017).

Abstract: This article deals with the individual criminal responsibility of perpetrators of crimes against humanity, having as its goals the study of this responsibility in relation to its importance, the purposes of its implementation and the results found by studies comparing experiences of countries that have ensured it and those that did not. From this theoretical analysis, we also aimed to observe how criminal responsibility has been treated in the Brazilian context.

Keywords: Transitional justice. Individual accountability. Crimes contra a humanidade.

12.1 Introdução

A responsabilização individual dos perpetradores de crimes contra a humanidade é uma demanda crescente da comunidade internacional, provindo de ativistas, militantes, advogados e juristas envolvidos com a normativa do Direito Internacional dos Direitos Humanos.³ Apesar de ser uma realidade em países como Argentina e Chile, no Brasil ainda há bastante dificuldade em se responsabilizar individualmente os agentes da ditadura que cometeram crimes contra a humanidade. Tais procedimentos de responsabilização justificam-se por resultarem em um aumento nos indicadores de direitos humanos em países que os promoveram, na assunção de um compromisso por parte dos Estados de que o novo regime democrático zela pelos direitos humanos e não admite violações aos mesmos. Eles poderiam possibilitar o fortalecimento do princípio do Estado de Direito, reforçando o ideal de que todos devem se submeter às leis. Portanto, os propósitos deste trabalho de estudo da responsabilização individual criminal são sua importância, objetivos de sua implementação e comparação de resultados de países que a estabeleceram e países que não.

3. A diferença entre *crimes contra a humanidade* e *graves violações de direitos humanos* caminha no sentido de que os primeiros dependeriam sempre de um ataque estatal generalizado e sistemático contra parte da população civil, ao passo que os segundos não. A gramática dos crimes contra a humanidade tem, cada vez mais, sido incorporada ao contexto brasileiro, ainda que a decisão da Corte Interamericana de Direitos Humanos tenha optado pela expressão “graves violações de direitos humanos” no caso Gomes Lund. Para uma discussão dos crimes contra a humanidade no contexto da ditadura brasileira de 1964-1985, cf. MEYER, 2015. De qualquer modo, adotaremos, para o fim deste artigo, as expressões como equivalentes.

A análise se dará então através de revisão de literatura, através das obras de Sikkink (2011), de um lado, e de Olsen, Payne e Reiter (2010), de outro. Esses estudos apresentam dados comparativos de países da região da América Latina que vivenciaram transições de regimes autoritários para a democracia, relacionando e comparando seus indicadores de direitos humanos. Será apresentado também um levantamento preliminar das ações criminais ajuizadas no Judiciário brasileiro pelo Ministério Público Federal (MPF) a fim de analisar as tentativas de responsabilização e seu desenvolvimento no contexto brasileiro.

Para tanto, serão abordados os seguintes tópicos: a) resgate histórico, características e origens da responsabilização individual por crimes contra a humanidade; b) definição e conceituação de crimes contra a humanidade; c) a interação entre procedimentos para a responsabilização individual e anistias; d) a anistia brasileira; e) a exigência de uma abordagem holística dos mecanismos da justiça transicional no caso brasileiro. Pretende-se justificar e ressaltar a necessidade da implementação de julgamentos que busquem a responsabilização individual dos agentes estatais perpetradores de crimes contra a humanidade através da supracitada abordagem holística.

12.2 Responsabilização individual dos agentes de Estado por crimes contra a humanidade

A busca pela responsabilização individual dos perpetradores de crimes contra a humanidade tem sido tema de debate entre pesquisadores, assim como tem havido um aumento na demanda da sociedade por sua efetivação, desde a década de 1980. Afirma-se residir na possibilidade real de um agente do Estado ser condenado e receber sanção a força que poderia modificar comportamentos violadores praticados mesmo após a transição entre os regimes (SIKKINK, 2011, p. 20).

A responsabilização individual é estabelecida judicialmente por meio de ações criminais levadas ao Judiciário após o regime autoritário, quando da implementação do regime democrático. Pode-se retomar o início da responsabilização individual nas condenações que ocorreram nos Tribunais de Nuremberg, de 1945 a

1949, assim como os julgamentos de Tóquio, ambos pós II Guerra Mundial (SIKKINK, 2011, p. 10). Porém, é na década de 1970 que tais procedimentos para responsabilização individual começam a ser tratados com os contornos atuais. Já durante a década de 1990, o número de julgamentos para a responsabilização apresenta um crescimento global, dando início ao que Sikkink (2011, p. 26) chama de *justiça em cascata*.

Segundo a pesquisadora, a *justiça em cascata* resultou de um esforço combinado de pequenos grupos de advogados, juristas, e ativistas, pioneiros em desenvolvimento de estratégias e de argumentos legais, que recrutavam demandantes e testemunhas, perseverando durante anos de desafios legais (SIKKINK, 2011, p. 29). Nota-se uma rápida difusão da ideia quase imediatamente após o fim da Guerra Fria e a queda da União Soviética entre os anos de 1989 e 1991: essa difusão por inúmeros países é que poderia ser representada pela ideia de córregos que, ganhando densidade, passam a se espalhar por diferentes ordens jurídicas. Essas perseguições não pretendem representar uma única forma de resolver os males da sociedade e seus resultados possivelmente ficarão aquém do esperado. Porém, representam um avanço em relação ao passado de completa falta de responsabilização, segundo Sikkink (2011, p. 33).

A tese da *justiça em cascata* não necessariamente implica em uma condenação dos perpetradores, mas ainda assim, seria capaz de “remeter a um deslocamento a respeito da legitimidade das normas sobre responsabilidade individual por violações de direitos humanos e um sucessivo aumento de perseguições criminais em nome daquela norma” (MEYER, 2013, p. 275).

Dessa forma, os processos que buscam a responsabilização individual dos perpetradores de graves violações de direitos humanos refletem não apenas exemplos de punição, mas tem uma forte carga simbólica capaz de demonstrar que naquele Estado em que ocorrem as perseguições há uma preocupação com os direitos humanos, sua promoção e punição de suas violações (SIKKINK, 2011, p. 255). A normativa do Direito Internacional dos Direitos Humanos tem ganhado força e o aumento nos julgamentos de responsabilização individual se deu em torno de três pressupostos básicos: a definição de que as violações perpetradas não são atos de Estado; o pressuposto de que eles são crimes cometidos por indivíduos, os quais podem

ser processados; e, o de que eles são detentores de direitos, como a serem submetidos ao devido processo legal (SIKKINK, 2011, p. 17; MEYER, 2013, p. 275).

A justiça de transição fornece um conjunto normativo que fundamenta a responsabilização penal individual dos perpetradores de graves violações de direitos humanos quando do advento dos regimes democráticos. A transição de um regime autoritário para a democracia foi muito debatida por cientistas políticos durante as décadas de 1970 e 1980 (p. ex. O'DONNELL e SCHMITTER, 1986); suas principais preocupações se centravam em construir uma orientação capaz de auxiliar a conclusão dessas transições, sempre sob a forte influência de um temor pelo retorno do autoritarismo, caso as medidas adotadas nas transições fossem por demais agressivas contra o regime anterior (QUINALHA, 2013, p. 86).

Para esses estudiosos, a transição seria o intervalo entre um regime político e outro. Apenas durante esse período ela incidiria, com seu início no processo de dissolução do Estado autoritário e encerramento no momento em que o próximo regime fosse instalado (O'DONNELL; SCHMITTER, 1986, p. 6). Segundo O'Donnell e Schmitter, a transição se encerraria assim que a anormalidade não constituísse mais a principal característica, dando lugar à normalidade, que atuaria a partir daquele momento em que atores políticos estabelecem e cumprem um conjunto normativo específico, relacionado à forma de acesso aos cargos de governo, a procedimentos de resolução de conflitos e de tomada de decisões estatais (O'DONNELL; SCHMITTER, 1988, p. 107). Tais estudiosos priorizaram uma abordagem descritiva da transição, dentro do campo da Ciência Política, dando origem à "transitologia" (MEYER, 2014, p. 5). Dessa forma, a transitologia não se ocupou em refletir sobre o direito durante as transições, tendo deixado de lado uma preocupação normativa quanto ao tratamento das graves violações de direitos humanos e crimes contra a humanidade (MEYER, 2014, p. 6).

Através de uma demanda nascida no seio da sociedade, assim como na comunidade acadêmica, de que a justiça fosse colocada ao alcance das vítimas e familiares das graves violações de direitos humanos, vê-se surgir o conceito de justiça de transição, em que a justiça é colocada no centro da discussão. Trata-se, então, de um conjunto normativo de mecanismos cuja implementação deve ser buscada nas

transições de Estados pós-conflito e em que há mudanças de regimes autoritários para regimes democráticos. Tal normatividade advém do Direito Internacional dos Direitos Humanos e, principalmente, de suas normas peremptórias (MEYER, 2012, p. 46).

Ainda nessa mesma seara, Quinalha afirma que a justiça de transição, por meio da implementação daquele complexo de estratégias, teria como objetivos centrais a promoção dos direitos humanos e a consolidação democrática (QUINALHA, 2013, p. 122). Logo, a transição democrática orientada pelos mecanismos da justiça de transição deve resultar tanto na persecução da justiça, assim como na manutenção da estabilidade política, de acordo com Roland Paris, James Ron e Oskar Thoms (2010, p. 329).

Portanto, a implementação dos mecanismos da justiça de transição, quais sejam o direito à memória e à verdade, o direito à justiça, o direito à reparação e as reformas institucionais deveriam resultar na promoção dos direitos humanos e em uma democracia cada vez mais consolidada. Dentre seus mecanismos, a implementação do direito à justiça garantiria o acesso das vítimas à verdade, assim como a responsabilização individual dos perpetradores.

12.3 Abordagens da justiça de transição: maximalista, minimalista, moderada e holística

De acordo com a interpretação valorativa dos mecanismos da justiça de transição, apresentam-se abordagens distintas em relação à implementação de cada um daqueles mecanismos. São quatro as abordagens tradicionalmente adotadas pelos estudiosos da justiça de transição, quais sejam, o enfoque maximalista, o minimalista, o moderado e o enfoque holístico, o qual preceitua uma aplicação de todos os mecanismos conjuntamente.

O enfoque maximalista coloca em relevante importância o aspecto da responsabilização dos perpetradores, considerando que tais julgamentos coibiriam nova incidência daquelas graves violações dos direitos humanos, impedindo que a recente democracia torne-se palco de reiterados ciclos de violência retributiva (OLSEN; PAYNE; REITER, 2009, p. 161).

Por sua vez, o enfoque minimalista preceitua a necessidade máxima de uma transição que assegure a não reação dos antigos ditadores e membros do antigo regime, ou seja, têm na concessão de anistia a melhor opção para a justiça de transição. Defende ainda que os julgamentos das violações de direitos humanos tendem a aumentar a violência e não a diminuí-la, recusando a assertiva que eles coibiriam novas violações.

As comissões da verdade, por sua vez, são as defendidas pelo enfoque moderado, como o melhor método para se alcançar as reparações devidas, posicionando-se entre o enfoque maximalista e o minimalista. Os autores afirmam que a documentação das violações, através de um relatório oficial, resultado das comissões da verdade, já estariam condenando as violações dos direitos humanos sem a necessidade de julgamentos; estes trariam inerentemente em si a possibilidade de reações antidemocráticas por parte dos membros do antigo regime. Os estudiosos desse enfoque afirmam que as comissões da verdade “constituem um processo de prestação de contas e responsabilização centrado na vítima que oferece um equilíbrio entre as limitações da política e as demandas da justiça” (OLSEN; PAYNE; REITER, 2009, p. 165).

O enfoque holístico foi desenvolvido pelo *International Center for Transitional Justice – ICTJ*, em razão da insatisfação de alguns estudiosos frente aos enfoques abordados anteriormente. Tal insatisfação se deu em razão de que cada um deles, tanto o maximalista, o minimalista e o moderado, detinham-se apenas em uma maneira de superar o passado autoritário e as suas consequências. Segundo esses autores, a justificativa para o enfoque holístico advém dos seguintes fatores a serem considerados:

Sem esforços para relatar a verdade e efetuar reparação [...] a punição de um pequeno número de perpetradores pode ser considerada uma forma de vingança política. Relatar a verdade, isoladamente de outros esforços para punir os infratores e implementar reformas institucionais, pode ser visto como mero discurso. As reparações que não estão vinculadas aos julgamentos ou a relatos da verdade podem ser vistas como ‘dinheiro por sangue’ – uma tentativa de satisfazer as legítimas expectativas de justiça, verdade e reparação das vítimas, não só é ineficaz do ponto de vista da responsabilização e

prestação de contas, como é pouco provável que venha a ter êxito nos seus próprios passos (OLSEN; PAYNE; REITER, 2009, p. 166).

O enfoque holístico, portanto, preceitua a implementação de todos os mecanismos da justiça de transição. Dessa forma, ressalta-se a necessidade de cada um dos mecanismos da “caixa de ferramentas” da justiça de transição, inclusive do direito à justiça, que abarca a responsabilização individual dos perpetradores de graves violações de direitos humanos. Tais violações, em uma perspectiva normativa do Direito Internacional dos Direitos Humanos, são caracterizadas como crimes contra a humanidade, logo, imprescritíveis. Esse é o ponto do próximo tópico.

12.4 Crimes contra a humanidade e sua imprescritibilidade

A definição a seguir de quais seriam os crimes considerados crimes contra a humanidade cristalizou-se no Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional:

[...] entende-se por ‘crime de lesa-humanidade’ qualquer dos seguintes atos, quando cometidos como parte de um ataque generalizado ou sistemático contra uma população civil, com conhecimento desse ataque: a) assassinato; b) extermínio; c) escravidão; d) deportação ou traslado forçado de população; e) encarceramento ou outra privação grave da liberdade física, infringindo normas fundamentais de direito internacional; f) tortura; g) violação, escravidão sexual, prostituição forçada, gravidez forçada, esterilização forçada ou qualquer outra forma de violência sexual de gravidade comparável; h) perseguição de um grupo político ou coletividade com identidade própria com fundamento em motivos políticos, raciais, nacionais, étnicos, culturais, religiosos ou de gênero definido no parágrafo 3, ou outros motivos universalmente reconhecidos como inaceitáveis de acordo com o direito internacional, em conexão com qualquer ato mencionado no presente parágrafo ou com qualquer crime de competência da Corte; i) desaparecimento forçado de pessoas; j) o crime

de apartheid; k) outros atos inumanos de caráter similar que causem intencionalmente grandes sofrimentos ou atentem gravemente contra a integridade física ou a saúde mental ou física) (ICJT, 2008, p. 358).

As graves violações de direitos humanos praticadas por agentes da ditadura brasileira também se enquadram como crimes contra a humanidade, de acordo com Relatório da Comissão Nacional da Verdade – CNV, pois tais violações estariam associadas a elementos particularmente agravantes, por se constituírem por:

(...) 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. Emergiu, assim, a concepção jurídica de que crimes como detenções ilegais e arbitrárias, a tortura, as execuções, os desaparecimentos forçados e a ocultação de cadáveres – objeto da investigação da CNV –, uma vez revestidos desses elementos contextuais, constituem crimes contra a humanidade. (CNV, 2014, p. 963)

O Relatório da CNV demonstrou que as violações cometidas durante a ditadura brasileira caracterizaram-se por ocorrer em um contexto generalizado e sistemático de ataque do Estado contra vítimas da sociedade civil, dentre os quais estavam religiosos, crianças, mulheres, jovens, estudantes, camponeses e idosos. Dessa forma, a Comissão constatou que houve a prática de detenções ilegais e arbitrárias, tortura, execuções, desaparecimentos forçados e ocultação de cadáveres por agentes do Estado durante a ditadura militar, práticas declaradas como crimes contra a humanidade (CNV, 2014, p. 964). Assim, ainda que a cristalização normativa dos crimes contra a humanidade seja exemplar no Estatuto do Tribunal Penal Internacional, a determinação de repreensão normativa é muito anterior. Ela vem, pelo menos, como ressaltado, do Tribunal de Nuremberg e se tornou parte de inúmeras práticas estatais indicativas da existência de um *jus cogens*.

Através da caracterização das graves violações de direitos humanos cometidas naquele período como crimes contra a humanidade,

compreende-se a obrigação do Estado de investigar, julgar e condenar tais crimes, segundo normas relativas ao Direito Internacional e suas normas de *jus cogens* e obrigações *erga omnes*. Um dos objetivos da persecução penal dos perpetradores é responder ao dever do Estado de erradicar a impunidade dos mesmos (ICTJ, 2008, p. 369).

A implementação dos julgamentos como parte dos mecanismos da justiça de transição tem vários objetivos como persecução da verdade,⁴ dissuasão, responsabilização e fortalecimento do Estado de Direito. Aqueles que defendem a necessidade da persecução penal dos perpetradores afirmam que as condenações criminais servem tanto às aspirações daqueles que sofreram as graves violações de direitos humanos, assim como reforçam normas sociais, removem ameaças políticas ao novo regime e desestimulam violações futuras. Segundo estudiosos, dissuasões individuais são alcançadas quando ocorrem expurgos, assim como as generalizadas quando há estímulo a reformas institucionais (PARIS; RON; THOMS, 2010, p. 333).

Persecuções a violações a direitos humanos são também uma das formas de fortalecer o Estado de Direito (SIKKINK, 2011, p. 156). Os estudiosos afirmam que os Estados devem se preocupar em fortalecer o Estado de Direito, para que as violações de direitos humanos diminuam. O Estado de Direito seria então o princípio institucional no qual as regras não são arbitrárias, sendo elas pré-estabelecidas e claramente definidas em leis, as quais submeteriam a todos, deixando clara a ideia de que nenhuma pessoa está “acima da lei”; logo, os agentes de Estado também devem ser submetidos a elas, as quais devem limitar seus atos (SIKKINK, 2011, p. 154). A ausência de punição dos crimes contra a humanidade pode contribuir para a criação e disseminação de uma cultura da impunidade, a qual orientaria os comportamentos de agentes de Estado e em como eles lidam com os direitos humanos, podendo essa cultura da impunidade alimentar novas violações (SIKKINK, 2011, p. 159).

Segundo Sikkink, os processos criminais, nesses casos, também estariam relacionados às melhorias no sistema de direitos humanos, provavelmente através de uma combinação de dissuasão e

4. Não se tem como um dos objetivos deste artigo o aprofundamento no debate teórico a respeito do que seria a verdade. Logo, ao utilizarmos esse termo, faz-se menção à necessidade de contraposição à história oficial construída por um regime de exceção.

socialização. Os agentes de Estado podem ser influenciados a não cometerem graves violações de direitos humanos convencidos pelo caráter simbólico das perseguições penais (SIKKINK, 2011, p. 229). Tais procedimentos se mostram importantes em contextos de transição e conforme Relatório do Secretário-Geral ao Conselho de Segurança da Organização das Nações Unidas (2004):

Servem de via direta para a responsabilização dos perpetradores de violações aos direitos humanos e garantia de justiça às vítimas, oportunizando uma chance de ver seus antigos torturadores responderem pelos seus crimes. À medida que regras processuais relevantes permitem que eles apresentem suas visões e preocupações no julgamento, também podem ajudar as vítimas a reivindicar sua dignidade. Ainda, podem ajudar a aumentar a fé pública na capacidade e disposição do Estado para fazer cumprir a lei. Podem contribuir para que a sociedade saia de um período de conflito mediante o estabelecimento de uma história oficial do que ocorreu e porque, incluindo registros detalhados e bem argumentados dos incidentes. (ONU, 2004, p. 338)

Percebe-se, então, que os julgamentos de responsabilização individual dos perpetradores desempenham papéis diversos dentro de um contexto de transição política. Eles têm o condão de demonstrar que as regras do Estado de Direito aplicadas pelas instituições também valem para os perpetradores, apresentam uma satisfação para as vítimas das violações, além de apresentarem o potencial de fomentar a confiança que os cidadãos daquela comunidade destinam ao Estado (MEYER, 2014, p. 13).

Vários estudos foram realizados a fim de medir os resultados obtidos por países que sustentaram julgamentos das graves violações de direitos humanos. Os dois estudos que foram analisados durante a presente pesquisa apresentaram resultados semelhantes quanto ao aumento na promoção de direitos humanos nos países em que houve perseguição individual para responsabilização individual por crimes contra a humanidade.

Olsen, Payne e Reiter (2009, p. 167), motivados pelos resultados obtidos, afirmam que, quando implementados conjuntamente, a

anistia e os julgamentos, ou ainda anistia, julgamentos e comissões da verdade, há maior probabilidade da promoção dos direitos humanos, assim como um aprimoramento da democracia. Eles afirmam que os julgamentos são essenciais para a responsabilização dos perpetradores (OLSEN; PAYNE; REITER, 2009, p. 167).

Os dados analisados foram obtidos do *Transitional Justice Data Base – TJDB*,⁵ e foram selecionados a partir do critério temporal, entre os anos de 1970 e 2007, além de especificar transições de regimes autoritários para democracias, ressaltando a não incidência de colapso total do regime anterior à transição (OLSEN, PAYNE, REITER, 2009, p. 153). Assim como, para a construção de tal base de dados, utilizou-se o catálogo de eventos mundiais *Keesing's World New Archives*.

Realizou-se um estudo comparativo em que foram analisados três mecanismos da justiça de transição, sua implementação e efeitos, quais sejam: julgamentos, comissões da verdade e anistia. Importante ressaltar que os julgamentos analisados foram apenas aqueles que obtiveram uma decisão final e tinham como centro as graves violações de direitos humanos praticadas por agentes do Estado contra cidadãos, nacionais desse mesmo Estado, assim como violência perpetrada por agentes não estatais.

Em outro estudo aqui analisado, Sikkink afirma que o resultado da análise quantitativa que realizou, mostra que aqueles países em transição que sustentaram os julgamentos são menos repressivos que os países que não o fizeram, contrariando a alegação de cépticos de que perseguições penais teriam a tendência de exacerbar as violações. Outro resultado encontrado pelos pesquisadores afirma que países que tiveram mais anos de perseguição penal acumulados são menos repressivos que aqueles com menos anos de perseguição (SIKKINK, 2011, p. 31-32).

Tal estudo comparou quatorze países que passaram por transições na América Latina. Para analisar separadamente o resultado

5. Trata-se de um banco de dados construídos a partir de um projeto de pesquisa que começou na Universidade de Wisconsin em 2005 e é liderado por três cientistas políticos: Leigh A. Payne, Tricia D. Olsen e Andrew G. Reiter. Um dos objetivos do projeto é analisar como os mecanismos de justiça de transição são usados e se eles funcionam. O resultado da pesquisa foi publicado no livro *Transitional Justice in Balance: Comparing processes, weighing efficacy*, (OLSEN, PAYNE, REITER, 2009).

das persecuções penais, observaram as diferenças entre os países que tiveram grande número de julgamentos e aqueles que tiveram poucos julgamentos. Aqueles países em que ocorreram mais julgamentos tiveram uma maior média de melhoria em direitos humanos do que países que tiveram poucas persecuções. Dessa forma, os sete países na região que tiveram mais persecuções experimentaram uma melhoria média de 0.9 na escala de 5 pontos *Political Terror Scale – PTS*,⁶ enquanto os sete países que tiveram menos persecuções tiveram uma melhoria média de 0.4 na mesma escala. Logo, através do resultado positivo em relação aos indicadores de direitos humanos, a pesquisadora reafirma a importância da responsabilização individual:

A possibilidade de responsabilização criminal individual tem fornecido ferramentas úteis, mas imperfeitas, a ativistas, vítimas e Estados para ajudar a atenuar futuras violações. Essas acusações de direitos humanos continuarão a ficar muito aquém dos nossos ideais de justiça, mas representam uma melhoria em relação ao passado. Este passado, um mundo sem qualquer responsabilidade por grandes episódios de violações dos direitos humanos, está finalmente recuando [tradução livre]⁷ (SIKKINK, 2011, p. 260).

O Brasil é um dos poucos países democráticos na América Latina que atualmente recebe piores índices de direitos humanos do que recebia durante a ditadura militar (SIKKINK, 2011, p. 159). O Relatório da CNV, publicado no final de 2014, apresentou uma análise do cenário das graves violações de direitos humanos que foram praticadas durante o período da ditadura, e constatou que esse cenário se repete no país, mesmo com o fim do regime autoritário. Houve uma mudança de contextualização, pois as violações não mais acontecem por uma repressão política, mas as práticas foram

6. Trata-se de um critério utilizado pela Anistia Internacional. Os dados podem ser obtidos em: <<http://www.politicalterroryscale.org>>. Acesso em: 28 nov. 2016.

7. No original: “*The possibility of individual criminal accountability has provide useful but imperfect tools to activists, victims, and states to help diminish future violations. These human rights prosecutions will continue to fall far short of our ideals of justice, but they represent an improvement over the past. This past, a world without any accountability for major episodes of human rights violations, is finally receding*” (SIKKINK, 2011, p. 260).

mantidas, como as detenções ilegais e arbitrárias, a tortura, as execuções sumárias, desaparecimentos forçados e mesmo a ocultação de cadáveres. Conclui-se, no Relatório, que a manutenção de práticas violadoras de direitos humanos pelo Estado brasileiro é resultado de uma cultura da impunidade, possibilitada pela investigação inadequada, quando ocorrida, e a total ausência de responsabilização dos perpetradores dos crimes contra a humanidade:

Relativamente à atuação dos órgãos de segurança pública, multiplicam-se, por exemplo, as denúncias de tortura, o que levou à recente aprovação da Lei no 12.847/2013, destinada justamente à implementação de medidas para prevenção e combate a esse tipo de crime. 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 (CNV, 2014, p. 964).

Tal ausência de responsabilização individual pode ter influenciado os resultados encontrados por Sikkink em relação ao nível de democracia no país. Segundo a autora, o Brasil apresenta um nível de democracia considerado alto, similar ao de países da região, como Argentina, Peru e México, porém, os indicadores de direitos humanos não acompanham essa realidade; eles não obtiveram melhora, como o tiveram outros países da região, que também vivenciaram transições para a democracia (SIKKINK, 2011, p. 150), ainda que tal proposição seja difícil de testar. A análise, então, se fez ao comparar os dados brasileiros antes do início da transição, em 1985, e os mesmos indicadores após dez anos do início da transição democrática, e o resultado encontrado foi uma piora nos indicadores de direitos humanos.

Dessa forma, o resultado encontrado na análise do caso brasileiro sugere que não basta a instituição de um regime democrático para que haja uma maior promoção de direitos humanos (SIKKINK, 2011, p. 152), por isto a importância em se assegurar a persecução penal dos agentes violadores de direitos humanos. Entretanto, a responsabilização penal no Brasil dos crimes contra a humanidade

perpetrados durante a ditadura brasileira encontra-se obstaculizada pelo entendimento prevalente sobre a Lei 6.683/1979, a Lei de Anistia. Da região latino-americana, o Brasil destaca-se como um dos Estados em que é possível destacar que, institucionalmente, a barreira se encontra mais consolidada.

12.5 A Lei de Anistia brasileira e sua interpretação judicial

As anistias são conceituadas como a declaração oficial de um determinado Estado de que os acusados e condenados pelo cometimento das graves violações de direitos humanos não sofrerão julgamentos ou serão perdoados por seus crimes (OLSEN; PAYNE; REITER, 2009, p. 155). Segundo Olsen, Payne e Reiter (2009, p. 153), o resultado de sua análise vai de encontro à expectativa presente na literatura de que tais anistias poderiam obstaculizar a implementação e o devido desenvolvimento da proteção aos direitos humanos e à consolidação democrática. Na prática, os resultados sugerem o contrário, quando essas anistias são acompanhadas por julgamentos.

Entretanto, esse aspecto da justiça de transição brasileira tem encontrado uma barreira quando se depara com a interpretação judicial prevalente do § 1º do art. 1º, da Lei de Anistia, Lei 6.683/1979, no qual constam anistiados os perseguidos políticos, assim como aqueles enquadrados na expressão “crimes conexos”. Tratou-se de uma tentativa de autoanistia por parte dos antigos ditadores e membros do regime autoritário, aproveitando-se de um clamor social crescente por uma anistia “ampla, geral e irrestrita”⁸ que em nada dizia respeito a uma autoanistia por parte dos militares. Tal tentativa encontrou resposta institucional positiva nos recentes anos.

A Lei de Anistia brasileira apresenta algumas peculiaridades que a diferenciam das anistias analisadas por Olsen, Payne e Reiter. Eles afirmam que países em que as anistias são asseguradas juntamente com uma responsabilização individual dos perpetradores, há uma percepção de melhoria nos indicadores de direitos humanos.

8. Para uma discussão pormenorizada e detalhada acerca dessa discussão, verificar Meyer (2013).

Para tanto, a abrangência da anistia deveria ser restrita a alguns perpetradores e não a todos, não impossibilitando a responsabilização. Outra característica das anistias analisadas que se diferencia da aplicação da Lei de Anistia brasileira se dá em razão de que aquelas, quando concedidas pelo Estado, implicam em uma assunção de responsabilidade estatal pelos crimes cometidos, “Embora esses Estados não necessariamente responsabilizem criminalmente os indivíduos, as anistias oficialmente reconhecem os crimes cometidos” (OLSEN; PAYNE; REITER, 2009, p. 155). A anistia brasileira da Lei 6.683/1979 tentou caracterizar-se como uma anistia “recíproca” na perspectiva de Meyer (2013, p. 101), estando essa tentativa na expressão “crimes conexos”; desse modo, o Estado brasileiro não assumiu a responsabilidade pelos crimes cometidos, além de assegurar a impunidade dos perpetradores de graves violações de direitos humanos.

Assim como preceitua Quinalha (2013), o Brasil é um caso exemplar de anistia concedida também em uma tentativa de que albergasse os crimes cometidos pelos agentes estatais, quais sejam, crimes contra a humanidade, no contexto da América Latina:

No Cone Sul, o Brasil é o único país que ainda sustenta a vigência de sua lei de anistia, abrangendo também os agentes públicos que praticaram crimes de violação aos direitos humanos, ainda que haja condenação expressa e vinculante da Corte Interamericana de Direitos Humanos exigindo a remoção dos obstáculos jurídicos existentes para a persecução penal desses agentes. Com efeito, Argentina, Uruguai, Paraguai e Chile já contam com importantes iniciativas nos trabalhos de memória e justiça, campo ainda que se começa a explorar em nosso país. (QUINALHA, 2013, p. 229, nota de pé de página).

No Chile, por exemplo, o Decreto-Lei de Autoanistia continua vigente. Entretanto, a Suprema Corte e os tribunais inferiores têm decidido que tal decreto não abarca os crimes contra a humanidade cometidos durante a ditadura chilena:

Apesar de esse decreto-lei ainda estar vigente, o afastamento da anistia e também da prescrição a casos reconhecidos

como crimes contra a humanidade ou de guerra tem sido uma prática mais ou menos consistente da Corte Suprema de Justiça do Chile e dos tribunais inferiores desde aproximadamente 2004. Em dezembro de 2014, foi apresentado mais um em uma série de projetos de lei ‘interpretativa’ que pretendem compatibilizar o Decreto-Lei de Anistia às obrigações internacionais do Chile na matéria. O projeto, todavia, segue pendente de debate no Legislativo chileno (BARBOSA; CARVALHO; FREITAS, 2016, p. 65).

O Brasil é um dos únicos países da região que ainda não conta com condenações individuais dos perpetradores dos crimes contra a humanidade. Essa ausência de responsabilização se dá pela barreira da interpretação preponderante da Lei de Anistia ainda vigente no país. Entretanto, tal barreira não merece se perpetuar, uma vez que, em face do Direito Internacional dos Direitos Humanos e suas normas de *ius cogens*, é defesa a utilização de uma autoanistia para crimes contra a humanidade.

A pedido do Ministério Público Federal, o *International Center for Transitional Justice – ICTJ*, elaborou um parecer técnico sobre a imprescritibilidade de crimes contra a humanidade, em razão da sua participação na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 153/DF⁹, processo em que o Supremo Tribunal Federal (STF) decidiu pela validade do entendimento de que a autoanistia seria válida perante a Constituição de 1988. O parecer aduz que a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos afirma que as anistias que preceituam a exclusão da responsabilização penal individual e que impedem a investigação e punição dos perpetradores das graves violações aos direitos humanos são inadmissíveis por irem de encontro a direitos inderrogáveis reconhecidos pelo Direito Internacional dos Direitos Humanos (ICJT, 2008). Da mesma forma, o parecer é categórico ao dissertar sobre as tentativas de autoanistia para crimes de graves violações de direitos humanos:

Pode-se então concluir, de acordo com as considerações do Comitê de Direitos Humanos e da Corte Interamericana, que

9. Para maior aprofundamento nessa discussão, cf., Meyer, 2013.

as leis de autoanistia de violações graves aos direitos humanos e de crimes de lesa-humanidade impedem a investigação destes fatos e perpetuam sua impunidade. Nesta medida são contrárias tanto ao Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos como à Convenção Americana sobre Direitos Humanos e configuram *per se* uma violação destes tratados. Esta violação que é em si mesma, uma violação de *iure*; gera responsabilidade internacional do Estado (ICJT, 2008, p. 393).

Consequentemente, para que haja a promoção na proteção aos direitos humanos, a anistia que deve ser conjugada aos julgamentos é aquela concedida pelo Estado aos perseguidos políticos, vítimas de uma ação sistemática e generalizada desse regime autoritário. Em reforço a esse argumento, veja-se o conceito apresentado pela Comissão de Anistia do Ministério da Justiça (CA/MJ), através de seu então Presidente Paulo Abrão, em publicação oficial do primeiro volume da Revista Anistia Política e Justiça de Transição:

Nesses 30 anos de luta pela anistia no Brasil, que esteja explícita a mais importante transformação que o conceito de anistia adquire: antes, tinha-se a ideia de um 'perdão' que o Estado autoritário concedia aos que ele mesmo designou como criminosos políticos. Na democracia, o conceito de anistia deve ser outro: o Estado não mais perdoa, ele pede desculpas e cumpre seu dever de reparação (BRASIL, 2009, p. 21).

Dentro desse contexto internacional e na tentativa de adequar o tratamento da responsabilização individual à normativa do Direito Internacional dos Direitos Humanos, em razão da condenação do Brasil pela Corte Interamericana de Direitos Humanos (CteIDH) no Caso *Gomes Lund e outros vs. Brasil* (MEYER, 2012, p. 207), o Ministério Público Federal ajuizou 21 ações criminais na justiça brasileira em busca da persecução penal dos agentes da ditadura brasileira responsáveis por graves violações de direitos humanos.¹⁰

10. As informações sobre todas as ações criminais ajuizadas pelo MPF encontram-se disponibilizadas no *site* do Centro de Estudos sobre Justiça de Transição: <<https://cjt.ufmg.br/>>. Acesso em: 19 nov. 2016.

O MPF reconheceu que a CteIDH obrigou a instituição a promover a persecução penal dos desaparecimentos forçados não aplicando a Lei de Anistia e não aplicando institutos como prescrição, irretroatividade da lei penal, *ne bis in idem* ou qualquer outra excludente de responsabilidade criminal (MEYER, 2012, p. 265).

Contudo, até a conclusão do presente estudo, ainda não ocorreram condenações em nenhuma dessas ações, das quais, ao contrário, várias tiveram suas denúncias rejeitadas preliminarmente e suas tramitações suspensas por tribunais de segunda instância ou superiores. Em uma análise preliminar da tramitação dessas ações, percebe-se o insucesso em efetivar a responsabilização individual dos agentes da ditadura.

Das 21 denúncias criminais ajuizadas pelo MPF, apenas 5 delas foram recebidas pelo Judiciário, possibilitando o início do procedimento. 12 foram preliminarmente rejeitadas e estão em sede recursal, na tentativa de que a denúncia criminal possa ser recebida e o processo tenha continuidade, e as 4 restantes ainda não foram analisadas.

Ressalta-se que, das 5 denúncias que foram inicialmente recebidas pelo judiciário, todas estão suspensas por decisão em *habeas corpus* de trancamento da ação, aguardando resultado de recurso contra a decisão em HC. Em se de reclamação para o STF, a nossa mais alta corte suspendeu 2 ações penais. A seguir quadro explicativo.

Percebe-se, portanto, a incidência do bloqueio quanto à responsabilização penal dos perpetradores de graves violações aos direitos humanos no Judiciário brasileiro. Meyer (2013, p. 251) lembra que o preparo das instituições não é pressuposto quando há a instituição da nova ordem democrática e que nem sempre elas estão aptas a implementar os mecanismos da justiça de transição; porém, não há razão para não perseguir a implementação dos mesmos, a qual pode contribuir para a superação da Lei de Anistia brasileira, efetivando a normativa internacional que preceitua a responsabilização individual penal no judiciário brasileiro:

Nem sempre há um preparo das instituições que comandam a nova ordem democrática para implementar os mecanismos de justiça de transição. Entretanto, da perspectiva de um

projeto constitucional assumido sob o signo de um patriotismo constitucional que leve em conta a normativa do Direito Internacional dos Direitos Humanos, nenhum problema: graves violações não se exaurirão com o decurso do tempo e, no caso brasileiro, em que esse decurso procurou ser interrompido por uma lei de anistia flagrantemente inconstitucional, deve-se seguir adiante com o instrumental provido por tal justiça. Por isso é que exigências de manutenção de um suposto ‘acordo político’, ou de uma ‘paz necessária’, não podem obscurecer a efetivação de direitos de vítimas. É certo que temos uma difícil relação entre tempo e direito, mas ela não pode premiar um esquecimento imposto (MEYER, 2013, p. 251).

Autos	Recebida	Rejeitada	Tramitação
0001162-79.2012.4.01.3901	x		Suspensa
0004204.32.2012.403.6181		x	Em sede recursal
0006232-77.2012.4.01.3901	x		Suspensa
0011580-69.2012.403.6181	x		Suspensa
0004823-25.2013.4.03.6181		x	Em sede recursal
0801434-65.2013.4.02.5101		x	Em sede recursal/ Oitiva de testemunhas autorizada
0017766-09.2014.4.02.5101	x		Suspensa
0023005-91.2014.4.025101	x		Suspensa
0012647-98.2014.403.6181		x	Em sede recursal
0016351-22.2014.4.03.6181		x	Em sede recursal
0007502-27.2015.4.03.6181		x	Em sede recursal
0009756-70.2015.4.03.6181		x	Em sede recursal
3425520154013901		x	Em sede recursal
0001147-74.2010.4.03.6181			Sem análise
0015358-42.2015.403.6181			Sem análise
0001208-22.2016.4.03.6181		x	Em sede recursal
<u>0001217-81.2016.4.03.6181</u>			Sem análise
<u>0015754-19.2015.403.6181</u>		x	Em sede recursal
0003768-34.2016.4.03.6181		x	Em sede recursal
0008172-31.2016.4.03.6181		x	Aguardando recurso
<u>0011528-34.2016.4.03.6181</u>			Sem análise

Portanto, deve-se atentar para o fato de que a abordagem holística da justiça de transição exposta anteriormente parece mais adequada ao caso brasileiro. Segundo ela, há a necessidade de se implementar todo o conjunto normativo da justiça de transição, que são os quatro mecanismos anteriormente citados, o direito à memória e à verdade, o direito à justiça, no qual está abarcada a responsabilização individual, a reparação e as reformas institucionais. Apenas dessa forma, implementando todos os mecanismos, poderia se falar em um início de consolidação do projeto constituinte de um Estado Democrático de Direito (MEYER, 2012, p. 305).

Os mecanismos de justiça de transição mais bem sucedidos no Brasil são o direito à memória e à verdade e a reparação. A Comissão Nacional da Verdade (CNV) e a Comissão de Anistia do Ministério da Justiça (CA/MJ) contribuíram bastante para o desenvolvimento desses mecanismos. A CNV concluiu seus trabalhos no ano de 2014, oportunidade em que apresentou seu Relatório Final. A CA/MJ foi criada por meio da Medida Provisória nº 2.151/01, posteriormente convertida na Lei nº 10.559/2002, tendo como objetivo anistiar e reparar as vítimas das graves violações de direitos humanos cometidas durante o período ditatorial brasileiro (TORELLY, 2014, p. 223). Tal Comissão mantém sua atuação desde sua implementação, com período bastante fecundo de 2007 a 2016, ano em que sofreu intervenção governamental em sua composição (MEYER, POSSOLO GONÇALVES, 2016).

Dessa forma, ressalta-se a importância de uma abordagem holística na transição brasileira, através da qual se asseguraria uma relação de não exclusão entre justiça de transição, constitucionalismo e Estado de Direito (MEYER, 2014, p. 10-11), a fim de implementar o direito à justiça, através da responsabilização individual dos perpetradores.

12.6 Conclusão

A responsabilização individual dos agentes de Estado que perpetraram graves violações de direitos humanos durante o regime autoritário é tema de intenso debate entre pesquisadores e objeto de demanda de ativistas, militantes e outros agentes da sociedade civil. As ações de perseguição individual desses agentes podem resultar em melhoria nos indicadores de direitos humanos de um país que

assegurá-las, bem como o fortalecimento do Estado de Direito através da garantia do direito à justiça, um dos mecanismos do conjunto normativo da justiça de transição. Além disso, ela desestimula a manutenção de uma cultura de impunidade, gerada pela ausência completa de responsabilização. Tais resultados puderam ser evidenciados no presente trabalho através da análise dos estudos das obras de Sikkink (2011) e de Olsen, Payne e Reiter (2010).

O caso brasileiro é um dos únicos na região da América Latina a ainda não contar com qualquer responsabilização individual dos agentes responsáveis por graves violações de direitos humanos. Os resultados encontrados nos estudos analisados demonstram que os indicadores de direitos humanos no Brasil não melhoraram mesmo após o fim do regime autoritário.

Dessa forma, tentou-se demonstrar a necessidade e importância de que no Brasil haja a efetivação da responsabilização individual, a fim de promover os direitos humanos, desestimular a cultura da impunidade, além de adequar o país à normativa do Direito Internacional dos Direitos Humanos, assumindo assim o compromisso de não tolerar graves violações de direitos humanos, fortalecendo o Estado de Direito, demonstrando que a lei está acima de todos, inclusive dos agentes da ditadura, promovendo a sua responsabilização.

Dessa forma, chega-se à conclusão da real necessidade de se continuar a busca pela persecução penal dos perpetradores das graves violações de direitos humanos, em razão da sua importante contribuição para a proteção dos direitos humanos. Tais resultados seriam alcançados uma vez que a certeza da impunidade deixaria de existir, projetando para o presente e futuro novas práticas democráticas, construídas através de reformas institucionais.

Ainda que brevemente, o presente artigo tem por objetivo provocar outros questionamentos, por exemplo, a respeito da necessidade de reformas institucionais, para que o Poder Judiciário brasileiro seja sensível às causas aqui discutidas.

Referências

BARBOSA, Ana Carolina Couto Pereira Pinto; CARVALHO, Cláudia Paiva; FREITAS, Hellen Cristina Rodrigues de. Chile: Panorama

da Justiça de Transição em 2015. In. GUIMARÃES, José Otávio Nogueira; PAIVA, Cláudia; GUERRA, Maria Pia. *Justiça de transição na América Latina: panorama 2015*. Brasília: Ministério da Justiça, Comissão de Anistia, Rede Latino-Americana de Justiça de Transição (RLAJT), 2016. 400 p.

BRASIL. Comissão Nacional da Verdade. *Relatório / Comissão Nacional da Verdade*. – Recurso eletrônico. Brasília: CNV, 2014. Disponível em: <<http://www.cnv.gov.br/>>. Acesso em: 6 jun. 2016.

BRASIL. *Revista Anistia Política e Justiça de Transição*, n. 1, jul./dez. 2009. Brasília: Ministério da Justiça, 2009.

BRASIL. *Revista Anistia Política e Justiça de Transição*, n. 2, jan./jun. 2010. Brasília: Ministério da Justiça, 2010.

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 Eros Grau. Brasília/DF: 29 de abril de 2010. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=612960>>. Acesso em: 31 ago. 2015.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade; MEYER, Emilio Peluso Neder. *Justiça de Transição nos 25 Anos da Constituição de 1988*. Belo Horizonte: Initia Via, 2014

FERNANDO, Basil. Editorial: Institutional Reforms as na Integral Part of a Comprehensive Approach to Transitional Justice. *The International Journal of Transitional Justice*. (on line). Disponível em: <<http://ijtj-oxfordjournals-org.ez27.periodicos.capes.gov.br/content/8/2/187.full.pdf+html>>. Acesso em: 25 ago. 2015.

ICTJ (International Center for Transitional Justice). Parecer Técnico sobre a Natureza dos Crimes de Lesa-Humanidade, a Imprescritibilidade de Alguns Delitos e a Proibição de Anistias. *Revista Anistia Política e Justiça de Transição*, Ministério da Justiça, n. 2, jul./dez. 2009. Brasília: Ministério da Justiça, 2009, p. 352-396.

LESSA, Francesca et al. Overcoming Impunity: Pathways to Accountability in Latin America. *The International Journal of Transitional Justice*. (on line). Disponível em: <<http://ijtj-oxfordjournals-org>.

ez27.periodicos.capes.gov.br/content/8/1/75.full.pdf+html>. Acesso em: 25 ago. 2015.

MEYER, Emilio Peluso Neder. A Justiça de Transição no Brasil sob os Auspícios do Direito Internacional dos Direitos Humanos: A mudança de paradigma na responsabilização de agentes públicos por violações de direitos humanos. *Revista Anistia Política e Justiça de Transição*, Brasília, v. 10, p. 74-104, jun./dez. 2013. Semestral.

_____. *Ditadura e Responsabilização: Elementos para uma Justiça de Transição no Brasil*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2012.

_____. O debate atual sobre a Lei de Anistia. *Revista Coletiva*, v. 1, p. 1, 2013.

_____. Crimes contra a Humanidade, Justiça de Transição e Estado de Direito: Revisitando a Ditadura Brasileira. *Brasiliiana*, v. 4, p. 208-242, 2015.

_____. POSSOLO GONÇALVES, Raquel Cristina. Anistia Política, Reparação e Responsabilização na Justiça Transicional Brasileira em 2016. In: MEYER, Emilio Peluso Neder. *Justiça de transição em perspectiva transnacional*. Belo Horizonte: Centro de Estudos sobre Justiça de Transição, 2016, no prelo.

O'DONNELL, Guilherme. SCHMITTER, Philippe. *Transitions from Authoritarian Rule: Tentative Conclusions about Uncertain Democracies*. Londres: The Johns Hopkins University Press, 1986. 73 p.

_____.; _____. *Transições do regime autoritário: primeiras conclusões*. São Paulo: Vértice; Revista dos Tribunais, 1988.

ONU. Estado de Direito e a Justiça de Transição em Sociedades em Conflito ou Pós-Conflito. Relatório S/2004/616 do Secretário-Geral ao Conselho de Segurança da Organização das Nações Unidas. In BRASIL. *Revista Anistia Política e Justiça de Transição*, n. 1, jul./dez. 2009. – Brasília: Ministério da Justiça, 2009.

OLSEN, Tricia; PAYNE, Leigh; REITER, Andrew. As implicações políticas dos processos de anistia. In: ABRÃO, Paulo. PAYNE, Leigh. TORELLY, Marcelo (Orgs.). *A anistia na era da responsabilização: o Brasil em perspectiva internacional e comparada*. Brasília: Ministério

da Justiça, Comissão de Anistia; Oxford: Oxford University, Latin American Centre, 2011.

_____.; _____.; _____. Equilibrando Julgamentos e Anistias na América Latina: perspectivas comparativa e teórica. *Revista Anistia Política e Justiça de Transição*, Ministério da Justiça, n. 2, jul./dez. 2009. Brasília: Ministério da Justiça, 2009, p. 152-175.

_____.; _____.; _____. *Transitional Justice in Balance: comparing processes, weighing efficacy*. 1ª ed. Washington, D.C.: United States Institute of Peace Press, 2010.

OLSEN, Tricia D. et. al. When Truth Commissions Improve Human Rights. *International Journal of Transitional Justice*, v. 4, p. 457-476, 2010.

PARIS, Roland; RON, James; THOMS, Oskar N. T. State-Level Effects of Transitional Justice: What Do We Know? *International Journal of Transitional Justice*, v. 4, p. 329-354, 2010.

PEREIRA, Anthony W. *Ditadura e Repressão: O Autoritarismo e o Estado de Direito no Brasil, no Chile e na Argentina*. Trad. Patrícia de Queiroz Carvalho Zimbres. São Paulo: Paz e Terra, 2010.

QUINALHA, Renan Honório. *Justiça de transição: contornos do conceito*. São Paulo: Outras Expressões, Dobra Universitária, 2013.

SIKKINK, Kathryn. *The Justice Cascade: How Human Rights Prosecutions are Changing World Politics*. New York - London: W. W. Norton & Company, 2011.

[\[Volta ao Sumário\]](#)

Parte IV

CRITICAL TRANSITIONAL JUSTICE NETWORK (CRITICTJ)

Formada a partir da união de pesquisadores (“Fellows”) do “King’s College Transnational Law Summer Institute” (<http://www.kcl.ac.uk/law/tli/tlsi.aspx>, acesso em: 9 nov. 2016), a *Critical Transitional Justice Network* (CRITICTJ) (<http://www.kcl.ac.uk/law/tli/about/Critical-Transitional-Justice-Network.aspx>, acesso em: 14 nov. 2016), ou Rede de Justiça Transicional Crítica, integrou inicialmente os pesquisadores Emilio Peluso Neder Meyer (Brasil, UFMG), Gabriel Rojas Andrade (Universidad de Los Andes, Colômbia), Ram Natarajan (University of Arkansas), Catalina Vallejo (Universidad de Los Andes, Colômbia), Noemi Perez Vasquez (SOAS, Reino Unido), Carlos Alberto Bravo Ramírez (UNAM, México), Lina Buchely (ICESI University, Colômbia), Rashmi Raman (Jindal Global Law School, Índia), George Radics (National University of Singapore, Cingapura), Amaya Alvez (Universidade de Concepción, Chile) e Marika Samson (McGill University, Canadá). Essa formação inicial ainda contou com a participação e apoio fundamentais de Ruti Teitel (New York Law School, EUA).

Ao longo do ano de 2016, a CRITICTJ desenvolveu uma série de atividades: aula via Skype foram ministradas por Emilio Peluso Neder Meyer (Brasil), Rashmi Raman (Índia) e Noemi Perez Vasquez (Reino Unido) para alunos da Universidad de Los Andes (Colômbia); Gabriel Rojas Andrade fez o mesmo para os alunos da UFMG (Brasil) e da Jindal Global Law School (Índia). A CRITICTJ apoiou eventos na Colômbia e no Brasil: a) na Universidad ICE-SI, Programa de Derecho, realizou-se o *Congreso Internacional de Justicia Transicional Crítica*, com participação de Gabriel Rojas (UNIANDES, Colômbia), Norberto Hernández (UNIANDES, Colômbia), Camila Correa (UNIANDES, Colômbia), Ruti Teitel (New York Law School, EUA, via Skype), Emilio Peluso Neder Meyer

(UFMG, Brasil, via Skype) e Catalina Valejo (UNIANDES, Colômbia, via Skype); b) evento na Universidad de Los Andes, com Gabriel Rojas (UNIANDES) e Wolfgang Dietrich (University of Innsbruck); c) conferência “A vida e o direito: uma estranha alquimia”, com Albie Sachs (África do Sul), na Faculdade de Direito da UFMG, contando com a participação dos Professores Emílio Peluso Neder Meyer, Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira, Misabel Derzi, Thomas Bustamante e Fabrício Polido, todos da UFMG.

Os membros da CRITICTJ Emilio Peluso Neder Meyer, Gabriel Rojas Andrade, Ram Natarajan, Noemi Perez Vasquez e Carlos Alberto Bravo Ramírez ainda participariam do III Congresso Internacional sobre Justiça de Transição, na UFMG, entre 23 e 24 de novembro de 2016. Gabriel Rojas Andrade ainda colaboraria na parceria do CJT/UFMG com o *The Auschwitz Institute for Peace and Conciliation*.

O principal objetivo da CRITICTJ é destacar a importância de uma perspectiva do sul global de pesquisa acadêmica e ativista – e, então, transcender o paradigma do sul global – de modo a fomentar criticamente mecanismos de justiça de transição, além de promover concepções locais de justiça. Pretende-se fazer isto levando em consideração as interseções do campo com direitos de gênero; raça e etnicidade; criminologia crítica e justiça restaurativa; desenvolvimento e meio ambiente.

Para esse volume, contribuíram Gabriel Rojas Andrade (Capítulo XIII), Ram Natarajan (Capítulo XIV) e Noemi Perez Vasquez (Capítulo XV); seus textos foram mantidos na língua original a fim de permitir uma maior fidelidade às propostas dos autores e observando a transnacionalidade que permeia o CJT/UFMG e a CRITICTJ.

HACIA UNA DEFINICIÓN DE IMPUNIDAD EN EL MODELO DE JUSTICIA TRANSICIONAL EN COLOMBIA: la necesidad de participación, prevención, comunicación y negociación en la institución social del castigo

Gabriel Rojas Andrade¹

13.1 Introducción

Parece existir un consenso internacional que indica que los crímenes de lesa humanidad y de guerra deben castigarse principalmente con decisiones judiciales basadas en condenas de prisión². Tal percepción se refuerza si un Estado ha ratificado el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (CPI). Ello supone que ha adquirido el compromiso de combatir la impunidad, sancionar a los responsables de graves violaciones a los derechos humanos (DDHH) e infracciones

1. Profesor de los cursos de Justicia Transicional y Métodos de investigación en la Universidad de los Andes. Candidato a Doctorado en Derecho de la Universidad de los Andes, Master of Science en Teoría Política del London School of Economics and Political Science, Magister en Filosofía y profesional en Filosofía y Literatura de la Universidad de los Andes. Temas de investigación incluyen: construcción de paz, derecho penal, derecho penal internacional, justicia transicional, criminología crítica, sociología del castigo, desplazamiento forzado, refugiados y migraciones forzadas. Este artículo está disponible en versión impresa en el libro *Criminología en Colombia*, publicado en 2016 por el grupo Editorial Ibáñez en Bogotá, Colombia.

2. A mayo de 2013, 122 Estados de los cinco continentes habían ratificado el Estatuto de Roma. En: ICC Official Website <http://bit.ly/18zHW78>. Consultado el 10 de noviembre de 2014.

al Derecho Internacional Humanitario (DIH) y prevenir acciones criminales de este tipo³.

No obstante, en el marco de un acuerdo político para la terminación de una confrontación armada, tal conceso encuentra serios interrogantes. Una negociación que reconoce actores de un conflicto prolongado –como el que se lleva cabo actualmente entre el gobierno de Colombia y la guerrilla de las FARC- cuestiona la idea de que las sanciones deban basarse exclusivamente en procedimientos ordinarios de la justicia penal. Además de problemas sobre la razonabilidad, viabilidad y efectividad de las investigaciones criminales individuales en casos de violaciones masivas y generalizadas de DDHH, el hecho mismo de que exista un reconocimiento entre antagonistas que conducen una negociación política para lograr la paz, demanda la formulación de estrategias de indagación, juzgamiento y sanción que permitan el diálogo entre las partes, la estabilidad de los acuerdos y la implementación de los mismos.

Por otra parte, si existe un creciente número de víctimas, cuyos derechos han sido vulnerados masiva y sistemáticamente por diferentes actores de la guerra⁴, es necesario diseñar procedimientos jurídicos o políticos que garanticen la verdad, la reparación, la no repetición y la determinación de las responsabilidades de los crímenes cometidos durante el conflicto.

En el marco de un análisis del modelo de justicia transicional para Colombia, el castigo es uno de los ejes de debate en los que se debe profundizar para satisfacer las múltiples demandas del proceso paz. Esta aproximación no solo debe preguntarse por las herramientas dogmáticas del fin de la pena que sustentan el ordenamiento jurídico vigente, sino que también debe indagar sobre las concepciones sobre política criminal y propósitos sociales de dichas penas.

3. “The International Criminal Court (ICC), governed by the Rome Statute, is the first permanent, treaty based, international criminal court established to help end impunity for the perpetrators of the most serious crimes of concern to the international community”. En: ICC Official Website <http://bit.ly/18zHW78>. Consultado el 10 de noviembre de 2014.

4. De acuerdo con la página oficial de la Unidad para la Atención y la Reparación Integral a las Víctimas (UARIV) del gobierno de Colombia, a noviembre de 2014, estaban registradas **6.941.505** víctimas del conflicto armado colombiano. En: <http://bit.ly/1dpDoOf>. Consultado el 12 de noviembre de 2014.

El control del crimen en los Estados modernos se erige como una compleja institución social que, en sus prácticas rutinarias, condensa relaciones comunitarias y significados culturales específicos. En un contexto de transición como el colombiano, las dimensiones sociales del castigo y las tensiones que supone la práctica de las instituciones penales, deben ser exploradas a partir de un marco sociológico que estudia los discursos alrededor de las prácticas punitivas, la reflexión filosófica y el análisis político sobre la noción de impunidad. Enfoques de este tipo sugieren que el castigo no debe ser pensado exclusivamente bajo una perspectiva de eficacia técnica -que lo interpreta como un medio para el control de la criminalidad a partir de las prisiones-. Por el contrario, la reforma o resocialización de los prisioneros no se cumple; los establecimientos de reclusión tienen altas tasas de hacinamiento y graves escenarios de violación de DDHH; las nuevas generaciones y tipos criminales no son disuadidas por las sanciones penales; las emociones retributivas fomentadas por los procedimientos penales tradicionales no previenen el surgimiento de nuevos perpetradores y las tasas de criminalidad no disminuyen. Estas circunstancias hacen del castigo y su relación con la prisión una aproximación deficiente para controlar y prevenir el delito (Garland, 2007).

Una interpretación del castigo como institución social no solo invita a analizar las sanciones penales más allá de una visión punitivista, también permite configurar una propuesta crítica sobre el diseño normativo de un modelo de justicia transicional.

Tal perspectiva hace posible reconocer el carácter coyuntural de las demandas y expectativas con las que se emplea la noción. De este modo, la pregunta por la función de la pena no se plantea desde un interés meramente teórico, sino que está relacionado con consideraciones prácticas y multidisciplinarias que involucran fines sociales particulares.

En lugar de defender una propuesta retributiva (Kant, 1798 ; Hegel, 1821), o una teoría de reestabilización de las expectativas normativas generales (Jakobs 1991), una postura *unificada* resulta enriquecedora para iniciar el análisis de modelos de justicia transicional. Para tal efecto, se requiere un recorrido amplio por la interpretación del castigo que anule la retribución y vincule la prevención general y la especial -con base en ámbitos de justificación

independientes- (Roxin 1994). Además, es necesario preguntarse por las funciones comunicativas del castigo (Duff, 2010) e incluir una crítica a las expectativas de control que supone la prisión. Tal cuestionamiento debe incluir una evaluación política de la violencia que impone el derecho penal en sociedades desiguales (Foucault 1975, Garland 2007, Gargarella 2010) e indagar por posibilidades restaurativas de la pena (Braithwaite 1996). Así, el castigo puede ser considerado como un recurso maleable en escenarios de transición política que debe comprender la impunidad desde fines más complejos que la mera retribución.

La discusión sobre la transición hacia la paz en Colombia puede situarse alrededor de inquietudes sobre el castigo que actualmente son objeto de amplio debate en la literatura sobre derecho penal internacional y justicia transicional (Orentlicher, 1991; Robinson 2003; Elster 2004, 2006, 2012; Moghalu, 2008; Cassese 2002; Findlay y Henham, 2010). Sin embargo, el presente artículo no se ocupa de estos debates, que actualmente cuentan con una prolífica producción en la academia colombiana. En su lugar, sugiero que para encontrar respuestas a las tensiones entre los fines políticos de un acuerdo negociado y las expectativas con respecto a la impunidad que demandan los compromisos internacionales, se requiere ampliar el debate incluyendo otro cuerpo de literatura sobre fines de la pena y sociología del castigo (Foucault 1975; Roxin, 1994; Duff, 2001; Garland 2007; Gargarella, 2012). Una visión crítica de la justicia criminal que explore la relación entre los fines de la pena y su relación con medidas retributivas o restaurativas del castigo (Braithwaite 1996; Dignan, 2005; Newburn, 2010) -en el marco de la justicia transicional- puede reestructurar la noción de impunidad con base en una lectura que no descuida las contingencias y demandas de la superación de un conflicto armado.

Con base en la perspectiva expuesta, la estructura del presente artículo se distribuye en cuatro momentos: un primer aparte tiene por objeto presentar las percepciones políticas de diferentes actores de la sociedad colombiana sobre el castigo, la impunidad y la prisión en el marco del proceso de paz que se lleva a cabo en el país. Esto con el propósito de introducir las expectativas, vacíos y multiplicidad de significados en el uso de las tres nociones.

En el segundo momento se exploran los desarrollos académicos sobre el castigo tanto en posturas liberales contemporáneas como en

perspectivas críticas de la sociología y la ciencia política. Primero desde una visión preventiva unificada (Roxin 1994), luego con base en las posibilidades comunicativas del castigo (Duff 2010) y, finalmente, como una categoría de poder. Esta interpretación, lejos de representar perspectivas fijas de los fines de la pena, responde a dinámicas sociales y culturales cuyo correlato son tecnologías particulares de sanción. Dichas tecnologías que se reflejan en concepciones contingentes de prisión, régimen penitenciario y medidas punitivas en sociedades desiguales (Foucault 1975; Garland 2007, Gargarella 2010).

La tercera sección se ocupa brevemente de alternativas restaurativas al derecho penal que podrían ser implementadas en un modelo de justicia transicional. En este marco, se ensaya una síntesis entre justicia restaurativa (Braithwaite 1996; Newburn 2010) y los elementos preventivos, comunicativos y de negociación que se pueden incluir en una definición amplia del castigo. Tal síntesis se expone como una opción viable en contextos de negociación política entre actores armados.

Finalmente, se emplean las reflexiones sobre el castigo y la justicia restaurativa para ensayar una definición de impunidad que no está restringida a la falta de castigo para todos los perpetradores, sino que la orienta a partir de las consecuencias sociales que tiene la prolongación del conflicto armado. En otras palabras, la negativa a acoger medidas de justicia preventivas, comunicativas y de negociación -que no se limiten a las penas de cárcel para todos los responsables- puede generar impunidad en tanto que no permite alternativas jurídicas razonables para superar las causas estructurales del conflicto armado y sus consecuentes vulneraciones a los DDHH de la población. Con base en una perspectiva restaurativa del castigo, que resalta los retos para la estabilidad que tiene una sociedad en transición, esta aproximación plantea propuestas para garantizar que los autores de graves crímenes asuman su responsabilidad, reparen los actos cometidos durante un conflicto armado y, en el camino, se sumen a las víctimas y la comunidad en general para negociar alternativas preventivas y comunicativas a las de un derecho penal punitivista y desigual.

13.2 Las nociones de impunidad, castigo y prisión en el debate sobre la paz en Colombia

En 2012, el Gobierno del actual presidente de Colombia, Juan Manuel Santos, presentó ante el congreso el Acto Legislativo 01 de 2012 “*por medio del cual se establecen instrumentos jurídicos de justicia transicional en el marco del artículo 22 de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones*”⁵ (en adelante, Marco jurídico para la paz). El instrumento se presentó como “una estrategia jurídica integral que busca asegurar, al mismo tiempo, la máxima satisfacción posible de los derechos de las víctimas, la transición hacia una paz estable y duradera y el fortalecimiento del Estado de derecho”⁶.

Para tal efecto, el Acto legislativo mencionado contempla la creación de una ley estatutaria que de un trato diferenciado a los grupos armados y agentes del Estado que hayan sido parte del conflicto armado interno por medio de instrumentos excepcionales -judiciales y extrajudiciales- de justicia transicional, que cumplan los deberes estatales de investigación y sanción, y cuyo fin principal sea facilitar el logro de la paz, con garantías de no repetición y de seguridad para todos los colombianos y, en el mayor nivel posible, los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación.

Del mismo modo, el Acto Legislativo plantea la creación de una Comisión de la verdad, la aplicación de criterios de priorización y selección para centrar los esfuerzos de la investigación en los máximos responsables de los delitos de lesa humanidad que hayan sido cometidos de manera sistemática y establecer casos, requisitos y condiciones en los que proceda la aplicación de sanciones judiciales, extrajudiciales, penas alternativas, modalidades especiales de ejecución y cumplimiento de la pena y autorizar la renuncia autorizada a la persecución judicial de todos los casos no seleccionados. Finalmente, el Acto Legislativo contempla el tratamiento penal especial de los instrumentos referidos para grupos armados al margen de la ley que hagan parte del conflicto, que no sigan delinquirando y que

5. EXPEDIENTE D-9499 - SENTENCIA C-579/13 (agosto 28) M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

6. Presidencia, Oficina del alto Comisionado para la paz. *Intervención en el proceso de constitucionalidad del Acto Legislativo 1 de 2012 Expediente D-9499.*

se desmovilicen colectivamente en el marco del acuerdo de paz, o a quienes lo hagan individualmente, bajo condiciones tales como la dejación de las armas, el reconocimiento de responsabilidad, la contribución al esclarecimiento de la verdad y la reparación integral de las víctimas, la liberación de los secuestrados y la desvinculación de los menores de edad reclutados⁷.

El pasado 28 de agosto de 2013, la Corte Constitucional de Colombia declaró exequible el Marco jurídico para la paz. Uno de los argumentos principales del Alto Tribunal para no aceptar la demanda que la organización de la sociedad civil -Comisión Colombiana de Juristas (CCJ)- había interpuesto, sostiene que lo consignado en el Acto Legislativo no sustituye elementos estructurales definitorios de la Constitución Política de 1991:

La Corte estimó que a través de ellos [mecanismos de la justicia transicional como la selección y la priorización de máximos responsables de graves violaciones a los Derechos Humanos] es posible modificar la estrategia de juzgamiento “caso por caso”, tradicionalmente utilizada por la justicia ordinaria, y, en su lugar, acudir a un sistema que permite agrupar graves violaciones de derechos en “macroprocesos”, e imputarlas a sus máximos responsables. Esto, a su vez permite cumplir de forma más eficiente el deber de proteger los derechos de las víctimas del conflicto⁸.

La Corte afirmó además que la renuncia a la persecución penal de excombatientes que dejen las armas, reconozcan su responsabilidad, contribuyan al esclarecimiento de la verdad, la reparación integral de las víctimas, la liberación de los secuestrados y la desvinculación de menores, se justifica con base en un argumento de ponderación entre el deber de prevenir futuras violaciones a los derechos humanos y la búsqueda de una paz estable y duradera⁹. Asimismo, determinó que los mecanismos de suspensión condicional de ejecución de la pena, sanciones extrajudiciales, penas alternativas

7. Acto Legislativo 1 de 2012.

8. Corte Constitucional. Comunicado de prensa N. 34. 28 de agosto de 2013.

9. *Ibíd.* p. 3

y modalidades especiales de cumplimiento no sustituyen los pilares esenciales de la Constitución con respecto a los deberes estatales de investigación y sanción de graves violaciones de los derechos humanos y el derecho internacional humanitario, siempre y cuando estén orientados a la satisfacción de los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición¹⁰.

Los magistrados María Victoria Calle Correa, Jorge Iván Palacio Palacio, Alberto Rojas Ríos y Luis Ernesto Vargas Silva, aclararon su voto sobre el Acto Legislativo indicando que, además de que los criterios normativos que permitirían mecanismos de justicia transicional en Colombia no implican una sustitución del orden constitucional vigente en cuanto siguen en manos de una ley estatutaria que es responsabilidad del Congreso, el énfasis en el Marco jurídico para la paz “debía hacerse en el deber de garantía de esos derechos y no en la persecución penal de los responsables de graves violaciones a los mismos y al derecho internacional humanitario”¹¹. Para los magistrados mencionados el ejercicio del poder punitivo es apenas uno de los medios con los que cuenta el Estado para asegurar el goce efectivo de los derechos fundamentales de quienes han sido víctimas del conflicto armado interno. “Pero lo que define la identidad de la Constitución no es ese medio, sino el fin al que sirve”¹². En este caso se empleó un medio específico – la justicia transicional – para asegurar su plena vigencia en una sociedad que transita desde el conflicto armado interno hacia la paz¹³.

Finalmente, la Corte estimó que los mecanismos de suspensión total de la pena que pueden derivar de la ley estatutaria que establezca los criterios normativos que introduce el Marco jurídico para la paz, no pueden operar para aquellos que sean condenados como máximos responsables de delitos de lesa humanidad, genocidio y crímenes de guerra cometidos de manera sistemática. En este sentido, los mecanismos transicionales deben garantizar la verdad y revelación con respecto a todos los hechos que hayan generado graves violaciones a los Derechos Humanos (DDHH) y al Derecho

10. *ibíd.* p. 3

11. *Ibíd.* p. 5.

12. *Ibíd.* p. 6.

13. *Ibíd.* p. 6.

Internacional Humanitario (DIH), bien sea a través de mecanismos judiciales o a través de alternativas extrajudiciales como una Comisión de la Verdad¹⁴.

La atención que la Corte Constitucional dedica a la relación entre la persecución penal, la suspensión de la pena, el poder punitivo del Estado y el deber constitucional e internacional de investigar, juzgar y sancionar a los responsables de violaciones a los derechos humanos, se constituye no solo como un precedente jurisprudencial en torno a la viabilidad de mecanismos de justicia transicional para superar el conflicto armado en Colombia, sino que además se inscribe en un debate nacional que ha involucrado al Congreso, la Fiscalía, la Procuraduría y ha copado la agenda de los medios de comunicación del país. La decisión de la Corte con respecto a la demanda de la CCJ se inclina por una lectura que atiende a las posibilidades con las que cuenta al Estado para satisfacer exigencias de tratados internacionales, no abandonar los principios que lo fundamentan y responder las demandas de las víctimas por sus derechos.

La pregunta por cómo se va a investigar y juzgar, en el marco de un acuerdo para superar el conflicto armado en Colombia, ha impulsado a todas las ramas del poder público, a los organismos de control, a la opinión pública y a los actores del conflicto a debatir qué es lo más “justo”, “razonable” o “conveniente” alrededor de una noción cuya definición tiene un sentido multidimensional todavía difuso en los argumentos esgrimidos y que, pese a ser pronunciada en la mayoría de espacios mencionados, no ha sido objeto de una indagación cuidadosa: la impunidad¹⁵.

14. *Ibíd.* p. 4

15. Algunas ONG de investigación y, en particular, voces de la academia colombiana han centrado su interés en la justicia transicional y sus alcances para el contexto local. Rodrigo Uprimmy es uno de los representantes más reconocidos en ambos ámbitos por sus aproximaciones a un enfoque reparador de la justicia y su activismo en torno al Marco jurídico para la paz y otros debates sobre los alcances jurídicos de normativas transicionales como la Ley 1448 de 2011 (conocida como Ley de víctimas y restitución de tierras). En cuanto a la impunidad, Uprimmy ha realizado estudios sobre la justicia en Colombia en un sentido más general que incluyen preguntas sobre su definición en términos de la idoneidad del sistema penal para enfrentar el delito. Allí señala que “en el país se ha tenido una visión simplista de la impunidad, según la cual todo eventual delito, que no sea conocido por las autoridades o que no lleve a una condena judicial, implica obligatoriamente impunidad” García Villegas, Mauricio. Rodríguez Garavito,

El Presidente de la Comisión de Paz del Senado, Roy Barreras, quien fue autor y ponente del Marco jurídico para la paz, señaló - una vez se firmó el Acto legislativo en el Congreso - que:

El proyecto no genera impunidad. Impunidad es lo que hay hoy, cuando por un mar de denuncias al borde del colapso, la ley de justicia y paz no ha permitido sino 2 condenas de 340 mil delitos¹⁶, y los máximos responsables de éstos terminarán saliendo libres sin que digan la verdad y sin las condenas que las víctimas esperan. Es gracias a este Marco para la paz que podrán seleccionarse esos casos más graves y los máximos responsables para investigarlos y sancionarlos. Pero no solamente habrá justicia con esta iniciativa, habrá también - y es lo más importante - la posibilidad de que las víctimas conozcan la verdad, la posibilidad de desentrañar y desnudar las organizaciones criminales que tanto daño le hicieron al país durante 50 años, y que dejen de existir como amenaza para Colombia y se conviertan en colombianos y colombianas constructores de democracia, paz y futuro¹⁷.

Por su parte el Procurador General de la Nación, Alejandro Ordóñez¹⁸, dijo que según la Corte Penal Internacional (CPI):

Cesar Uprimmy Yepes, Rodrigo. ¿Justicia para todos? Sistema judicial derechos sociales y democracia en Colombia. Bogotá: grupo editorial norma, 2006. p. 331.

16. Para un análisis de las falencias frente a la judicialización de la ley de Justicia y paz, ver: Forer Andreas. *Justicia transicional*. Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez, 2012. p. 31.

17. Página web del Senado de la República. “El Congreso es el cerrajero de la paz”. <http://bit.ly/NCmimH> recuperado el 15 de octubre de 2013.

18. Sobre los argumentos de fondo de la Procuraduría sobre la demanda contra el Acto legislativo 01 de 2012 ver: *Concepto de la Procuraduría sobre demanda de inconstitucionalidad contra algunas expresiones del acto legislativo 01 de 2012* presentada en la Audiencia de la Corte Constitucional. p. 85. 5 de abril de 2013. El concepto de Procurador General de la Nación sobre la demanda al Marco jurídico para la paz fundamenta sus críticas al acto legislativo en la naturaleza y definición de los crímenes de lesa humanidad sobre los que el acto legislativo no actuaría, las obligaciones internacionales suscritas por Colombia respecto de la investigación y sanción de dichos crímenes que resultan incompatibles con los criterios de selección que se sugieren y, finalmente, las contradicciones entre el acto demandado y las obligaciones del Estado colombiano que supondrían una situación de sustitución de la Constitución.

218 integrantes de las FARC están condenados por delitos de lesa humanidad y crímenes de guerra (...) Yo no sé cómo se aprobó este marco jurídico (...) se nos dijo que en Colombia no había decisiones frente al Estado Mayor de las FARC, referidas a los crímenes de lesa humanidad. Eso todos lo oímos y nos escandalizamos, pero lo oímos casi que resignadamente (...) el dilema no es entre la guerra y la paz, el verdadero dilema es entre la impunidad y la justicia (...) Colombia no es Irlanda, las FARC no son el IRA, y los ideales del IRA no son equivalentes al narcotráfico (...) aquí hay un falso dilema porque se ha pretendido estigmatizar a quienes, incluso desde la órbita funcional, han expresado estas críticas desde el ámbito jurídico. Se ha pretendido que son enemigos de la paz (...) estas normas aseguran la impunidad (...) se desconocen los derechos a la verdad, la justicia y la reparación (...) y se le está haciendo fraude a la ley y a los compromisos internacionales que la Nación ha adquirido¹⁹.

Finalmente, el jefe máximo de las FARC, Timoleón Jiménez, alias ‘Timochenko’, sostuvo en una entrevista para una red internacional de noticias que:

En la mesa estamos buscando ponerle punto final a ese conflicto y hay por lo menos dos partes involucradas en esto ¿Si la salida es todos presos cuántas cárceles habría que construir? Pareciera que solo cabe la prisión para los jefes guerrilleros, como si tanto militar, policial o político, incluidos gobernadores, ministros, y hasta presidentes, no fueran los principales responsables de tanta atrocidad en Colombia(...) Si logramos un acuerdo de paz con justicia social, tengan la plena seguridad que desde el guerrillero más antiguo hasta el más nuevo, lo van a respaldar. En ese momento las armas quedarán relegadas a un segundo plano (...) impunidad es la característica fundamental del régimen político colombiano (...) la extrema derecha prefiere decir que la paz sí pero sin impunidad, borrando de un plumazo el hecho de que la impunidad ha sido la característica

19. Noticiero de la FM. “Procurador Ordóñez: yo no sé cómo se aprobó este marco jurídico”. <http://bit.ly/1830ue4>. Recuperado el 15 de octubre de 2013.

fundamental del régimen político colombiano y una de las causas más válidas del levantamiento armado²⁰.

El debate alrededor de las garantías, en cuanto a justicia que suscita un proceso de paz entre el gobierno de Colombia y la guerrilla de las FARC, pone de manifiesto una preocupación, desde visiones antagónicas, con respecto a la pena que deberían cumplir los responsables de graves violaciones a los DDHH. Sin embargo, aun cuando los argumentos se mueven entre la ineficiencia del sistema judicial, los deberes internacionales del Estado colombiano, los derechos a la verdad, la justicia, la reparación y la no repetición de las víctimas, las debilidades del régimen político colombiano y su relación con la lucha armada insurgente, en ningún caso se presenta una reflexión cuidadosa de aquello que se entiende por impunidad. No es que no se atribuya el carácter de “impune” a un conjunto amplio de hechos disímiles como los crímenes contra la población civil, la falta de investigación y juzgamiento frente a procesos represados de iniciativas transicionales anteriores, o aquellos vinculados con la violencia generalizada, no asociada directamente al conflicto. Desde una perspectiva no gubernamental, la impunidad se atribuye incluso a la desigualdad estructural del Estado colombiano y a los crímenes cometidos por la fuerza pública y respaldados por autoridades locales y nacionales.

La impunidad es una categoría que se usa para calificar un sinnúmero de conductas, procesos o estructuras contra las cuales distintos grupos poblacionales se manifiestan, pero su contenido, en parte debido a su empleo indiscriminado, parece vacío, susceptible de ser saturado con aquello que interese a quienes lo esgrimen en sus argumentos a favor o en contra del actual proceso de paz en Colombia²¹. El concepto que semánticamente se opone al de

20. América economía. “Timochenko’ ratifica que las FARC no quieren ir a la cárcel tras proceso de paz”. <http://bit.ly/17ScKA1>. Recuperado el 15 de octubre de 2013. Sobre la posición oficial de las FARC sobre el Marco jurídico para la paz ver: “FARC-EP NO se someten a marco jurídico para la paz”. En <http://bit.ly/1a2OHOp>. Consultado el 10 de agosto de 2013.

21. El discurso con base en la lucha contra la impunidad se ha expandido además en el derecho penal internacional reciente con la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Penal Internacional en contextos de transición hacia

impunidad es el de pena o castigo²². Esta noción, que tampoco se ha discutido en sus alcances y fundamentos dentro del debate planteado, parece rodear las intervenciones citadas anteriormente como el soporte de las afirmaciones más contundentes. Quienes se oponen al marco jurídico para la paz parecen advertir que la satisfacción del derecho a la justicia pasa por garantizar castigos ejemplarizantes o disuasorios a los responsables de graves violaciones a derechos humanos. El ex presidente Álvaro Uribe Vélez, férreo opositor del proceso de paz con las FARC, sostiene insistentemente que:

La impunidad genera dos problemas: el primero, el mal ejemplo y el segundo es una barrera del perdón. ¿Cuál ejemplo? Hoy las BACRIM [acrónimo usado por el gobierno de Colombia para caracterizar a los grupos armados ilegales que surgieron después de la desmovilización de las estructuras paramilitares en 2005 y que a finales de 2012 seguían expandiendo sus acciones contra la población civil] son tan grandes como las FARC, o más. Si le dan impunidad a las FARC, las BACRIM van a aspirar a la misma impunidad. Y tiene otro problema, que lo ha registrado la historia de la humanidad. La impunidad es el reconocimiento del campeonato al criminal, es la exaltación del criminal y es la humillación de la víctima; y la víctima humillada no es propensa al perdón [...] Si me dicen que hay un joven que estuvo en las FARC y que no está incurso en delitos de lesa humanidad y que el precio de la paz es que ese joven no vaya a la cárcel y que pueda intervenir en política, yo no me opongo. Otra cosa es el Secretariado de las FARC, responsable del secuestro y asesinato de los diputados vallecaucanos, responsables del carro bomba contra el edificio de la justicia en Cali, los responsables del asesinato de los soldados y policías en el Cauca. Si usted me dice que

democracias. Para un análisis de un caso emblemático en el Uruguay sobre la materia, desde una perspectiva de democracia deliberativa ver: Gargarella, Roberto. "Sin lugar para la soberanía popular. Democracia, derechos y castigo en el caso Gelman. Inédito. En <http://bit.ly/HSy24L>. Universidad de Yale. Recuperado el 20 de agosto de 2013.

22. El Diccionario de La Real Academia Española, en su edición 22, define la impunidad como: "falta de castigo". No se pretende agotar con esta aproximación escueta la relación entre impunidad y castigo. Se busca solamente ilustrar la relación semántica inmediata entre los dos términos y que justifica, de manera inicial, la pregunta por la pluralidad de significados que los términos adquieren en una discusión sobre la paz.

les van a dar impunidad y elegibilidad política, eso le hace mucho daño a la democracia²³.

El castigo para motivar el perdón, el castigo para disuadir y enviar un mensaje de no repetición, el castigo para dignificar a la víctima, el castigo para garantizar la democracia son algunos de los correlatos del discurso alrededor de la impunidad que se asocia a la justicia. Y ese castigo en el Estado social de derecho colombiano de la Constitución de 1991, que no admite la pena de muerte y cuya base es la vida y libertad intrínseca de todos los seres humanos²⁴, encuentra su materialización en la prisión. La cárcel es el referente de discusión en las intervenciones expuestas anteriormente. Si bien se menciona la verdad y la reparación de las víctimas como fundamentos de la justicia transicional e instrumento de las críticas de los opositores del proceso de paz, el ámbito de la justicia se discute con base en la posibilidad de las penas de cárcel que podrían recibir los jefes guerrilleros, los combatientes rasos y, desde la perspectiva de la guerrillas y ONGs, los miembros del Estado que hayan cometido violaciones graves de los derechos humanos.

En la discusión sobre la paz en Colombia, la equivalencia entre castigo y cárcel es tan imprecisa como el uso de la impunidad en argumentos en torno a la justicia. No es claro en las posiciones referidas a lo largo de este apartado cómo es que la cárcel logra la verdad, la justicia, la reparación, la no repetición, el perdón, la disuasión o la superación de aquello que se llama impunidad. Mucho menos es posible identificar una relación contundente entre el castigo y estas pretensiones. En la misma intervención del ex presidente Álvaro Uribe sobre la impunidad, sostiene: “Si me dice: mire, que no paguen sentencias de 40 años, sino de ocho en aras de la paz, es aceptable. Yo tendría que aceptarlo porque eso fue lo que decidió nuestra ley de justicia, paz y reparación, que permitió la desmovilización de 35.000 paramilitares y de 18.000 guerrilleros”²⁵.

¿Son el número de años que un condenado permanezca en la cárcel o el número de desmovilizados que promueva una

23. Diario el País. “La impunidad es la partera de nuevas violencias”: ex presidente Álvaro Uribe. En <http://bit.ly/1albWRf>. Recuperado el 14 de julio de 2013.

24. Constitución Política de Colombia Artículos 11, 12 y 13.

25. Op.cit.

disminución en las penas, las variables que van a determinar qué tanta justicia se impartió, qué tanta reparación y verdad se consiguió? Por otro lado, los fines del Estado de los que hablan los magistrados de la Corte Constitucional que aclararon su voto sobre el Acto legislativo del Marco Jurídico para la paz, ¿se ven satisfechos si en vez de una vocación punitiva, se toman otras medidas de justicia que excluyan la prisión o propongan alternativas a los procedimientos penales ordinarios?

Para contestar estas preguntas, en el siguiente apartado se esbozan aproximaciones a los fines de la pena que permiten ilustrar los fundamentos tradicionales que respaldan la demanda de cárcel para criminales. Si bien se exploran inicialmente las nociones de castigo en la justicia penal ordinaria, los elementos sociológicos y críticos con los que se complementa el análisis ofrecen un punto de partida teórico que puede ampliar el debate en el contexto de la justicia transicional.

13.3 El castigo como institución social con capacidad de prevención, comunicación y negociación

13.3.1 Propuesta unificadora: prevención general y prevención especial sin retribución

Cesare Beccaria (1764) señalaba a mediados del siglo XVIII que el origen de las penas reside en la necesidad de vincular la ley con la política moral (Beccaria, 1984: 45). Con ello se refería a la noción hobessiana que afirma que, para escapar del estado de guerra, los hombres ceden parte de su libertad para otorgar el monopolio de la violencia a un soberano que es depositario y administrador de dicha libertad. Las penas contra los infractores de las leyes impuestas legítimamente por el soberano existen para defender a la nación soberana de los intereses privados de los individuos, de los “motivos sensibles” que nublan su conducta (Beccaria, 1984: 46) y para desviar el ánimo despótico de cada hombre de conducir a la sociedad de vuelta a un caos. Esto quiere decir que los seres humanos ceden parte de su libertad por la necesidad de controlar las pasiones que los presionan a la guerra de todos contra todos. Cualquier pena que sobrepase tal necesidad será injusta pues no estaría determinada a conservar la libertad depositada por cada individuo al soberano.

La versión insipiente de un Estado ilustrado en el que el soberano es el legítimo implementador de las penas contra los infractores de la ley, introduce la idea de un actor racional que bien sea por sus pasiones o intereses personales, pone en riesgo el pacto social que evita el caos. Esta perspectiva que individualiza al infractor encuentra un desarrollo positivo en *La idea del fin en el derecho penal* (1882) de Franz Von Liszt. El pensador austriaco observa la pena desde una concepción finalista en la que el propósito del castigo es la protección de un bien jurídico, esto es, de intereses de la vida humana individual o social tutelados por el derecho. Dicha protección puede darse a partir de una *prevención general* (sobre el conjunto de los sujetos de derecho) o sobre el propio delincuente como *prevención especial*. A este último, según Von Liszt, se le puede resocializar o neutralizar.

El elemento crítico de la aproximación finalista de la escuela jurídico penal sociológica es su desplazamiento de la idea retributiva de matriz ética por la preventiva, enfocada en el provecho social. Sin embargo, la idea de corte relativo en la que ya se inscribe Von Liszt incluye la clasificación y posterior segregación perpetua de delincuentes irrecuperables. Si bien este finalismo comparte con Beccaria la postura de que una pena justa es una pena necesaria para el bien del Estado, encuentra una diferencia cualitativa en la visión multidisciplinar que exige la objetivación de la pena, el examen del delincuente y el abandono de la retribución como fin del castigo: “la venganza de sangre es dejada de lado por los coasociados, limitada y prohibida por el creciente poder estatal (...) [la pena estatal] se conforma con el debilitamiento en vez del aniquilamiento de los bienes jurídicos de que es titular el delincuente”. (Von Lizst: 1994: 88).

La aparente humanización del castigo en Von Lizst es cuestionada por Roxin en su manual de *Derecho Penal* (1994). En contraste con las teorías absolutas defendidas por el idealismo Alemán, en la que se equilibra y expía la culpabilidad del autor por el hecho cometido, independientemente de la existencia del Estado (con base en un imperativo categórico de justicia (Kant, 1798) o como la negación de la negación del derecho (Hegel, 1821)), Von Lizst es situado en la teoría de la prevención especial. La interpretación finalista de la pena pretende asegurar a la comunidad, intimidar al autor o corregirlo (Roxin, 1994: 86). Para Roxin el

defecto más grave de esta aproximación es que no pone límites a la pena. La resocialización puede poner en riesgo la libertad del individuo en un Estado liberal de derecho e imponer una educación particular del Estado que un ciudadano racional no tiene por qué aceptar incondicionalmente (Roxin, 1994: 88). Ello sin mencionar que la reincidencia es difícil de tratar del mismo modo que la resocialización puede no ser funcional en todos los casos (como los miembros del partido Nazi que se escondieron una vez terminada la guerra y como tal se volvieron inofensivos para la sociedad, pese a haber cometido graves crímenes durante el régimen).

La prevención general (aquella que pretende influir sobre la comunidad y no solo sobre el autor) es igualmente problemática para Roxin. Feuerbach (1801), precursor positivista de esta corriente, sostenía que la ley es una coacción psicológica que se configura mediante el poder efectivo y armónico entre los poderes legislativo y ejecutivo para intimidar el impulso sensual de los individuos hacia la lesión jurídica y así preservar la libertad de todos. Semejante interpretación de la ley hace que el objetivo de la pena sea la intimidación de todos como posibles protagonistas de lesiones jurídicas con el fin de preservar la confianza en el ordenamiento jurídico (Feuerbach 2007: 52-53).

La prevención general negativa de Feuerbach tiene el poder de hacer de la pena algo necesario, incluso en la ausencia del delito, pues su propósito es disuadir a la población general y no solo a los autores de crímenes. En este sentido, tiene un carácter objetivo, pues debe ser exacta en establecer el tipo de conductas que el Estado prohíbe a los individuos. Sin embargo, Roxin considera que las deficiencias teóricas y prácticas de la prevención general también residen en la imposibilidad de limitar las penas, lo cual puede conducir a un Estado autoritario que imponga terror basado en el bien general. Asimismo, tiene un alto riesgo de atentar contra la dignidad humana pues el castigo se justifica en una idea abstracta de comunidad y no en el respeto de los derechos del individuo. Finalmente, la teoría de prevención general también enfrenta la dificultad de justificar la ejecución del castigo sobre el infractor, pues la intimidación se dirige exclusivamente a la comunidad y no al autor que ya ha cometido el delito (Roxin, 1994: 93).

La apuesta por una teoría mixta que vincule retribución, prevención especial y prevención general como fines de la pena

que se persiguen simultáneamente, parte de la idea de que ninguna de las aproximaciones puede justificarse por sí sola. No obstante, para Roxin, en términos de fundamentación teórica, no es posible sostener al mismo tiempo la compensación de la culpabilidad que requiere la retribución, junto con las pretensiones de intimidación de la prevención especial y general. La propuesta es entonces una teoría unificadora preventiva de carácter dialectico que anula el pensamiento retributivo y toma los aspectos más acertados de las propuestas preventivas. Esta síntesis pretende amortiguar las críticas a cada aproximación por medio de un sistema recíproco de complementación y restricción (Roxin, 1994: 95).

La teoría unificadora preventiva de Roxin busca evitar los hechos delictivos tanto a través de la influencia sobre un individuo particular como sobre la colectividad. Ello se consigue cuando “la pena declarada en la sentencia concreta es adecuada para alcanzar ambos fines tan eficazmente como sea posible” (Roxin, 1994: 95). Las críticas a la resocialización del delincuente basadas en el argumento de que conduce a una adaptación forzosa de la personalidad, encuentran su límite cuando el castigo es sopesado en función de una prevención general y viceversa. Allí donde una pena ejemplarizante es excesiva, una idea de voluntad resocializadora evita la desproporción. Del mismo modo, una resocialización que presiona a un individuo a una educación que va en contra de su dignidad, nunca puede ser forzada, lo cual ofrece la alternativa de encontrar una adecuación de la pena en función de la prevención general y de la reinserción social a la que aspire el delincuente una vez que cumpla con su castigo. En otras palabras, por motivos preventivo generales la pena no puede ser reducida al punto de que la sanción ya no sea tomada en serio por la comunidad. A su vez, por motivos preventivo especiales, la pena no puede ser tan amplia que evite la resocialización del individuo.

Como se observa, la retribución no tiene cabida en la teoría unificadora de Roxin. El castigo de criminales de guerra, por ejemplo, o que hallan cometido crímenes contra la humanidad, nunca se justifica por la mera expiación o balance de la culpabilidad kantiana, sino en función de una prevención general para evitar la relativización de la validez jurídica que supone la no prohibición de cometer tales crímenes. Algo similar ocurre con la idea de una

esencia de la causación retributiva de un mal o el reproche ético-social que acompaña una pena. En ningún caso estos elementos pueden ser concebidos como fines en sí mismos, sino que, para Roxin, son el vehículo hacia fines preventivos resocializadores o de educación general (Roxin, 1994: 99).

Finalmente, la renuncia a la retribución que plantea Roxin propone una barrera de orientación liberal a la sanción preventiva a través del principio de culpabilidad -entendido como medio de limitación de la pena-. El jurista alemán encuentra la necesidad de justificar el derecho penal moderno, no en una idea de compensación retributiva, sino en la restricción de la coerción penal estatal por medio de la determinación de los daños ocasionados y los factores internos del autor del delito -contrapuestas a las exigencias preventivas y resocializadoras-. Así, la exigencia de la teoría unificadora advierte que “nadie puede ser castigado más duramente de lo que se merece y “merecida” es solo una pena acorde con la culpabilidad” (Roxin, 1975: 100).

Günther Jakobs (1991) se aproxima a las teorías absolutas (retributivas) y relativas (preventivas) de la pena de una manera muy distinta a Roxin. Reconoce que el debate doctrinal actual sobre el fin de la pena se inclina al mantenimiento del orden social, pero interpreta tal orden como la “estabilización de la norma” (Jakobs 1991: 20). De este modo, critica el dispositivo unificador de Roxin de mesurar la pena con la culpabilidad. De acuerdo con Jakobs “no se puede fundamentar con los fines preventivos “educación” o “intimidación” la imposición de una pena que es demasiado corta para educar o intimidar “pero sí adecuada a la culpabilidad” (Jakobs 1991; 24). Esto quiere decir que la relación dialéctica entre lo preventivo especial y lo preventivo general es, para Jakobs, una suposición incierta que no puede determinar el alcance de la culpabilidad o de la prevención.

Para evitar los problemas exteriores o prácticos de los cuales no se puede predicar, dada su imprecisión, y por su opinión de que el derecho penal no puede sanar las consecuencias de la infracción, Jakobs opta por establecer los fines de la pena en el terreno estrictamente normativo (Jakobs 1991: 12). La contradicción a la norma por medio de una conducta debe ser castigada para garantizar que el modelo de orientación que supone el derecho penal

no sea desautorizado. En otras palabras, la pena se justifica para evitar el *conflicto social* que implica poner en tela de juicio la norma, entendida como modelo de orientación (Jakobs 1991: 13).

La estabilización normativa de Jakobs puede ubicarse entonces en un modelo de prevención general positiva, pues su función consiste en ejercitar el reconocimiento de la norma. El problema de esta postura es que no satisface las demandas fácticas de una sociedad en constante transformación. Educar las expectativas sobre la norma no garantiza que quienes han sido infractores reconozcan la norma como herramienta para la superación del conflicto social de su comunidad particular. En efecto, la noción de conflicto social no se puede limitar al desconcierto que experimenta un segmento de ciudadanos a causa de la ausencia de castigo contra quienes alteran el orden codificado en las normas. Por el contrario, puede generar la percepción, en contextos de segregación, de que la norma es una forma de control de los reductos sociales que no tienen acceso a los centros de poder político y económico de una sociedad.

La función de la pena para Jakobs se sitúa en una sociedad democrática ideal en la que los cuerpos legislativos representan claramente las demandas de todos los segmentos de la población y en el que las normas que se producen reflejan un interés público consensuado, cuyo fin es castigar a aquellos que marginalmente se enfrentan al orden establecido. Si bien la estructura dialéctica del análisis de Roxin no se ocupa de una crítica a la interpretación ordenada de la sociedad que requiere la propuesta preventiva de Jakobs, sí parece más funcional al momento de pensar los fines de la pena para sociedades en transición.

Roxin también escribe para un contexto en el que no hay violaciones masivas y sistemáticas a los derechos de los ciudadanos y en el que un grupo se alza en armas contra un orden estatal que considera injusto. Sin embargo, su teoría, al igual que la de Jakobs, ha influido fuertemente el ordenamiento jurídico colombiano y, en consecuencia, en la manera de concebir el castigo, bien sea en la justicia ordinaria o en la transicional. Atendiendo a esta circunstancia, parece que la propuesta preventiva de Roxin puede resistir con más argumentos (aunque no ileso) los ataques sociológicos de Foucault, Garland y Gargarella sobre el castigo como institución social y de control. Al respaldar una visión unificada de la prevención general

y especial, Roxin tampoco se refiere a sociedades en transición, ni construye una teoría que se ocupe de contextos en los que la educación general o la resocialización voluntaria del criminal pueda ser ajustada a las transformaciones políticas y culturales de momentos históricos determinados. Sin embargo, sus fundamentos prácticos resultan más útiles que las pretensiones de estabilización normativa de Jakobs para el examen del castigo y la impunidad que pretende el presente artículo.

13.3.2 El castigo como comunicación

Pese a que hasta ahora solo se ha defendido la visión unitaria de los fines de la pena de Roxin, es posible complementarla a partir de un breve diálogo con la filosofía del castigo del mundo anglosajón, particularmente la propuesta de R.A Duff (2010) en la que el castigo penal debe *comunicar* a los infractores la censura que merecen por sus crímenes y apuntar a que, a través de dicho proceso comunicativo, sean persuadidos a arrepentirse, tratar de reformarse y así reconciliarse con las víctimas de sus acciones (Duff, 2010: XVII).

En lugar de dividir las teorías sobre los fines de la pena en absolutas y relativas (preventivo generales o preventivo especiales), Duff lleva a cabo una abstracción filosófica más comprensiva. Sus categorías se dividen, de este modo, en *Consecuencialistas* (el castigo es justificado si provee alguna utilidad), *Retribucionistas* (el castigo se justifica si es merecido) y *Abolicionistas* (un movimiento diverso que se opone o bien a la prisión o bien a cualquier forma de castigo estatal, a causa de la imposibilidad de justificar su aplicación en todos los casos) (Duff, 2010: 3).

Con respecto a los consecuencialistas, grupo en el cual entrarían Roxin y Jakobs, Duff describe la lógica de su argumentación a partir de la necesidad que estos tienen de sopesar los costos (transaccionales y de legitimidad) de infringir un castigo sobre las ventajas que se pretenden para el bien general de una comunidad. Los fines en este contexto oscilan entre la prevención, la incapacitación y la rehabilitación del infractor. Estos propósitos, como ya lo señalaban los juristas alemanes, se enfrentan a objeciones sobre las contingencias que afectan el rango de las penas al momento de justificar el castigo. Es decir, la dificultad en el establecimiento del

criterio para el límite de las mismas. Jakobs esquivaba la objeción por medio de su lectura positiva de las normas y Roxin con su propuesta dialéctica apoyada en la culpabilidad. Pero la principal crítica a la aproximación consecuencialista proviene de los derechos de los inocentes en un proceso penal. Las medidas penales orientadas al bien general pueden reducir eficientemente el crimen violando los derechos de algunos inocentes para maximizar o bien la expectativa normativa o bien la educación de la mayoría (Duff, 2010: 10).

La pregunta de Duff es fundamental en términos de justicia transicional, pues adoptar una postura consecuencialista, a la hora de negociar el fin del conflicto, podría suponer que muchos inocentes que reclaman su derecho a la justicia, no recibirían ningún tipo de atención por parte del ordenamiento jurídico en aras del bien general que supone la paz. Sin embargo, este argumento estaría simplificando la interpretación unificada del castigo que también propone el pensador británico y que podría complementar la de Roxin sin entrar en contradicciones.

Los argumentos de Duff se inscriben en la imagen de la *comunidad liberal legal*, la cual describe como una estructura definida por los valores de la autonomía, la libertad, la privacidad y el pluralismo. El propósito del derecho penal en tal comunidad es definir o crear un rango de prohibiciones públicas que importan a toda los miembros de la colectividad. En este sentido, el juicio penal es un proceso a través del cual los miembros de la comunidad son llamados a responder por alegatos sobre sus infracciones para ser censurados públicamente si tales alegatos son probados. Lo importante de dicho proceso es que trata al criminal como un sujeto político de la comunidad, pues aquello de lo que debe dar cuenta en un proceso judicial se inscribe en los derechos que le confiere la misma ley que lo acusa. Dicha ley es la que lo une al colectivo en un proceso que respeta la autonomía, libertad y privacidad de los presuntos criminales y de sus víctimas (Duff 2010: 35)

Se puede observar que el discurso de Duff no se aleja mucho de la sociedad democrática ideal que espera la estabilización normativa de Jakobs y el proceso dialéctico de Roxin. Por supuesto, el papel fundamental de la inclusión a través del imperio de la ley y la satisfacción de derechos procesales resulta poco práctico si se retoma la idea de que dicha ley no es creada por, ni para los tradicionalmente

excluidos en una sociedad en conflicto. Sin embargo, más allá de la noción ideal de comunidad liberal, es posible encontrar una herramienta útil para la noción de castigo en procesos de justicia transicional. El criminal puede ser entendido como parte de una sociedad, como un individuo que actúa en un contexto particular y que puede comunicar activamente su postura de los hechos en pro de una reintegración que contribuya al cambio que exige la superación de la confrontación armada. Si la acción de comunicar – más allá de los ideales de una comunidad liberal legal- es entendida como un proceso racional que busca una respuesta mediada por la comprensión del interlocutor y no solo como la expresión de una idea o sentimiento, entonces el poder comunicativo del castigo adquiere un carácter inclusivo del infractor o criminal (Duff, 2010: 129).

Si se permite un desarrollo complementario de la lectura unificadora de Roxin y la propuesta comunicativa del castigo de Duff, incluir dignamente al criminal en las alternativas penales del proceso transicional podría cumplir una triple tarea: 1) enviar un mensaje de prevención general a todos los sectores de una sociedad que ha padecido un conflicto prolongado. Este mensaje se inscribiría en la necesidad de evidenciar las responsabilidades compartidas de los crímenes e integrar a los perpetradores de graves crímenes en el trabajo por la implementación de los acuerdos que exige la firma de un pacto de paz; 2) proponer una prevención especial para el criminal, quien encuentra en la exposición que implica un proceso penal alternativo, digno e incluyente (y en el castigo no retributivo), la integración a una comunidad que le manifiesta la necesidad de contar con él para el cambio y, además, le exige la verdad y la reparación de las víctimas; 3) entender el proceso penal transicional como un espacio de comunicación el en que el criminal es un miembro – que ha afectado los lazos que permiten el desarrollo del colectivo- pero que, en sentido estricto, hace parte de la comunidad y de la superación del conflicto.

13.3.3 El castigo como institución social y herramienta de negociación

El optimismo en las interpretaciones liberales de Roxin y Duff debe sopesarse con posturas críticas sobre los elementos de control y desigualdad política y económica que contiene la institución del

castigo y que se han ocultado bajo la apariencia de la humanización de las penas a partir de las reformas penales del siglo XVIII. Si bien en el debate sobre el rol del castigo en la justicia transicional, la unificación de fines preventivos y comunicativos en la pena se constituye como un argumento robusto contra la lectura punitivista que domina el debate político alrededor de la paz en Colombia, es necesario detenerse brevemente en las aproximaciones críticas a las instituciones liberales que respaldan el derecho penal.

Con base en el método genealógico llevado a cabo en *Vigilar y castigar* (1975), Michel Foucault sostiene que la “relajación” de la penalidad en el curso del siglo XVIII (época que dio inicio a los desarrollos penales de Beccaria, Von Lizst y, posteriormente, Roxin, Jakobs y Duff), no respondió a un deseo de humanización de las penas sino a una redistribución de las relaciones de poder y del objeto de la ilegalidad. De una concentración del poder judicial y punitivo en el soberano, el castigo se desplazó hacia la esfera de control de una burguesía floreciente cuyo objeto de protección eran los bienes y no precisamente el cuerpo del suplicio. En este contexto, el castigo se adaptó y tecnificó, como lo ha hecho a lo largo de la historia, para hacer más eficiente y comprensivo su control social:

Mudar el objetivo y cambiar la escala. Definir nuevas tácticas para dar en un blanco que es ahora más tenue, pero que está ampliamente extendido en el cuerpo social. Encontrar nuevas técnicas para adecuar los castigos y adaptar los efectos. Fijar nuevos principios para regularizar, afinar y universalizar el arte de castigar. Homogenizar su ejercicio. Disminuir su costo económico y político aumentando su eficacia y multiplicando sus circuitos. En suma, constituir una nueva economía y una nueva tecnología de poder de castigar: tales son, sin duda, las causas esenciales de la reforma penal del siglo XVIII (Foucault 2008: 103).

Foucault expone el ejercicio del castigo como una institución social que responde a contingencias históricas representadas en distintas tecnologías de poder. Donde Jakobs encuentra fines absolutos o relativos y Duff señala tendencias retribucionistas o consecuencialistas, Foucault ve la transición histórica hacia técnicas de coerción de los individuos. Dichas técnicas incluyen

procedimientos de sometimiento del cuerpo que instalan el poder en el ámbito de la gestión de las penas en prisión. En otras palabras, el modelo representativo, retributivo, escénico, significativo, público y colectivo del monarca soberano que defendían Kant y Hegel, fue sustituido por la técnica solitaria y secreta del poder de castigar que inician las reformas penales del siglo XVIII (Foucault, 2008: 152-154). Bajo esta perspectiva, las posturas liberales del siglo XX que defienden el soporte institucional de la prisión como vehículo humanizado del ejercicio físico del castigo, también son una adaptación de la pena para ejercer poder y control.

En “Perspectivas sociológicas sobre el castigo” (1991), David Garland desarrolla la noción de castigo de Foucault como una institución dinámica, sujeta a multitud de interpretaciones que exigen una aproximación sociológica y no solo dogmática. Garland comparte con el filósofo francés que el control del crimen en las sociedades modernas se erige como una compleja institución social en donde el recurso recurrente a la prisión todavía no consigue las pretensiones de resocialización voluntaria y prevención unificadora de las propuestas liberales. Por el contrario, fomentan el control y la retribución de las teorías absolutas anteriores a Beccaria.

La perspectiva instrumental del castigo fracasa en todos los casos. Mientras que los procesos de socialización se limiten a las prisiones, estos no responderán a iniciativas más generales de interdependencia y confianza mutua que incluyan incentivos y recompensas informales para premiar acciones no criminales en contextos de marginalidad (Garland, 2007: 191). Si todos los esfuerzos se centran en versiones coercitivas de la sanción social, limitadas exclusivamente a las instituciones penales, el castigo instrumental está condenado a no tener éxito. En este sentido, la prisión es una tecnología compleja de control y exclusión. Como tal, persigue simultáneamente diferentes objetivos: medio de incapacitación de delincuentes -al excluirlos de manera segura de la sociedad- y dispositivo de violencia sutil y localizada contra el individuo de manera que sea readaptado socialmente. Además, en términos de las condiciones reales de los recintos de reclusión “hoy en día es comúnmente aceptado que la prisión es exitosa en la imposición de verdaderas condiciones de penuria, privación y sufrimiento sobre la mayoría de delincuentes que son reclusos en

ella” (Garland, 2007: 193). Lejos de la propuesta humanizante de las reformas penales del siglo XVIII y de las formulas del liberalismo comunitario de Duff, la prisión cumple actualmente una función activa de retribución, exclusión, incapacitación y sufrimiento sobre los delincuentes y es un espacio para la satisfacción de la venganza como norma social (Garland, 2007: 193).

Para Garland es posible que el respaldo al modelo carcelario confunda algunas de sus funciones exitosas (retributivas) con algunas de sus funciones fracasadas (preventivas, socializadoras). Su propuesta es entonces que las discusiones en torno al fin del castigo se enriquezcan con perspectivas socio-económicas y culturales. Por ejemplo, un análisis del costo excesivo que supone la prisión para expresar sentimientos punitivos, estudiar formas más eficaces de compensación de las víctimas en función de esquemas de prevención del delito, examinar el vinculo del castigo con programas de asistencia social y educativa (Garland, 2007: 195). Una perspectiva del castigo como institución social no solo permite cambiar la manera de entender las sanciones penales más allá de una visión instrumental, sino también evaluar sus expectativas, por momentos demasiado optimistas, con base en resultados fácticos (Garland, 2007: 195).

En síntesis, la invitación de Garland, siguiendo la genealogía de Foucault, es a tener en cuenta la naturaleza profundamente social del castigo legal y revelar los valores y compromisos que suponen sus prácticas. Una sociología del castigo evita fraccionar la cuestión penal en consideraciones exclusivamente administrativas para situarla en reflexiones sobre su contexto, finalidad y consecuencias reales en la sociedad (Garland, 2007: 196).

La tesis de Roberto Gargarella (2012) sobre los retos del castigo penal en sociedades desiguales parece atender a las recomendaciones de Garland y llama la atención sobre la selectividad del poder punitivo en contextos en los que es el Estado quien ejerce la peor violencia y vulneración de derechos fundamentales contra la población. En su artículo “Injusticia penal, justicia social”, Gargarella cuestiona los argumentos liberales de la idoneidad del poder punitivo para incluir al criminal en un proceso penal garantista que lo hace miembro de la comunidad. El poder del Estado para castigar a través del derecho penal no es, en realidad, una manera de hacer respetar los derechos del acusado y de la víctima, por el contrario, para Gargarella, en

contextos de desigualdad, el poder punitivo tiende a ser arbitrario, sesgado, prejuicioso y selectivo -de manera que la fuerza se ejerce usualmente contra los más débiles y excluidos- (Gargarella, 2012: 138). La continuidad del poder punitivo sesgado es simplemente una manera de preservar una situación violadora de derechos que hace incoherente una función resocializadora del criminal, pues la sociedad a la que se le quiere reintegrar fue aquella en la que las condiciones de violencia estatal contra sus derechos hacen imposible pensarlo como un actor racional que incumple deliberadamente la norma y afecta el “orden social”.

Gargarella también respalda la idea de que los sistemas penales en general – y muy especialmente en sociedades desiguales- tienden a castigar un porcentaje mínimo de los crímenes (Gargarella, 2012: 138). Este hecho en Colombia, como un país en medio de un conflicto armado, salta a la vista²⁶ e invita a pensar que la impunidad, entendida en su versión más simple como falta de investigación y sanción de delitos, no se consigue con un poder punitivo que reclame más penas para todos los responsables. En términos de efectividad, Estados desiguales como el colombiano, simplemente no están en capacidad de hacerlo.

La crítica de Gargarella a la violencia estatal representada en el derecho penal abre la posibilidad hacia las herramientas restaurativas que se esbozarán más adelante y que sugieren el encuentro entre víctima, victimario y comunidad para una superación de los conflictos. Estas medidas pueden ser funcionales también en procesos transicionales que requieren vías de reparación más expeditas para grandes cantidades de afectados. Finalmente, los puntos de discusión de Gargarella recuerdan la función del derecho penal como recurso último en el ejercicio de la soberanía estatal (Gargarella, 2012: 139).

La tendencia a recurrir al poder punitivo como primera respuesta al conflicto no solo es poco eficiente y costosa, sino también contraria a la doctrina que los pensadores introducidos a lo largo de este artículo defienden. Roxin y Duff no aceptarían que se plantee al derecho penal como la solución a los problemas políticos,

26. Ver: Uprimmey Yepes, Rodrigo. ¿Justicia para todos? Sistema judicial derechos sociales y democracia en Colombia. Bogotá: grupo editorial norma, 2006. p. 331.

económicos y culturales de una sociedad. En ambos casos el propósito de la pena se apoya un orden social garantizado por otras instituciones democráticas que se ocupan de velar por los derechos de los ciudadanos y no por ejercer violencia contra ellos.

La coincidencia entre las críticas más fuertes a la corriente penal liberal que llevan a cabo el jurista argentino, el sociólogo británico y el filósofo francés presentados en este apartado, abren la puerta para no abandonar las fortalezas encontradas en la propuesta preventiva unificada de Roxin y el fin comunicativo del castigo en Duff. Una conjunción de estos elementos, que parecen disimiles, de hecho contribuye a la construcción de un modelo penal alternativo dentro de la justicia transicional. Si bien es necesario incluir en la reflexión sobre las funciones de la pena el enfoque crítico de la genealogía del castigo, la sociología y las observaciones políticas sobre la violencia del derecho penal en sociedades desiguales, ello no implica desechar las pretensiones incluyentes y preventivas de una interpretación complementaria de Duff y Roxin. Por el contrario, para completar el esquema del castigo en el contexto de transición colombiano, lo que se debe recordar es el carácter de negociación política entre actores armados.

En efecto, lo que lleva al gobierno de Colombia a participar de una mesa de dialogo no es solamente la imposibilidad de derrotar en el terreno militar a la guerrilla de las FARC, es el reconocimiento de que se requieren ajustes políticos que superen la desigualdad estructural en el país²⁷. Ese país desigual es el que ejerce violencia a través del derecho penal y el que no ha sido capaz de satisfacer efectivamente los derechos fundamentales de sus ciudadanos. En este sentido, el castigo entendido como recurso para la prevención del crimen y la inclusión del criminal en un Estado de derecho, debe sumar la *negociación* como elemento fundamental en espacios de transición. En otras palabras, el castigo para responsables de graves crímenes no puede plantearse en categorías absolutas, en las que

27. Ver: Caracol Radio: “Gobierno y FARC publican borradores sobre lo acordado en La Habana” En: <http://bit.ly/1oi6EeS>. Recuperado el 24 de septiembre de 2014. El gobierno de Colombia y la guerrilla de las FARC han llegado a cuerdos parciales en la mesa de negociación que se ocupan de elementos estructurales de las políticas económicas y sociales del país: acceso y uso de la tierra, participación política, solución del problema de las drogas ilícitas.

las partes acusan a sus antagonistas en términos de las expectativas internacionales sobre la impunidad, sino que tienen el deber de establecer responsabilidades y reparar a las víctimas en función de la construcción de una democracia en la que sea posible prevenir los delitos y comunicar los derechos sin necesidad de recurrir a un régimen penal sesgado, discriminatorio y desigual.

Esto quiere decir que el castigo se presenta en la justicia transicional como un espacio de negociación, no solo del tipo y propósito de las penas, sino del sentido de incluir a las partes en un ejercicio de establecimiento de responsabilidades y reparación de las víctimas que reconoce que el sistema penal, tal y como estaba durante el conflicto, no era el más justo y debe ser transformado. Una crítica retributiva a esta propuesta es, por supuesto, la idea de que los perpetradores de graves crímenes no tienen la legitimidad para negociar el Estado de derecho que ellos mismos han puesto a tambalear. Ante semejante afirmación, hay que regresar a las lecciones de Foucault, Garland y Gargarella sobre las condiciones en las cuales se desarrolla el derecho penal en tal Estado: como una pugna desigual por el poder y el control que tradicionalmente ha excluido a un segmento de la población y que también ha ejercido violencia contra los derechos de los ciudadanos, incluidos los criminales de la insurgencia.

La reflexión sobre el castigo es entonces una oportunidad dentro de la mesa de negociación entre el gobierno colombiano y la guerrilla de las FARC en cuatro sentidos: 1) para revisar la violencia que el Estado ha venido ejerciendo contra sus propios ciudadanos en un régimen desigual; 2) para exponer las responsabilidades de las partes con las víctimas; 3) para enviar un mensaje preventivo, que no es normativo, sino una propuesta de cambio estructural de las condiciones sociales. De este modo se haría un llamado general a no convertir los conflictos sociales en confrontaciones armadas y se le exigiría al Estado y la guerrilla reparar los daños cometidos; 4) para pensar el proceso mismo por medio del cual se debe investigar y sancionar a los criminales del conflicto con base en una propuesta más incluyente. Estos puntos pueden ser, como se verá en el siguiente apartado, una iniciativa de justicia restaurativa que vincule a victimarios, víctimas y comunidad en el tratamiento del castigo.

13.4 Justicia restaurativa: víctimas, comunidad y reintegración

En el capítulo anterior se esbozó el esquema inicial para un modelo de justicia transicional en Colombia que gire en torno a la noción de castigo. Para tal efecto, se vinculó el sentido preventivo unificado de la pena de Roxin, la capacidad comunicativa del castigo de Duff y la crítica histórica y sociológica a las reformas penales liberales que se caracterizan por el control de los más débiles, la pugna por el poder a través de tecnologías de reprensión, y la violencia que impone el derecho penal en sociedades desiguales.

El resultado de estas consideraciones es una propuesta que exige a las partes que negocian el fin del conflicto en Colombia tres aspectos: 1) la unificación de la prevención general y especial del crimen a través de castigos para los criminales que se ocupen de su *socialización voluntaria* y la *reparación* de las víctimas; 2) un proceso *digno e incluyente* que invite a los acusados de ambas partes a asumir su *responsabilidad* y, como tal, *comunicar* la necesidad de reforzar un Estado que *garantiza los derechos de víctimas y victimarios*; 3) reconocer que el castigo para perpetradores de crímenes en el contexto del conflicto armado es parte de la *negociación política*. Esto se exige resaltando la *violencia* histórica que ha acompañado la aplicación del *derecho penal* contra los segmentos más *débiles* de la población colombiana. En este sentido se requieren estrategias que vinculen a infractores, víctimas y comunidad en la construcción de nuevos modelos de reprensión social. Semejantes modelos deben formularse pensando en un escenario más justo durante y después de la transición. La presente sección se ocupa de considerar la justicia restaurativa como una propuesta viable para este propósito.

La justicia restaurativa es una alternativa a la aproximación punitivista o terapéutica (resocializadora) de la justicia penal tradicional. En lugar de la retribución y el control social formal, el paradigma de la justicia restaurativa consiste en la reparación del daño, la participación de las víctimas, el rol de la comunidad en la resolución de conflictos y el reconocimiento significativo de la responsabilidad del perpetrador. Surge como una respuesta crítica a la poca efectividad y eficiencia de la justicia penal para prevenir el crimen y para incluir al criminal y a la víctima en la construcción de

soluciones con base en su contexto cultural y social (Crawford and Newburn, 2003: 21).

Las diversas prácticas de la justicia restaurativa están orientadas a garantizar un proceso en el que las partes enfrentadas por un conflicto particular se reúnen para resolver colectivamente cómo lidiar con las consecuencias de la ofensa y sus implicaciones personales y comunitarias para el futuro (Marshall 2001: 37). En este sentido, la reparación del daño -a partir de la participación, la deliberación y la comunicación para la resolución del conflicto- constituye uno de los objetivos principales del enfoque. Sin embargo, desarrollos más recientes basados en los resultados de experiencias locales y nacionales -particularmente en Norteamérica Reino Unido y Nueva Zelanda- señalan que además de las posibilidades para la justicia penal y los procesos formales, la justicia restaurativa apunta tanto a experiencias locales no formalizadas, como a preguntas estructurales sobre equidad y redistribución (Dignan 2005: 5). La justicia restaurativa no es solo un proceso basado en consecuencias para el futuro, sino también una iniciativa de las partes para resolver los daños creados por la ofensa, para equilibrar la responsabilidad del perpetrador con las necesidades de aquellos afectados por dicha ofensa y para garantizar la participación efectiva de los involucrados en las decisiones sobre las respuestas al delito cometido.

De acuerdo con los objetivos de la justicia restaurativa, los ámbitos de análisis para un estudio de su posible implementación en la justicia transicional en Colombia son: el papel de las víctimas, el rol de la comunidad y la reintegración del criminal. Para tal efecto, hay que partir de la idea de que las víctimas experimentan los crímenes de una manera muy personal y que sus emociones y necesidades deben ser escuchadas y empoderadas en cualquier proceso restaurativo (Braithwaite 1996: 13). Esto quiere decir que la estigmatización asociada al establecimiento de la acción, la tipicidad, la antijuricidad y la culpa en los procesos tradicionales de la justicia penal, no contribuyen a que quien llevó a cabo la ofensa asuma su responsabilidad (debido a los altos costos que implica aceptar la culpa en tal esquema). Por lo tanto, el proceso penal no aporta a la reparación de los daños sufridos por la víctima, ni al establecimiento de las responsabilidades compartidas en la compleja red de relaciones e influencias que rodean al criminal. En otras

palabras, la justicia restaurativa, desde la perspectiva de las víctimas, supone una concepción colectiva de la responsabilidad que en vez de buscar infligir algún tipo de dolor o restricción a través del castigo al perpetrador, propende por su reintegración a una comunidad que comparte responsabilidades con él y en dónde todos deben participar para decidir el camino a seguir después de la ofensa.

La noción de comunidad que exige la justicia restaurativa no puede ser ingenua. En lugares donde los recursos y la educación son escasos, introducir las prácticas y técnicas que exige el enfoque puede ser un proyecto difícil y de largo aliento. Es evidente que en Colombia un proyecto de este tipo debe ser gradual. La idea de apoyar la reintegración y compartir las responsabilidad por parte de miembros de una comunidad polarizada o temerosa puede ser rechazada, ridiculizada o contar con poco compromiso (Dignan 2005: 10). De este modo, la *restauración* no debe pensarse solo en función de la víctima y el criminal, sino también en función de la comunidad misma. Para Braithwaite (1996) existen tres niveles en los que la justicia restaurativa se refiere a la comunidad: un nivel *micro* que involucra al círculo cercano de la víctima y el perpetrador en el que se busca estrechar lazos y reforzar el sentido de comunidad en las relaciones familiares y amistades, un nivel *meso* en el que se pretende fomentar un sentido de comunidad en las instituciones, las escuelas, las profesiones, los barrios, etc. Las alternativas de resolución de disputas en este nivel fortalecen los lazos sociales, las instituciones en sí mismas y, por lo tanto, un sentido más amplio de comunidad. Finalmente, el nivel *macro* se dirige al diseño de instituciones de democracia deliberativa (donde las decisiones son importantes por el proceso de debate y participación que suponen) a través de las cuales se discutan problemas sociales que se refieran a injusticias locales que puedan ser comunicadas nacionalmente. La deliberación que implica la justicia restaurativa así concebida lleva a ciudadanos ordinarios a posicionarse sobre discusiones democráticas de gran envergadura como el desempleo, la segregación, reintegración de excombatientes y, por supuesto, el derecho penal mismo.

El tercer ámbito de análisis de la justicia restaurativa, referido a la reintegración del criminal, debe preguntarse por la relación entre retribución y resocialización. Ambas aproximaciones no hacen parte de las estrategias restaurativas en tanto suponen o bien una

idea limitada del castigo en función de la venganza, o una mirada patologizante de la persona que comete un delito. Si bien, como se vio en el segundo capítulo, la justicia retributiva de los últimos tres siglos progresivamente fue abandonando la perspectiva pública y brutal del castigo hacia una esfera privada basada en tecnologías de reproche y control como la prisión, sí conservó sus rituales de *vergüenza* como elementos esenciales del castigo. Para la justicia restaurativa la sanción social desatada por la vergüenza es todavía una técnica de reintegración. No obstante, es necesario hacer una distinción entre la vergüenza que integra o construye y la que desintegra o estigmatiza (Braithwaite, 1989: 55; Nussbaum 2004). En la primera, la desaprobación es seguida de gestos de aceptación renovada en la comunidad de ciudadanos que respetan la ley, está acompañada de iniciativas de perdón. En la segunda, la estigmatización divide a la comunidad al crear una clase de marginados, señalados y humillados.

Dentro de las técnicas de justicia restaurativa que contemplan los tres ejes mencionados (víctimas, comunidad y reintegración del perpetrador) existen 1) la mediación entre la víctima y el perpetrador, 2) las conferencias, 3) los círculos de sentencia 4) los paneles de ciudadanos y 5) las juntas comunales (Newburn, 2010: 751). Estos tipos de intervención incluyen la participación de víctimas, perpetradores y la comunidad. En todos los casos las partes tienen espacio para presentar su perspectiva y deliberar, y las decisiones involucran a todos los actores.

No es este el espacio para profundizar en cada una de estas alternativas y su posibilidad de implementación en el contexto colombiano. Ello hace parte de un desarrollo posterior a las alternativas al castigo introducidas en el presente artículo. Cabe resaltar, en todo caso, que las técnicas de restauración son compatibles con la *prevención unificada*, la *comunicación* y la *negociación* que requiere la estructura del castigo en la justicia transicional. Esto se debe a que la participación de víctimas, victimarios y comunidad, contempla la prevención de la reincidencia del infractor, la disuasión de la comunidad de cometer las mismas acciones en pro de la superación colectiva de los conflictos, la realización de un procedimiento digno e incluyente que respete la dignidad y derechos del perpetrador – sin importar cuán grave sea su falta– y que comunica la necesidad de incluir a todos los segmentos de la comunidad en el proyecto

de restauración del desequilibrio social causado por la ofensa. Finalmente, en espacios como las conferencias o los círculos de sentencia, tanto la víctima como el victimario tienen la posibilidad de exponer aquello que consideran que pudo haberlos conducido al conflicto y la ofensa por ser injusto o desigual desde el punto de vista estructural. En este sentido, es posible negociar con la comunidad los cambios que requiere el conjunto de la sociedad para prevenir nuevos crímenes y acordar caminos de acción que reparen los daños y permitan la superación definitiva de las causas del conflicto.

La justicia restaurativa se puede presentar entonces como un espacio que merece más exploración dentro de la justicia transicional en Colombia. Si bien experiencias como la Comisión de la Verdad de Sudafrica y los tribunales de Gacaca han sido evaluados como alternativas locales valiosas para la consecución de la verdad y, en algunos casos, de la reparación de las víctimas, todavía reciben muchas críticas desde el derecho penal internacional y están lejos de hacer de nociones como el *Ubuntu*²⁸ de Desmond Tutu, propuestas

28. La visión restaurativa de la justicia que defendió Tutu en la Comisión de la Verdad de Sudafrica partía de principios de interconexión espiritual y social propios de ciertas tribus del sur del continente africano. La postura se puede sintetizar en máximas como: “Mi humanidad está vinculada inextricablemente a la tuya”, “lo que te deshumaniza, me deshumaniza”, “una persona es una persona a través de otras personas”, “soy humano porque pertenezco a un comunidad”, “la armonía, la amistad y la comunidad son los mayores bienes”. Tutu Desmond *Il n' y a pas d'avenir sans pardon*, Albin Michel, Paris, 2000, pp. 21-41. Esta perspectiva ha sido criticada desde el derecho penal internacional (Reed 2001; Wilson 2001) por considerar que el balance pragmático entre una justicia ideal y un realismo político no puede promover el mensaje del imperio de la ley que requiere el discurso de los derechos humanos. Estos autores consideran que es imposible procesar todos los perpetradores de un régimen criminal, pero la selectividad de una Comisión de la verdad basada en principios restaurativos también puede crear injusticia. En el mismo sentido, alegan que no se puede imponer la reconciliación a partir de una verdad institucional. Las comisiones de la verdad pueden distraer la atención internacional y disminuir recursos que pueden servir a satisfacer la justicia entendida como penas de prisión para responsables de graves crímenes. La crítica se intensifica además al afirmar que la comisión de la verdad descansa en una idea de reconciliar el discurso de los derechos humanos con visiones locales de justicia para disfrazar un proyecto nacionalista cuyo propósito es legitimar un nuevo régimen político. De manera similar a Duff, Wilson opina que el debido proceso en un juicio criminal envía un mensaje de superación de los excesos del antiguo régimen y una superación de su poder político mientras que *Ubuntu* es un concepto abierto y popular que permite hacer propaganda a un discurso de unificación nacional. Finalmente, se alega que la Sudáfrica post apartheid está lejos de superar la segregación, cuenta con altísimas tasas

realistas que sean funcionales después de un posible acuerdo para la terminación de un conflicto.

Sin embargo, la aproximación que se ha presentado, en la que técnicas restaurativas del mundo anglosajón de Occidente resultan cada vez más interesantes en el derecho penal ordinario, pueden contribuir a incluir de manera más articulada las teorías sobre fines de la pena y la sociología del castigo en el debate sobre la justicia transicional y su posible compatibilidad con el derecho penal internacional²⁹.

13.5 Hacia una nueva definición de impunidad: participación, prevención, comunicación y negociación en la justicia transicional

Este artículo inició con la pregunta sobre el consenso internacional alrededor de la superación de la impunidad que ha sido consignado en el Estatuto de Roma. La inquietud se basó en la tensión entre la necesidad de dar condiciones para un diálogo y un posible acuerdo entre antagonistas políticos de un conflicto armado y el deber internacional de juzgar y sancionar a todos los responsables de graves crímenes. La respuesta no intentó una conciliación entre los dos elementos de la dicotomía, sino que se ocupó de profundizar en aquello que se entiende por castigo para comprender a qué se refiere el derecho penal con la ausencia del mismo y cómo un modelo de justicia transicional en Colombia podría ampliar la reflexión.

de crimen y una población urbana que todavía demanda penas para los responsables de los crímenes. En este sentido, estos autores piensan que solo el castigo retributivo logra enviar un mensaje de la prevalencia del imperio de la ley que las amnistias subvierten. Brody Reed "Justice, the First Casualty of Truth", HRW, http://hrw.org/english/doc/2001/04/30/global12849_txt.htm. Wilson Richard *The Politics of Truth and Reconciliation in South Africa: Legitimizing the Post-Apartheid State*, Cambridge, Studies in Law and Society, 2001, pp. 1-27.

29. Puntos de partida en el que se incluyen elementos restaurativos en los procedimientos de la ICC pueden ser encontrados en Findlay, Mark & Henhman, Ralf. *Beyond Punishment, Achieving International Criminal Justice*. Basingtone: Palgrave Macmillan, 2010 y Findlay, Mark & Henhman, Ralf. *Transforming International Criminal Justice: Retributive and Restorative Justice in the Trial Process*. Cullompton Willan publishing, 2005

El recorrido arrojó dos conclusiones metodológicas. Primero, los debates políticos sobre la impunidad deben valerse de las teorías de los fines de la pena y la sociología del castigo para evitar las imprecisiones conceptuales alrededor de la necesidad de castigo y profundizar en su significado práctico. Segundo, la justicia restaurativa es una aproximación pertinente para dotar de contenido a las propuestas filosóficas y las críticas sociológicas que se construyen en la discusión sobre las teorías tradicionales de la pena. Esto quiere decir que un recorrido por las alternativas penales a las expectativas punitivas en los contextos de transición, resulta en la necesidad de desarrollar un derecho penal más incluyente, participativo y deliberativo.

Por otra parte, de la conjunción de elementos útiles para el debate sobre la pena en contextos transicionales se arribó a una definición de castigo a partir de tres fines complementarios: 1) la prevención unificada, entendida como un proceso dialéctico que pondera entre la disuasión general y la resocialización voluntaria del infractor, 2) la posibilidad de comunicación que debe tener un esquema penal incluyente, cuyos procesos constituyan vehículos para garantizar los derechos del acusado y la víctima, 3) el reconocimiento de una desigualdad estructural que motiva el conflicto social y que debe ser parte de la negociación en los acuerdos de paz. Esto con el propósito de que los tradicionalmente excluidos (víctimas y victimarios) se sumen a la deliberación sobre el modelo penal que debe implementarse durante y posterior a la transición.

Con base en el castigo entendido como institución social con capacidad de prevención, comunicación y negociación, se desprende que la justicia restaurativa es el mejor camino para satisfacer la participación de víctimas, victimarios y comunidad en el rediseño de un derecho penal para la justicia transicional. En este sentido, la impunidad no es otra cosa que la ausencia de condiciones para llevar a cabo la prevención, comunicación y negociación que requiere la participación de víctimas, victimarios y comunidad en la resolución de conflictos. Siguiendo esta teoría, la impunidad en el proceso de paz entre el gobierno de Colombia y la guerrilla de las FARC sería aquella que no garantice la participación de los tres sujetos del escenario restaurativo, ni contemple las tres actividades que debe incluir el castigo. Para precisar, la impunidad no es la

ausencia de castigo retributivo (penas de cárcel para responsables de los crímenes), es la perpetuación del conflicto social a causa de la no participación de víctimas, victimarios y comunidad en la prevención, comunicación y negociación durante y después del proceso de paz.

El Marco jurídico para la paz, aceptado por la Corte Constitucional colombiana, es apenas el esquema inicial del modelo de justicia transicional que se debe ajustar para la consecución de la paz en el país. De acuerdo con lo expuesto en este escrito, el Acto Legislativo debería incluirse entonces en la mesa de negociación con un fuerte énfasis en la reflexión crítica de las nociones de castigo e impunidad. De una discusión de este tipo pueden desprenderse decisiones que garantizarían el reconocimiento de responsabilidades, la reparación de los afectados y, en este sentido, la satisfacción de las exigencias de investigación y sanción de perpetradores de graves crímenes. El problema, por supuesto, es que estas conclusiones pueden no incluir penas de prisión para nadie. ¿Estarán dispuestas la CPI y la sociedad colombiana a aceptar semejante conclusión? Ello dependerá de su grado de participación y de su conciencia de que el derecho penal punitivista (que tanto reclamamos) es parte del problema estructural de violencia y desigualdad en Colombia y que, de su superación -y de la imaginación en torno a respuestas restaurativas al conflicto social- depende nuestra paz.

Referencias

“FARC-EP NO se someten a marco jurídico para la paz”. En <http://bit.ly/1a2OHOp>. Consultado el 10 de agosto de 2013.

Acto Legislativo 1 de 2012.

América economía. “Timochenko’ ratifica que las FARC no quieren ir a la cárcel tras proceso de paz”. <http://bit.ly/17ScKA1>. Recuperado el 15 de octubre de 2013.

Beccaria, Cesare Bonesana, Marques de (2014). De los delitos y las penas. Medellín, Colombia : Ediciones Nuevo Foro.

Braithwaite, John (1989). Crime, Shame and Reintegration. New York, NY: Cambridge University Press.

Braithwaite, John (1996). *Restorative Justice and a Better Future*. Dorothy J. Killam Memorial Lecture. Dalhousie University, October 17.

Caracol Radio: “Gobierno y FARC publican borradores sobre lo acordado en La Habana” En: <http://bit.ly/1oi6EeS>. Recuperado el 24 de septiembre de 2014.

Cassese A (2002) ‘From Nuremberg to Rome: From Ad Hoc International Military Tribunals to the International Criminal Court’ in Cassese A (ed.) *The Rome Statute of the International Criminal Court: A commentary v. 1*, Oxford, Oxford University Press.

Concepto de la Procuraduría sobre demanda de inconstitucionalidad contra algunas expresiones del acto legislativo 01 de 2012 presentada en la Audiencia de la Corte Constitucional. p. 85. 5 de abril de 2013.

Constitución Política de Colombia Artículos 11, 12 y 13.

Corte Constitucional. Comunicado de prensa N. 34. 28 de agosto de 2013.

Crawford, Adam and Newburn, Tim (2003). *Youth Offending and Restorative Justice: Implementing Reform in Youth Justice Devon, UK*: Willan Publishing.

de Greiff, Pablo. (2006). “Justice and Reparations” in Pablo de Greiff, ed., *The Handbook of Reparations*. Oxford: Oxford University Press. 451-477

Diario el País. “La impunidad es la partera de nuevas violencias”: ex presidente Álvaro Uribe. En <http://bit.ly/1albWRf>. Recuperado el 14 de julio de 2013.

Diccionario de La Real Academia Española, Edición 22.

Dignan, James (2005). *Understanding Victims and Restorative Justice*. Maidenhead, England: Open University Press.

Duff, R.A. (2010) *Punishment, Communication and Community*. Oxford: Oxford University Press

Elster J (2006) *Closing the Books, Transitional Justice In Historical Perspective*, Cambridge, Cambridge University Press

Elster J (2006) 'Redemption for Wrongdoing: The Fate of Collaborators. *Journal of Conflict Resolution*, 50 (3) 324-338

EXPEDIENTE D-9499 - SENTENCIA C-579/13 (agosto 28) M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

Feuerbach, Anselm V. (2007) *Tratado de derecho penal*. Buenos Aires. Hammurabi

Findlay, Mark & Henhman, Ralf. (2010). *Beyond Punishment, Achieving International Criminal Justice*. Basingtone: Palgrave Macmillan,

Findlay, Mark & Henhman, Ralf. (2005). *Transforming International Criminal Justice: Retributive and Restorative Justice in the Trial Process*. Cullompton Willan publishing,

Forer, Andreas. (2012). *Justicia transicional*. Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez. p. 31.

Foucault, Michel. (2008). *Vigilar y Castigar. Nacimiento de la prisión*. México: Editorial Siglo Veintiuno.

García Villegas, Mauricio. Rodríguez Garavito, Cesar. Uprimmy Yepes, Rodrigo. *¿Justicia para todos? Sistema judicial derechos sociales y democracia en Colombia*. Bogotá: grupo editorial norma, 2006. p. 331.

Gargarella, Roberto (coord.) (2012). *El castigo penal en sociedades desiguales*. Buenos Aires: Ciepp.

Gargarella, Roberto. "Sin lugar para la soberanía popular. Democracia, derechos y castigo en el caso Gelman. Inédito. En <http://bit.ly/HSy24L>. Universidad de Yale. Recuperado el 20 de agosto de 2013.

Garland, David (2007). *Crimen y castigo en la modernidad tardía*. Bogotá: Siglo del hombre editores.

ICC Official Website <http://bit.ly/18zHW78>. Consultado el 10 de noviembre de 2014.

Jakobs, Günther (1991) *Derecho penal. Parte general*. Madrid: Ediciones jurídicas S.A

Jakobs, Günther (2007) “La imputación jurídico-penal y las condiciones de vigencia de la norma”, en *Teoría de Sistemas y Derecho Penal, Fundamentos y Posibilidad de Aplicación, Traducción a cargo de Javier Sánchez-Vera Gómez-Trelles y Carlos Gómez-Jara Díez.*, Lima: Ara.

Jakobs, Günther, (2005) “¿Cómo protege el Derecho penal y qué es lo que protege? Contradicción y prevención; protección de bienes jurídicos y protección de la vigencia de la norma”, en *los Desafíos del Derecho penal en el Siglo XXI, Libro homenaje al Profesor Dr. Günther Jakobs*, Lima: Ara.

Mamdani, M (2008) ‘The New Humanitarian Order’, *The Nation* 29 September.

Marshall, Christopher D. (2001). *Beyond Retribution: A New Testament Vision for Justice, Crime, and Punishment*. Grand Rapids: Wm. B. Eerdmans Publishing Company.

Moghalu, K (2008) *Global Justice: The Politics of War Crimes Trials*, Stanford, Stanford University Press

Newburn, Tim, ed (2013) *Criminology 2nd*, Routledge, Abingdon, UK.

Noticiero de la FM. “Procurador Ordóñez: yo no sé cómo se aprobó este marco jurídico”. <http://bit.ly/1830ue4>. Recuperado el 15 de octubre de 2013.

Nussbaum, Martha C. (2004). *Hiding from Humanity: Shame, Disgust, and the Law*. Princeton, NJ: Princeton University Press.

Orentlicher, D (1991) ‘Settling Accounts: The Duty to Prosecute Human Rights Violations of a Prior Regime’, *The Yale Law Journal* 100 (8) 2537-2615

Página web del Senado de la República. “El Congreso es el cerrajero de la paz”. <http://bit.ly/NCmimH> recuperado el 15 de octubre de 2013.

Presidencia, Oficina del alto Comisionado para la paz. Intervención en el proceso de constitucionalidad del Acto Legislativo 1 de 2012 Expediente D-9499.

Reed, Brody. “Justice, the First Casualty of Truth”, HRW, http://hrw.org/english/doc/2001/04/30/global12849_txt.htm.

Robinson, (1999) 'Defining "Crimes Against Humanity" at the Rome Conference'. *The American Journal of International Law*, 93 (1) 43-57.

Robinson, D (2003) 'Serving the Interest of Justice: Amnesties, Truth Commissions and the International Criminal Court', *Ejil* 14 (3) 481- 505

Rodman, K (2008) "Darfur and the Limits of Legal Deterrence" *Human Rights Quarterly* 30 (3) 529-560.

Rome Statute of the International Criminal Court, July 17, 1998, UN Doc. A/CONF.183/9* <www.un.org/icc>, reprinted in 37 ILM 999 (1998).

Roxin, Claus (1997) *Derecho Penal, Parte General (T. I): Fundamentos: La estructura de la Teoría del Delito*, Civitas ediciones, S.L.,

Roxin, Claus (2008) *Fundamentos político-criminales del derecho penal*. Buenos Aires : Editorial Hammurabi.

Tutu Desmond (2000) *Il n`y a pas d`avenir sans pardon*, Albin Michel, Paris, , pp. 21-41.

Unidad para la Atención y la Reparación Integral a las Víctimas. En: <http://bit.ly/1dpDoOf>. Consultado el 12 de noviembre de 2014.

Wilson, Richard (2001) *The Politics of Truth and Reconciliation in South Africa: Legitimizing the Post-Apartheid State*, Cambridge, *Studies in Law and Society*, pp. 1-27.

[\[Volta ao Sumário\]](#)

TRIALS AND PUBLICS

Ram Natarajan¹

In October 2010 in the city of La Plata, Argentina, many years after the dictatorship had ended, a trial of some of its torturers culminated in violence. After the tribunal convicted all the defendants and labeled their actions as genocide, one of the convicted men defied them. Striding forward on stage, he raised his arms above him and made the sign of victory. Straightaway, police guards swarmed the man. Many of the defendants' families and friends screamed back, "Go look for the disappeareds' bones in the paupers' graveyards." A few of the defendants' supporters in the balcony began to punch members of the press who shared their space. Still onstage, the four judges sat silently as these hostilities raged on.

In 2010, attending the trial verdict, I began research on the aftermath of the Argentine dictatorship, trained as an anthropologist. I started out my research with the question wanting to understand, anthropologically, what it was to be a represor in the context of state violence, what it was to have committed violence and then to live on once the commission of torture and forced disappearances had ended. In Argentina as in other countries so much of what counts as violence is slippery because it is bound up with societal, legal, and political processes that define which actions count as violence and which do not, which forms of these violence are legitimate and which forms are unacceptable, and who counts as a victim and whose injuries are made to be invisible.

1. Assistant Professor of Anthropology and Latin American Studies at the University of Arkansas. His research and teaching focus on violence, memory, human rights, Latin America, literature, and law.

Everyday life, suggests the Greek anthropologist and philosopher Nadia Serematakis (1996), is one of the most complex aspects of human existence. Everyday life is where and how identities that are constructed dissolve as natural, “because the everyday, prepared as a zone of devaluation, forgetfulness, and inattention, is also the site where new political identities can be fabricated by techniques of distraction; where power can make its own self-referential histories by absencing anything that relativizes it.” Even as politics bear down on how people live, though, other forms of life break through. Everyday life, Serematakis continues, “is mythicized as atopic and as the repository of passivity precisely because it harbors the most elusive depths, obscure corners, transient corridors that evade political grids and controls. Yet everyday life is also the zone of lost glances, oblique views, where micro-practices leak through the crevices and cracks of official cultures and memories.”

Article 363 of the Código Penal Processal of Argentina says that all trials will be “oral and public, under the crime of being null and void; but a tribunal will be able to resolve what total or portion of the trial will be realized behind closed doors when the publicity of a trial affects the moral, public order, and security. In trials of crimes against humanity, what is a public of a trial, and how is this public constructed? What happens in the public when the trials are taking place, and what happens once those members of the public leave the courtroom?

The title of this paper, the public of the trials of crimes against humanity, is deliberately misleading. There is not just one public, or one audience or group of people attending, the trials of crimes against humanity. There are several publics. The human rights victims in attendance are one public. The military officers in attendance, the defendants’ family members and the military officers at liberty are who have attended are another. The judges and attorneys are also a public. These groups have all had to listen to testimonies after testimonies of torture survivors who have recounted being starved and tied to beds, *nietos recuperados* who have recounted the judges and public figures involved in hiding the truth. Out of their experiences emerges the discursive and punitive world of what is held and practiced as law.

I was not originally planning on doing research involving the trials. Once I arrived, a mother of a disappeared daughter, one of the

many who has spent over thirty years campaigning for trials, invited me to go with her to a closing argument. There, in the courtrooms of Comodoro Py, what jumped out at me was the gritty courtroom scene and the ongoing traumas within which the legal debate was taking place. On that day, a day of an alegato of the prosecutors, children of the disappeared in attendance, now adults, were reduced to tears hearing prosecutors' descriptions of how their parents were taken; they reached out and comforted one another. Family members and friends held up cards with pictures of the disappeared and the rows of old, graying officials looked up to their friends and ignored the pleas for information. A daughter who had denounced her own *militar* father came and sat with the *querellas*. She paced back and forth, exiting the room, then coming back in, then leaving the room, then coming back in. I was sitting next to a woman who was a mother of a disappeared daughter and had also been detained herself and made to listen to her daughter being tortured. In the courtroom the experience of being inside, close to the men who had taken her and her daughter, was traumatic. "I am the bad one now," she said. "If a film were made of this," she said, "in the film I would be the villain, and they," indicating the indicted officers, "would be the good guys."

In the testimonies of Nunca Mas and the CONADEP files, we read about people like Norbert Lewisky, who spoke about the injuries he endured. "I heard another voice. This one said he was the Colonel. He told me they knew I was not involved with terrorism or the guerillas, but they were going to torture me because I opposed the regime. For days they applied electric shocks to my gums, nipples, genitals, abdomen, and ears. On two or three occasions they also burnt me with a metal instrument. At one point when I was face down on the torture table, they lifted my head, then removed my blindfold to show me a bloodstained rag. They asked me if I recognized it, and without waiting for my reply, they told me it was a pair of my wife's knickers" (CONADEP 1984: 23).

That torture took place forty years ago. And yet in the trial verdicts I was observing, suffering was ongoing. I want to read a description of a trial verdict to illustrate my point: on the page run by the Supreme Court of Argentina one can find all the different verdicts and rulings that judges have made. These rulings all emerge from a gritty social context, one in which military officers who

continue to mock and harass, but subtly, officers continue to say no to requests to give information, and some members of the judiciary treat human rights activists as threats.

For me, attending criminal proceedings all over Argentina and sitting in on sessions in the public galleries has been an experience of seeing how the weight of trial sessions accumulates in the bodies of the judges, attorneys, audience members, and defendants, making the courtroom itself an arena of a conflict that has yet to be extinguished. Attending trials thus produced in me a new commitment to the idea of *nunca más*, no more repressive regimes. To spare human beings the distress of living through trials of human rights violations as highly charged as Argentina's is another reason to work to prevent future repression. And so it seems that the best thing I can do to illustrate how I have come to understand this is to give examples from everyday life inside the courtroom—examples of the anguish the junta has left in its wake, examples of the weight of trials.

14.1 Trials and Publics

I attended daily sessions of six trials of crimes against humanity in Buenos Aires in the provinces. Five of these trials dealt with abuses in the detention camps in Buenos Aires and one trial concerned the plan sistemático. Of the six trials I attended, four tribunals upheld the requirement that all trials be oral and public. Two tribunals did not. The idea that all the trials are oral and public is a fiction. On the day when Emilio Mignone of CELS' testimony was shown, Emilio Migone being one of the most important human rights advocates in the country, for example, the court attendant refused me entrance. "This testimony is not important," she said. "Today's not an important day," another said, on the day of the closing argument of an attorney. Other investigators from foreign countries also had similar rejections; I complained to the one contact I had at the time who worked in the Procuraduría, who dismissed my concern and asked me to keep silent. On the days that the two people who worked in the tribunal refused me entrance, I had to learn to wait in the hallways for another secretary to accredit me.

In all the trials audiences I attended, those who attended were either torture survivors, kin or friends of disappeared, retired soldiers at liberty, military families, students from UBA or the Servicio Penitenciario Academy, or researchers. In the eighteen months I attended trials, I only met one person who attended out of general interest, with no connection to either the defendants of the plaintiffs. This was during the first session of the trial of children born to captive, disappeared women. This man was retired and in his late seventies. He had read about the trials in the newspaper and wanted to see for himself what they were like. Attendance swelled during openings, closing arguments, testimonies of celebrated activists, and verdicts. A journalist from Pagina 12 and from TELAM were always there; other journalists only came on days like when Alfredo Astiz testified, or after the *escrache* against Ricardo Lorenzetti. “Did anything happen?” one journalist asked, looking for scandal.

Just as mothers of disappeared children and children of the disappeared recruited attendance—“There are more defendants families than victims who attend, which could deflate judges’ enthusiasm for convictions. We all know there is public pressure. It has significance” said one message from the Madres—military officers sent out e-mails with instructions to their fellow comrades, encouraging them to attend. “Just as the accusers had so many people and give support,” the president wrote in an e-mail, “so the defense merits the same support.”

Judges were all aware of the historical and political significance of the trials they oversaw and paid attention to what was happening within the public galleries. Within the ESMA trial the judges banned anyone who applauded from entrance. In another trial of a judge, when children of the disappeared entered the courtroom brandishing signs, the presiding judge motioned for three more armed police officers, who re-entered and now kept vigil. The guards were armed; their presence showed that court officials treated the children of the disappeared, wearing shirts with symbols of *juicio* and *castigo*, there to celebrate justice for their parents, as a potential threat.

The human rights activists who attended the trials had long campaigned for them. All were clear with what they wanted: no reconciliation, no forgiveness, only justice. When I asked them why they attended, day after day, one woman Maria, compared

her attendance to an addiction—she had to be there, to hear and support. The other woman, Ana, likened her attendance to a political and social commitment: the military had taken her family. By being present in court, she was going to see the trials to the end. The issues of the cruelty they have dealt with and continue to deal with are significant enough that it's important for those of who are judges or aspiring lawyers to be aware, and many certainly are, of the kinds of issues faced by victims within trials of court proceedings.

Those activists in the public galleries understood the space as the courtroom as theirs, a safe space. All were clear with what they wanted: no reconciliation, no forgiveness, only justice.

In courtrooms they had to share spaces with members of the military and some tribunals understood the discomfort they felt sitting in courtrooms where public galleries were shared with members of the military. Others did not, and denied requests for trials in separated chambers.

Accused men sometimes entered this space if they used walkers—prisoners had one entrance into the court chamber, which required stairs, and it was easier for them to get into the court chamber using the public gallery entrance. Seeing the men enter their space, a few feet from them, a woman who was pregnant when she had been tortured and a woman whose brother was disappeared lost that sense of security. They clutched their hands to their chests and shuddered. “Assassins,” they shouted, pointing at the men. “Assassins!”

Even within the word of querellas, within the trials, in the ones I studied, it seemed the human rights community was still deciding who amongst them could actually be trusted and could enter their spaces. Among the torture survivors it was rumored who had collaborated and who had not, who had done so willingly and who had been forced. One day in court one of the men who was detained against his will crossed paths with one of the collaborators. He spat on him. “You should be ashamed of yourself,” he said. The two almost came to blows, before those in attendance separated them. Later on in the day, during one of the breaks, the man marked as the collaborator was sitting in the lunch room. One woman who was a neighbor a disappeared woman went up to talk to him and

sat with him. A sister of a disappeared man, another activist, and a guide at one of the former torture centers entered the lunch room, they took a separate table, away from him. “Don’t talk to him,” they said. “Don’t look at him.”

In the court proceedings I attended, despite the presence of judges and guards in the room, the members of the human rights communities endured harrassments. The officers, seeing the people whom they had once targeted, and who now accused them, seethed, particularly at women and at mothers with handkerchief. An officer charged with infiltrating groups and kidnapping mothers of disappeared children sought out and demeaned the surviving mothers who came to court. He did this when judges were engrossed in work, by pointing at the white handkerchiefs the mothers wore, and then laughing and rubbing his hands in a sign that denotes profiting from dirty money. A different indicted officer caught sight of the woman who accused him of rape and called her a “fat bitch,” before pointing her out to the other accused defendants, who fixedly stared at her and smirked. The woman who was called a bitch didn’t see the gesture and remained standing with pictures of her disappeared compañeros held before her chest. The madre who was wearing the handkerchief, scorned, immediately took it off. Her lawyer wasn’t in the room, she didn’t trust the judges or the secretaries, and so she did what she needed to do to feel safe, which was to take off the handkerchief and protect herself from scorn.

14.2 The Public of Militares

Retired military officers make up the other public of the trial. The army had multiple social groups supporting their colleagues and one of these was in attendance; the navy also had multiple social groups. Army officers only attended trials in which the army was on trial. Navy officers only attended trials in which navy officers were on trial. All who attended contributed to their colleagues’ defenses: fundraising money to pay private defense attorneys’ fees, for example, or else working with the defense attorneys to transcribe sessions and relay information.

I once asked one of the military officers who attended trials what he thought of the testimonies. He was a rarity who had admitted to voting for Alfonsín, but kept this a secret from his colleagues. His daughter and his wife had asked him to denounce the military; he refused, and they left him. He and I both heard the same testimonies: men and women who saw pregnant women being detained and then killed after they gave birth; a man who testified that his captors electrocuted him in his scrotum. When I asked him what his responses were to these testimonies, he said, “They bother me. It’s terrible. It is like living a biblical apocalypse in the imagination. There are—I mean—there are a number of contradictions that one can observe.” He paused, seemed he had more to say, as if he wanted to offer a critique. He had, after all, told me that he did not think ill of the president who put the top commanders on trial. “There are still trials going on, there are still issues at play,” he said. “I’m not going to talk about this.”

A different former military officer offered a different reason for attending all trials. “I was stationed in Spain in the 1970s,” he said. “I had nothing to do with the events.” (“Events” is many Argentines’ euphemism for cruelty and killing of the dictatorship). “But I ordered men to go serve in the Naval Mechanical School,” he said. One of the navy’s participation in military repression of annihilation was to turn the Naval Mechanical School. “My subordinates were following the orders given to them,” Marco said—his orders. “And now they are being imprisoned,” he said. What is it to be a perpetrator, then? A man who orders a man to work within a torture center: even though he has directly injured no bodies, is he a perpetrator by virtue of assigning a man to work inside a torture center? If a man is then arrested for carrying out orders, is his superior also worthy of arrest, for giving him the order to work in the center in the first place? Marco struggled with this issue. “I feel bad,” he said.

14.3 Masks and Silence

Once a verdict happens, what do members of the public do with the testimonies they have heard, or the experiences they have lived within the courtrooms? After those intense, often excruciating

experiences, what comes next? I am going to start by talking about one officer, whom I will call Gerardo. The military officers have traditionally maintained ranks of silence. Trials have created deeper shifts within ranks: some officers fear for their own acquittals and want to have nothing to do with their indicted colleagues, while others are more vehement about supporting and defending. Many officers have stayed silent and others have spoken out and often tried to legitimize the military's actions as a legitimate fight against communists and terrorists. Gerardo, the militar I will briefly speak about, is one of these officers. In trials he waged a vicious campaign against those who survived their detentions. He painted the groups being detained as people who had been devastating Argentina. Away from the spotlight, though, he admitted he too had learned about the dictatorship—and he used this term—through the testimonies he was made to listen to.

Gerardo worked in one of the grupos de tarea based out of Buenos Aires; after he retired from the armed forces, he took on a false name and became a businessman. In trials he has never publically admitted to carrying out raids or tormentos. The first time we had met, he told me he had participated in sequestrations and physical abuse.

During our first encounter when we were talking about the trial against him he mentioned the case of two French nuns living in Argentina whom the navy had captured and killed, alleging these women were terrorists. He said that after the testimonies he had learned that the nuns had never posed any threat, they were not subversives, and should never have been abducted or killed. “How did you decide this, that the nuns should not have been disappeared?” “The officers who took them lied to me,” he said. “I became angry after I heard the testimonies. Those nuns weren't terrorists, there was no reason to abduct them.”

“Why don't you say all this publicly?” I asked him. “Are you afraid your family?” I asked. He had often mentioned his three sons to me. He had urged them not to come to see him in court, but often times said he would have liked them there, so they could see him fighting the system. “No, well, yes, I am afraid for my family.” “And do you think there will be retribution against them?” I asked. “No,” he said. “If I speak, they'll send an e-mail saying so and so said this,

and then another e-mail will be sent. You'll be identified. When you speak, they cite you in the newspapers. And then another person cites you. And another person cites you. And they can take things you say out of context. And then your words go into blogs. And then blogs link you. And more blogs link you. And then there's more pressure on judge to convict you," he said. "I don't want that. I don't want to be another Astiz," Gerardo said. "When you become another Astiz, they have to condemn you. You can either have statements run in the media and maintain a high profile, or you maintain a low profile, and you can walk on the street and they don't notice you," he said.

Gerardo lives in maximum security prison now. He is standing trial for new offences. He had to rise every day for trial before dawn, then take the trip, spend the breaks for trial in the holding cell that is also used for common criminals, where he and the other defendants complain about having to use the bathroom in front of one another, all in the same receptacle. He sees the judges getting their coffee, and he becomes aggravated. The fact that these small details bother him means he has yet to repent, despite his acknowledgement of disappearances that never should have been, for what he and his colleagues committed. The image he portrays in court is one image. It masks the truth he is not yet ready to fully share.

14.5 Madre

The mothers of the disappeared children, with the trial verdicts, now say they believe in the possibility of justice within the country. There were moments, one parents has said, that she ever think the justice system would receive her, hear her testimony, and take the complaints seriously. One mother, whom I will call Elena, has been particularly generous with her everyday life. Her daughter who was a university student was sequestered at age eighteen. A friend from high school who had been in the same camp later told her that her daughter had been one of the people taken on a flight. From the time that her daughter was abducted, she has wondered why she can't go back in time and replace her life with her daughter's. Campaigning for trials since 1977, she finally testified about her daughter's and her daughter's disappearance in 2010. On the stand she didn't tell

everything that had happened to her: the men who had taken her had touched her breasts and made her grope their penises. The written record of the trial will lack this detail. “It was like a weight that was taken off of me,” she said after she testified. “It was like a backpack I was carrying around all along, and now I could take it off.” Her daughter’s story told, at least in court, she began to wonder if she could start to reflect on her own life, and the shape of her biography, and what her life is like.

I accompany this mother to human rights events and see her comfort her friends, before, in private, breaking down herself, saying she has to be strong for them, helping them with their sadness whenever they may feel so. Is her daughter’s body going to be returned? There is no closure for this question, with the body missing. The waiting, the particular temporality of having lived while searching, as she put it, for death.

One day I visited Elena and her friend. The final words in one of the trials were taking place. One of the military officers had just spoken, called the trials a form of judicial terrorism, and slandered the people who testified against him. Hearing his words, they laughed. Hearing the speeches of the military officers, who spoke about them as terrorists, they laughed. “Poor him,” they said, “He’s lost.”

Out of these trials is coming and being renewed, at least for one mother, and her friend, the sister of a disappeared man, a different time—one where they live with loss, but laugh at the men who once terrorized them. And yet it seems precisely for the reason of what people do with what they hear and see and feel that everyday life has to be attended to. Not for just for the reason that Michel Foucault among others has argued for studying the publics—that the public attending judicial events has historically wielded great power, ultimately undermining the sovereign’s wishes, sympathizing more with the offender than the sovereign, and thus transforming the public spectacle of judicial punishment and resituating it within courtrooms (Foucault 1979). Rather, the importance of contextualizing legal adjudication within the gritty social context of its production—the moments and encounters of which there are many more that are part of how the rule of law in Argentina is being remade.

The examples I have recounted took place four years ago, between 2010 to 2012. Under the new government of Mauricio Macri, and amidst debates about whether the government is going to stop trials or also put the members of the guerilla organizations on trial, friends who work the trials tell me much has changed. Less people attend them daily now, they say. Less young people get involved. As everyone continues to determine what is the truth, I end with a note of support for all those who comprise the various publics and try to determine what counts as the truth.

Bibliography

CONADEP. *Nunca Más*. 1984. Buenos Aires: Editorial Universitaria de Buenos Aires.

Foucault, Michel. 1995. *Discipline and Punish: The Birth of the Prison*. Sheridan, Allan, translator. New York: Vintage Books.

Serematakis, Nadia. 1996. *The Senses Still*. Chicago: University of Chicago Press.

[\[Volta ao Sumário\]](#)

THE IMPACT OF THE UNITED NATIONS ON WOMEN'S ACCESS TO JUSTICE IN POST-CONFLICT SOCIETIES

Noemi Perez-Vasquez¹

Abstract: This article analyses the impact of the transitional justice policy approach implemented by the United Nations in post-conflict societies. Based on the cases of Timor-Leste and Kosovo, I ask whether the proactive participation of international actors has contributed to ensuring women's rights protection in post-conflict societies. It argues that the diversity of power structures that come into play within the scope of the justice system can create discrimination, including inadequate law and lack of protective measures, limiting therefore the access to justice of those in a situation of major vulnerability, such as women.

Keywords: transitional justice, international laws and policies, women's rights, access to justice, United Nations, Timor-Leste.

1. Noemi Perez-Vasquez is a human rights consultant and a PhD Candidate in Politics and International Studies at the School of Oriental and African Studies (SOAS), University of London. Her research interests are transitional justice, women's rights and impact of international policies and norms. She is also currently a Visiting Researcher at the Universidade Nacional Timor Lorosa'e, in Dili, Timor-Leste, where she has been carrying out fieldwork since August 2016. She holds a LL.M. in Public International Law from the University of Oslo and a MSc in Comparative Politics from The London School of Economics and Political Science.

15.1 Introduction

The literature on evaluating the effectiveness of transitional justice is expanding. Although there is little agreement on what constitutes ‘success’ and how it should be measured and judged, factors that are commonly referred to in demonstrating that transitional justice mechanisms have been successful include ‘outcomes; mandates of institutions; processes of establishment and of functioning; involvement of, and reaction from, victims and affected populations; adherence to universal normative standards; and cost-effectiveness’ (Ainley, 2015: 241-242). While this list of elements may be vast, when it comes to the actors in charge of the execution of transitional justice policies, the general presumption is that, regardless of the results, the United Nations has a leading role in the design and provision of advice to governments regarding transitional justice mechanisms. However, since an organisation like the UN should be judged by what it has promised and accomplished (Barnett and Finnemore, 2004: 168), I raise questions regarding accountability and the effectiveness of their norms and policies on other common areas on which transitional justice programmes are expected to have an impact, such as an increased respect for human rights (Skaar and Gianella Malca, 2015: 20) and the facilitation of the formation of new identities (Duggan, 2010: 320).

If this is the case, it becomes thus compelling to think about women. During a conflict women face additional issues that men do not such as pervasive sexual violence, reproductive violence, sexually transmitted diseases and forced abortion (Aoláin, Haynes and Cahn, 2011: 5). Moreover, women have been considered to be greatly affected by internal displacement and during violence the negative effects of traditional gender-based hierarchies may be exacerbated (Aoláin, Haynes and Cahn, 2011: 5). If elements of human rights and formation of new identities of transitional justice are thus considered from a gender perspective, the impact of transitional justice mechanisms may be better assessed by looking at the contributions they make to the access to justice of women and to the transformation of existing hierarchies of subordination (ICTJ, 2016). By raising women’s experiences in dealing with the law, policies and institutions during a post-conflict situation, this paper revises presumptions on whether the proactive participation

of international institutions has been determinant in the protection of women's rights in post-conflict societies.

I divide this paper into three parts. First, I reflect on the concept of justice and the implementation of transitional justice and I summarise some debates and challenges surrounding the implementation of its mechanisms. Second, I reflect on the protection of women under international law and on women's rights under transitional justice mechanisms. Third, I provide an account of UN International Administrations and I offer an assessment of the interplay between the international and domestic legal order of the transitional justice experiences of Kosovo and Timor-Leste. I end this paper by offering some final considerations.

15.2 International actors and transitional justice

There are allegations that justice has been used by those who have won to punish the defeated. After the Second World War, the Allies agreed to bring to justice those - on the enemy side - responsible for the atrocities committed during the war. The Nuremberg and Tokyo Tribunals were then established as the mechanisms that addressed the crimes committed and provided justice by sentencing those responsible. The trials aimed at setting an example of punishment for specific crimes, serving as a deterrent against future atrocities and marking the closure of a dark chapter of history before the reconstruction of the countries affected. This process of justice implemented after serious violations of international law and preoccupied with dealing with the past has been defined as transitional justice (Teitel, 2002).

More specifically, according to the United Nations, transitional justice 'comprises the full range of processes and mechanisms associated with a society's attempts to come to terms with a legacy of large-scale past abuses, in order to ensure accountability, serve justice and achieve reconciliation' (UN Secretary-General, 2004: 4). Today the emerging normative framework of transitional justice is considered to have four goals or pillars - truth, accountability, reparation and reconciliation and it may include mechanisms such as trials, truth commissions, reparations programmes, institutional

reforms, monitoring legal systems, community-based practices, and amnesties. These mechanisms are not mutually exclusive and can be used in any combination. The ones that require prosecutions to hold perpetrators to account are defined as retributive justice, while the ones that are aimed at ensuring the participation of different stakeholders, healing victims, and bringing reconciliation to societies are defined as restorative justice (Braithwaite, 2002: 11; Olsen, Payne and Reiter, 2010: 805).²

Prosecutions are intended to ensure the protection of the rights contained in legal instruments within the fields of international human rights law, international humanitarian law, and international criminal law. More specifically, by prosecuting those who violate international treaties, trials are meant to help the state sustain the rule of law, provide justice to the suffering victims and serve as a deterrent against future atrocities. International trials under the UN supervision acquired an even greater importance with the entry into force of the Rome Statute and the creation of the International Criminal Court (ICC) in 1998. Nevertheless, these courts have faced with certain challenges. They usually are subject to time constraints, have very limited resources and small capacity to deal with thousands of cases and/or perpetrators, so they focus their efforts on those ‘whose criminal misconduct has had the greatest impact on victims, those who bear greatest responsibility for the crimes or those who are responsible for notorious crimes’ (Hollis, 2015: 21). Partly because of the high costs incurred by international courts which only bring a few prosecutions, but also as a measure to foster the participation of the locals, the international community has subsequently promoted less expensive alternatives, such as national and hybrid tribunals. The latter are defined by their mixed character in terms of international and local staff as well as in the use of international and national substantive and procedural law, and mainly under the structure of UN’s administrations and/or operations, they have been established in a greater number of countries, including Indonesia, Iraq, Sierra Leone, Kosovo, Bosnia and Herzegovina, Timor-Leste and Cambodia (Sikkink and Booth, 2007: 7; Bell and Keenan, 2004: 342).

2. For this paper, I will focus on trials and reparations because they have been widely applied in transitional societies.

When it comes to reparations, their programmes are considered to be at the core of restorative justice because they seek to address the damage suffered by victims of human rights abuses, usually physical violations and/or property destruction. Despite having been neglected in the past, reparations for victims have been progressively recognised in international human rights law, included in the soft legal sources created by UN treaty bodies, and are now widely accepted by States (OHCHR, 2005: 6). According to the Basic Principles on the right to reparation, victims should ‘be provided with full and effective reparation’, which emphasises their violation if offered partially or without effectiveness to victims’ redress, and it can be provided in the forms of restitution (reinstatement), compensation (whether provided in the form of money, goods or services), rehabilitation (medical and psychological care and other social services), satisfaction (such as public apologies and public memorials) and guarantees of non-repetition (CEDAW Committee, 2015; UN General-Assembly, 2005; Bell and Keenan, 2004: 342). The state can also choose to provide reparations on a case-by-case basis through judicial mechanisms that allow compensation in strict proportion to the harm caused by the violation, or provide reparations that benefit a wider number of victims of different types of violations through large-scale legislative and administrative policies (Rubio-Marín and Greiff, 2007). Reparations have widely been supported by those promoting the raising of economic and social rights status to the level of civil and political rights, but their provisions and/or implementation are highly dependent on the availability of resources, a factor that is usually limited in post-conflict societies. Moreover, there are also issues concerning political will. Although the UN has promoted the enactment of laws that ensure the right to reparations as part of their peace-building legacy in post-conflict societies, host States do not usually welcome their duty to destiny their local resources to redress the violations committed by other States and/or international actors. As a result of these elements, victims’ redress may have the tendency to be greatly affected.

Sadly, these are ones among many other difficulties faced in the field of transitional justice. There are also claims that the definition of justice has several implications in transitional societies, which should be taken into account. Again, within the context of the debates between supporters of retributive justice and restorative

justice, attention has been focused on the accountability of perpetrators established by the recent codification of international criminal law rather than on redress and reparations for victims (Evans, 2012: 3). Moreover, owing to the limited jurisdiction of the criminal courts to try those with the greatest responsibility, there are many perpetrators who never face criminal prosecution in an international court, which suggests there is a pronounced lack of accountability and justice (Mahony, 2015). The predominance of civil and political rights over economic and social rights have also generated tensions because the few that are convicted are alleged to live in better conditions in European countries than the victims left behind in the conflicted states, with a better access to food, shelter, health and medical treatment. This has produced, of course, disenchantment of local communities regarding international/UN justice.

Activists and scholars have also debated the interplay between international and local actors and the overlap between justice and politics. The UN Secretary General in his report on transitional justice, affirmed that 'due regard must be given to indigenous and informal tradition for administering justice or settling disputes, to help them to continue their vital role and to do so in conformity with both international standards and local tradition' (UN Secretary-General, 2004). Nevertheless, some critics have highlighted the tendency for international actors to apply one-size-fits-all justice policies to many post-conflict environments, suggesting an ideological approach rather than one based on national interests and needs. Wider misunderstanding and questions of legitimacy also arise where international versions of justice are imposed in place of local ideas of what constitute justice for those in a more vulnerable situation. For instance, the involvement of the international tribunals in seeking justice for victims has been mainly based on a Western approach to retributive justice, ignoring other forms or components of justice, such as traditional mechanisms (Okello and Hovil, 2007). As a result, international pressure in the implementation of transitional justice mechanisms has meant in many cases an interference in domestic and sovereign affairs, imposing its version of justice and questioning local culture, civil society and authority structures (Friedman, 2015: 55, 61). The power of the host State may be counter-balanced by the fact that the role and success that international actors can have on

transitional justice depends after all on the cooperation of national governments (Nouwen and Werner, 2011).

Despite these challenges, transitional justice is assumed to have a transformative significance with potential for institutional legal and political reform (Aoláin, Haynes and Cahn, 2011: 87). However, I believe that in the transitional justice literature there has been too much focus on the mechanisms - or on which combination of mechanisms, are better for society; too much focus on the tensions between retributive justice and restorative justice; and too much focus also on the impositions of international actors over local authorities and civil society actors. Since transitional justice has unquestionably become one of the central policy options advocated by the UN in post-conflict societies, I propose therefore to step back and look at the experiences of people in terms of their access to transitional justice. I limit myself to the effect on women, since transitional justice's implementation is assumed to be a unique opportunity to redefine hierarchies that underpin conflict. As we shall see in the following section, the resurgence of the transitional justice phenomenon in the 1990's took place in parallel with the advancement of the women's rights agenda.

15.3 Intersection of transitional justice with the women's rights agenda

Although there were several declarations and conventions concerning women's rights in the post-war period, it was not until 1979 that the UN General Assembly adopted the Convention on the Elimination of all Forms of Discrimination Against Women (CEDAW), considered to be one of the core treaties of international human rights law and the most comprehensive document on women's rights. Despite being the most heavily reserved treaty in the UN human rights system, its adoption created momentum in the raising of awareness of discrimination against women and their subordination to men, including in direct instances, for instance in legislation, and in more subtle ways entrenched in culture and traditions.

The idea of universal human rights for women was framed within the modern moral cosmopolitanism school of thought, which

referred to a commitment to treating with equality all human beings, based on their common humanity and independently of their legal or political status (Habermas, 2001; Okin, 1999). Nevertheless, feminist critics of the original version of modern cosmopolitanism observed that universal human rights discourse was based on male perspectives and that it was important to engage with public international law to challenge a system marked by patriarchal, capitalist, and racist power relations (Reilly, 2007: 187). More specifically, it was alleged that international human rights were generally understood in legalistic terms as a body of public international law that explored violations, usually civil and political, committed by the state and that with the exception of CEDAW, women's rights were seen erroneously as equal to those of men and were therefore invisible.

The public/private dichotomy debate became thus a central issue in the public international law field among feminists. It was understood that the State was promoting women's protection in the public sphere, and thus ignoring the fact that women's rights violations could arise within their private life dynamics. In 1991, Charlesworth, Chinkin, and Wright argued that through the hierarchical promotion of the public (relations between nation-states) over the private (wrongly assumed to be a power-free domain), international law not only generated but also prolonged women's subordination and exclusion from spaces of power (Charlesworth, Chinkin, and Wright, 1991). Dianne Otto further claimed that international human rights law discourse privileged the electoral version of liberal democracy, mainly civil and political rights, and failed to address the socio-economic structures that contribute to the subordination of women (Otto 1993, 374). The 1990's feminist debate was also nourished by the influence of antiracist, Third World, and post-colonial feminists, who provided theories, from different philosophical perspectives, on a range of subjects including the recognition of the impact of globalisation on women and the focus on the interplay between economic, social, and political arenas (Reilly, 2007: 188).

Cosmopolitan Feminism thus promoted the recognition of intersectionality in addressing women's issues, the development of collaborative advocacy strategies and the utilisation of global forums (Reilly, 2007: 191-194). 'Women's rights as human rights'

was then a call made by the human rights activists in the 1990s, by which they promoted structural changes in patriarchal societies to guarantee equal rights between men and women. Gender was conceived as a socially constructed identity rather than an innate quality and as cultural and flexible, in which people learn to perform certain roles in the environment where they grow up which are not predetermined by the biological sex, whereas, the term “sex” started to be used to describe what is biological, a concept that is fixed and based in nature. As a result of the campaign conducted on different fronts, the CEDAW Committee was mandated to expand on issues concerning women’s rights protection.

Among them, women’s access to justice has been defined as multidimensional, encompassing six elements: justiciability (unrestricted access to justice and to claim their rights), availability (through the establishment of courts and other bodies in urban, rural and remote areas), accessibility (secure, affordable and physically accessible justice systems), good quality (justice systems which adhere to international standards), the provision of remedies for victims (protection and meaningful redress) and the accountability of justice systems (ensured through monitoring) (CEDAW, 2015). However, although under international law the State has positive obligations to establish a judicial system that guarantees rights and access to justice, there are various barriers to the access of justice that consequently impede the protection of women’s rights, including stereotyping; discriminatory laws, procedural and evidentiary practices; the non-availability of courts and quasi-judicial bodies in rural and remote regions; the time and resources needed to gain access to them; the complexity of proceedings as well as deficiencies in the quality of justice systems and legal advice (CEDAW, 2015: 3-5; Despouy, 2008: 24-32). In its General Recommendation No. 30 on women in conflict prevention, conflict and post-conflict situations, the committee also called States Parties to ensure that all forms of discrimination against women are prohibited when re-establishing the rule of law (CEDAW, 2013: 22). There are again critics alleging that minimalist versions of rule of law initiatives, which do not recognise the importance of the private sphere and the protection of economic and social rights, are counterproductive to the ensuring of women’s rights in transitional societies (Aoláin, Haynes and Cahn, 2011: 201).

When it comes to prosecutions, an over-focus on sexual violence has also permeated the international criminal law system, one of the bases of the transitional justice field. According to the Rome Statute, sexual violence can be catalogued as a crime against humanity and/or as a war crime, and can include rape, sexual slavery, enforced prostitution, forced pregnancy, enforced sterilisation, or any other form of sexual violence of comparable gravity as also established in some of the international criminal courts' decisions such as forced marriage, insertion of foreign objects into genital or anal openings, abduction and forced nudity. The focus on women and sexual violence in conflict, particularly rape, has also led to some criticisms surrounding the sexualisation and passiveness of the experience of women in conflict. There is actually a significant imbalance between women testifying to sexual violence and women testifying to non-gender related crimes in international trials (cf. Chappell, 2016; Campbell, 2007). The emphasis on stereotyping women as victims has therefore led to denial that women can also participate in other ways during conflicts, including as perpetrators, combatants, collaborators and women human rights defenders. Unfortunately, this is not the only controversy. Even in cases of sexual violence, there are complaints that judges have not taken into account the victims' testimonies and that rape has not been sufficiently reflected in the sentences (Chappell, 2016: 88).

The UN CEDAW Committee in its General Comment 33 also observed how the stereotyping of women has led to misleading perceptions and results in the investigation and trial phases, thereby promoting a culture of impunity against their rights. More specifically, because of stereotyping, judges, prosecutors and law enforcement officials misinterpret or misapply laws, adopting rigid standards about what they consider to be appropriate behaviour for women and penalising those who do not conform to those stereotypes (CEDAW, 2015: 12-13). Nancy Fraser advocates the recognition that a major feature of gender injustice is the institutionalised pattern of cultural value that privileges traits associated with masculinity and which devalues everything coded as feminine (Fraser, 2007, 28). International courts thus have a tendency to have a poor record of sexual and gender-based prosecutions. This is so despite the vast literature, advocacy and innumerable debates concerning sexual violence in international criminal law.

This shows how the relationship between justice and power is even more evident in international conflict settings. At the ICC for example, the further a sexual violence case progresses through the proceedings, the more likely it is to be withdrawn by the Prosecutor or dismissed by the bench. In the **Lubanga** case, a former Commander in Chief of the Forces Patriotiques pour la Libération du Congo (UPC/FPLC) was arrested in March 2006 for having been involved in the conflict in the Ituri region of the Democratic Republic of Congo. Although sexual violence violations were known by the Office of the Prosecutor (OTP) of the ICC to be pervasive in this conflict, he was only indicted for child soldier war crimes (Chappell, 2016: 110-114).³ When questioned about the lack of attention to sexual crimes, the Prosecutor initially stated that he lacked both the time and the evidence to link Lubanga to other crimes, but after some time had passed, the Prosecutor suggested that the crimes did not meet the crimes against humanity threshold test in that they were not “systematic” (Chappell 2016: 110-114).⁴

In the first twelve years (up to 1 July 2014) that the Rome Statute was operational, the ICC failed to deliver a single conviction for sexual or gender-based violence (Chappell, 2016: 106-108). It was only with the **Jean-Pierre Bemba** case in March 2016 that the ICC saw its first conviction on the basis of command responsibility for sexual and gender-based violence. Bemba was a president and Commander in Chief of the Mouvement de Libération du Congo, arrested in May 2008 for crimes committed in the Central African Republic between 2002 and 2003. His arrest warrant initially included a broad range of charges for sexual crimes, including alleged criminal responsibility as a commander for crimes against humanity (rape, rape as a torture, and other forms of sexual violence) and war crimes (rape, rape as a torture, outrages upon personal dignity, and other forms of sexual violence) (Chappell, 2016: 117-119). Many of these

3. Six years after the arrest, the ICC Court handed down a verdict, finding the accused guilty of the crimes of enlistment and conscription of children under the age of 15 years and using children to participate actively in hostilities.

4. Article 7 of the Rome Statute defines the acts of ‘crimes against humanity’ when committed as part of a widespread or systematic attack directed against any civilian population. Judges have discussed whether this means that both elements are required to commit the crime.

charges, however, were later dropped at the confirmation-of-charges stage, and Bemba ended being convicted on two counts of crimes against humanity (murder and rape), as well as on three counts of war crimes (murder, rape and pillaging) (The Guardian, 2016). The reasons cited for the failure of the broader sexual and gender-based violence charges were poor evidence presented by the OTP at the confirmation stage and the fact that the Pre-Trial Chamber did not regard the gravity of the forced nudity in the case as sufficient to constitute “other forms of sexual violence” within the definition of crimes against humanity and war crimes, as had been recognised in other international tribunals (Chappell, 2016: 117-118).⁵

There has also been criticism of how victims and witnesses are treated during hearings, and how this treatment can deepen their trauma and lead to re-victimisation. They may face constant interruption during their testimony, be asked inappropriate questions - even in cases of sexual violence, or simply be forced to remain silent about a certain crime and be asked to elaborate on another one. The **Akayesu** case has become a classic example. As a mayor in Rwanda, he not only refrained from stopping the killings of Tutsis in his commune, but also personally supervised the murder of many of them. Although there were allegations of sexual violence and the victims wanted to talk about their experiences, the ICTR prosecutor’s strategy was based on demanding that the witnesses focus on other grievances easier to prove in order to make winning the case more straight forward, contributing therefore to the continued silencing and re-victimisation of the victims. In that case, unfortunately, only a female judge’s dissenting opinion made a reference to sexual violence, which showed the lack of judicial sensitivity to the significance of gender crimes (Kelsall and Stepakoff, 2007).

Concerning reparations, women may suffer the consequences of an armed conflict to their physical and mental health as well as on their economic well-being. They may become internally displaced persons, refugees, child mothers or female heads of households. Reparations are thus usually conceived as a mechanism for restoring

5. In 1998, the ICTR Chamber in Akayesu had held that sexual violence, including rape and forced nudity, could constitute the crimes of genocide, crimes against humanity, and war crimes under the ICTR Statute.

the *status quo* prior to the violence or abuse. However, since women may also often have suffered all sorts of disadvantages in the protection of their rights prior to an armed conflict, from a feminist perspective, reparations are expected to address those subtleties that were attributed to women's subordination. Therefore, in order to promote their empowerment and to improve their living conditions, for women it is fundamental to conceive reparations in the form of economic and social rights, including medical and mental health services, housing, education, skills and jobs. Rubio-Marin and Greiff claim that transformative remedies can be achieved by the implementation of reparations programmes that not only aim to provide the usual compensation and restitution but are also inspired by other ends – such as rehabilitation, satisfaction and even non-repetition (Rubio-Marin and Greiff, 2007). The challenge is that during conflict, violence against women, including sexual violence, may be disregarded and be taken into account as “collateral damage” by international law, which can consequently limit women's access to reparations (Duggan and Abusharaf, 2006: 626). Moreover, the implementation of reparations falls within the domestic law and policy and resources are usually limited, States may be unwilling to accept their obligation, and social and institutional behaviour may prevent female victims from seeking redress.

In 2000, the Security Council approved Resolution 1325 on Women, Peace and Security, which recognised the impact of armed conflict on women and girls and called on UN members to ensure the increased representation of women in all decision-making concerning the prevention, management and resolution of conflict. The resolution received a mixed welcome from the feminist movement. On the one hand, the resolution reaffirmed the importance of the representation of women and it considered that their gains and benefits were central to institutional transformation (Aoláin and Rooney, 2007). On the other hand, although constructed as a resolution under Chapter VI of the UN Charter, the instrument is considered to be a soft-legal and non-binding source, thus in practice it did not make the active participation of women mandatory (Heathcote, 2010: 298). Another moment of disenchantment arrived when questions about which women were considered as ‘representatives’ in these institutional decision-making forums were subsequently raised. The attention of the feminist movement then started to focus not on the number of

women representatives, but on their substantive participation and significant outcomes. As Aoláin and Rooney observed, women's representation thus meant '...women's presence into institutions with gendered conceptual frameworks and outcomes' (Aoláin and Rooney, 2007).⁶

Besides Resolution 1325, between 2000 and 2015, the Security Council passed in total eight resolutions on women, peace and security: Resolution 1820 (2008), Resolution 1888 (2009), Resolution 1889 (2009), Resolution 1960 (2010), Resolution 2106 (2013), Resolution 2122 (2013), and Resolution 2242 (2015).⁷ The large number of resolutions involving women in conflict may suggest onerous bureaucratic implications without a real impact in the field. Questions may also arise surrounding the male and western coding of international legal and soft law documents, in which women are framed as passive and vulnerable and as a vehicle to reach justice and reconciliation. The main criticism against these resolutions however is that they have redefined the approach of the Security Council from one focused on addressing a wide range of issues, including women's participation in peace negotiations, to a strategy centered on sexual violence in conflict zones and that there is a lack of gender vision based on principles of equality of outcomes and autonomy for women (Aoláin, Haynes and Cahn, 2011: 16). Thus the narrowing

6. Later, critical masculinity studies contributed to the debate by arguing that contrary to the feminist idea of men collectively having power over women, not all men have the same amount of power or benefit equally from it, and that power is exercised differently depending on the location and the specific arrangement of relations which are in place (Hamber, 2007).

7. Resolution 1820 (2008) addressed sexual violence in conflict and post-conflict situations and required the Secretary-General to provide information on the systematic use of sexual violence in conflict areas and propose strategies to minimise their cases. Resolution 1888 (2009) aimed at strengthening efforts to end sexual violence against women and children in armed conflict. Resolution 1889 (2009) urged member states, UN bodies, donors and civil society to ensure that women's protection and empowerment be taken into account during post-conflict needs assessment and planning. Resolution 1960 (2010) established a monitoring, analysis and reporting mechanism on conflict-related sexual violence, and also called upon parties to make commitments to prohibit and punish sexual violence. Resolution 2106 (2013) focused on accountability for perpetrators of sexual violence in conflict and stressed women's political and economic empowerment. Resolution 2122 (2013) addressed the persistent gaps in the implementation of the women, peace and security agenda. Resolution 2242 (2015) addressed women's roles in countering violent extremism and terrorism.

of the Security Council focus links women's peace and security with sexual vulnerability, leaving aside other issues of utmost importance for women's rights. The resolutions are therefore considered to have a minimum impact in addressing the underlying structures of subordination and discrimination that contribute to women's vulnerability in situations of armed conflict. Or even worse, by promoting military actions to address women's sexual vulnerability, existing power dynamics can be reinforced, and this may result in the increase of cases of sexual violence, exploitation and abuse (Heathcote, 2010: 298).

Availability and easy access to justice have a great impact in women's lives and human rights protection, particularly during post-conflict situations. Although there have been significant advances in the women's rights cause, there is still much to be done. Feminist scholars, such as Hilary Charlesworth and Christine Chinkin, have had an inspiring contribution in raising awareness about the lack of women's rights protection under public international law, however, I consider that there are some limitations in relying solely on literature-based research. Without interacting with women's experiences in the field, scholars take the risk of conducting purely theoretical discussions without bridging the gap with policy-making. It is necessary thus to uncover women's silences and explore the laws and policies that have operated through an international institution, which may have positioned men and women differently before the law, leading to different gender justice outcomes (Chappell, 2016: 36).

15.4 Interaction between domestic and international processes of transitional justice – case studies

The international administration of territory has a long history, which can be traced back to the Congress of Vienna of 1815 with the establishment of the 'Independent Republic of Cracow' (Ydit, 1961: 22-39), and more recently the international administration regimes led by the United Nations in Cambodia, Kosovo, Timor-Leste, Afghanistan and Iraq (De Brabandere, 2009: 15). International administrations can be seen as a concept, which describes the nature of authority, and also as a method, because it employs international

actors to engage in large-scale reforms in all governmental sectors in order to rebuild states or territories (De Brabandere, 2009: 2-5). Stahn further conceives international territorial administration as an independent institution serving a particular policy (Stahn, 2008), whereas other scholars conceive international administrations as a method to cover the absence of an authority or to construct it as a response to a governance problem (Chesterman, Ignatieff, Thankur, 2005). Wilde also posits that international transitional administration responds to problems of, first, the ability to govern a state competently, such as in the case of Timor-Leste, and second, of sovereignty caused by the acceptability of the identity of local actors exercising government powers, such as in the case of Kosovo (Wilde, 2001, 593).

While Chapter VII represents an exception, Article 2 para. 7 of the UN Charter prohibits any UN intervention in matters that are conceived to be part of domestic jurisdiction. According to De Brabandere, for the duration of an international administration, the sovereignty of a State persists, but its exclusive competences are partially or totally suspended and exercised by the foreign actors (De Brabandere, 2009: 84). Nevertheless, the argument in favour of the persistence of sovereignty may be weakened by how decisions are taken in practice. Geopolitical tensions between an international administration and a host State may arise and create confusion regarding the effective implications of sovereignty. Locals may realise they have limited participation in and exclusion from decisions concerning their future when, for instance, meetings organised by the personnel of international administrations are conducted in English, a language that they do not necessarily understand. States are also hesitant to violate a basic principle of friendly relations between themselves. Harston points out that “transitional administrator... is an accurate reflection of the hesitation of our Member States, the majority of whom are reluctant to invite the Security Council, with its coercive authority, into delicate questions of internal governance, which are traditionally described as domestic issues” (Harston, 2006: 130).

This is even more relevant today, when UN operations have become more complex. Historically, UN peace operations were straightforward, meaning that opponents were separated, disarmed and demobilised, a transitional government was formed, elections

were held and the UN withdrew its personnel (McAuliffe, 2011: 106-107). UN programmes, however, have been modified over time, and concepts such as human rights and rule of law have been strongly advocated by the organisation. Thus, after the failure of several missions and the rise in the number of post-Cold war failed States in the 1990s, the language of “human rights” and protection of the local citizenry” started to be used by the international community to justify intervening under the doctrine of humanitarian intervention (Aoláin, Haynes and Cahn, 2011: 84).

The Security Council thus began to give UN operations in transitional societies broad legislative, executive and judicial mandates to carry out their functions and placed emphasis on protecting human rights and on strengthening the rule of law, a key concept defined as a principle of governance in which ‘all persons, institutions and entities, public and private, including the State itself, are accountable to laws that are publicly promulgated, equally enforced and independently adjudicated, and which are consistent with international human rights norms and standards’ (UN Secretary-General, 2004: 4; McAuliffe, 2011: 106-107). Within the peacekeeping and peace-building operations, gender mainstreaming also became part of the policies. Gender mainstreaming, according to the UN, “is a strategy for making women’s as well as men’s concerns and experiences an integral dimension of the design, implementation, monitoring and evaluation of policies and programmes...so that women and men benefit equally and inequality is not perpetuated” (UN ECOSOC, 1997). Basically, the assertion is that women will be benefited by including gender strategies in policies and programmes, including the use of gender-sensitive budgeting, policy analysis, research and legislation, gender units in government sectors and evaluative tools for measuring the differential impact of policies on women and men (Aoláin, Haynes and Cahn, 2011: 12).

Although there is an extensive list of countries where the UN has occupied an important role in the design of transitional justice mechanisms, in Kosovo and Timor-Leste, the UN is considered to have had an unprecedented power in the process of transitional administration (McAuliffe, 2011: 106-107). The Security Council, acting under UN Chapter VII, adopted, in 1999, resolution 1244/1999, which established the United Nations Interim

Administration in Kosovo (UNMIK), and resolution 1272/1999, which established the United Nations Transitional Administration in East Timor (UNTAET) (Nouwen, 2006:196).⁸ Owing to an alleged legal vacuum in both territories, both resolutions gave a mandate to Special Representatives of the Secretary-General to adopt regulations to administer the territories, including through the exercise of legislative, executive and judicial powers (Nouwen, 2006:196; Strohmeyer, 2001: 109). As a result, each mission took immediate steps to draft, promulgate, and enforce a range of UN regulations that had the force of law in the administered territories as well as to set up mechanisms for the investigation, prosecution, and trial of individuals suspected of serious violations of international law (Strohmeyer, 2001: 110-111).

In the case of Kosovo, UN Regulation 2000/64 allowed the UN Special Representative to appoint international judges and prosecutors within the domestic criminal justice system (Sikkink and Booth, 2007:23). Moreover, for the first time in history, cases were referred from an international tribunal (ICTY) to a domestic court (Nouwen, 2006:197-198). These initiatives were limited though by 'continuing security concerns, concerns regarding independence, ad hoc planning, and poor implementation including the absence of any concrete plans for hand-over' (ICTJ, 2006:1). Regarding reparations, through UNMIK Regulation 66, financial and medical assistance were provided to war-disabled and families of those killed (ICTJ, 2002:12). Although there were some trials and limited reparations provided, fewer efforts were carried out to investigate the causes of the war and there are still debates within the country about the implementation of transitional justice mechanisms. Social

8. In 1999, the North Atlantic Treaty Organisation (NATO) conducted an air campaign against Yugoslav and Serbian security forces in response to their coordinated attack on the Kosovar Albanian population. As a result of the conflict, out of a population estimated at 1.7 million in Kosovo, almost half (800,000) left their country as refugees, and an estimated 500,000 people were internally displaced (Strohmeyer, 2001: 108). Three months after, the UN Security Council authorised the Australian-led International Force for East Timor (INTERFET) to stop the violence that erupted on the island following the results of a popular consultation between those who supported the integration of the country into Indonesia and those who favored independence. This conflict caused an estimated 1,500 to 2,000 deaths and some 200,000 people being displaced (Strohmeyer, 2001: 107-109).

tensions still remain between the ethnic Serb and ethnic Albanian communities and there are current discussions about the potential utility of a truth commission as a forum for reconciliation and as a mechanism for addressing some inadequacies in the justice system. Women are still greatly affected where their family members have been disappeared, in cases concerning sexual violence and by questions concerning the right to property and inheritance. There is currently an attempt to include victims of sexual violence in the regulation concerning reparations.

In Timor-Leste, the UN created a special Serious Crimes Investigations Unit as well as hybrid Special Panels for Serious Crimes and they were also granted jurisdiction over crimes under international and national law (Dicker and Keppler, 2004; Nouwen, 2006:197). The Special Panels, which ran from 2000 to 2005, combined international and Timorese judges and prosecutors and covered those crimes committed in the period surrounding the 1999 referendum (McAuliffe, 2011:104). The international judges were considered to be UN staff members but the Special Panels functioned as part of the Dili District Court (McAuliffe, 2011: 118). Nevertheless, these institutions were plagued with management problems. Progress in the investigations was slow and judges had no prior experience in international criminal law (Martin and Mayer-Rieckh, 2005:138-139). The cases, many of which included grave breaches of human rights against women, were subsequently left aside at the prosecutor office and Timor-Leste and Indonesia have both positioned themselves as an example of international reconciliation, a point of view that is not necessarily shared by women victims.

Also, in 2002, a UN Regulation established the Commission for Reception, Truth and Reconciliation (commonly known by its Portuguese acronym CAVR) was mandated to establish the truth regarding past human rights violations. The CAVR, however, was criticised for not being mandated for bringing those most responsible for serious abuses to justice and there were concerns that the major perpetrators remained free in Indonesia or were reintegrated into society, often without significant sanctions (Burgess, 2004: 152). In its final report, a historical overview of the conflict was provided and gender equity was also one of five guiding principles established within its reparations programme. As for reparations, the transitional

justice in Timor-Leste has been criticised for not having offered reparations to victims. A UN supported law on reparations was also drafted, but is still awaiting approval by the legislative power due to a strong opposition of the veterans lobby to include victims as part of a pension system. Gender-based violence also remains a challenge and there are currently discussions about the creation of an institute of memory to help to deal with the past, although these have not been sufficient to dissipate public concerns about the implementation of the recommendations of the CAVR.

UNMIK remained with full administrative powers until 2008, when Kosovo declared its independence. The tasks of the mission were then more limited and progressively were handed over to the European Union Rule of Law Mission in Kosovo (EULEX), which is still supporting the Kosovo authorities in the rule of law programmes, including the judiciary. UNTAET and its exclusive power lasted for around two-and-a-half years, until 2002 when the country became an independent State. The mission was subsequently followed by several other missions, including the United Nations Mission of Support in East Timor (UNMISSET), which was mandated, from 2002 to 2005, to assist Timor-Leste with security and development programmes.

While the UN limited its intervention in Kosovo to trials and reparations, in Timor-Leste the transitional justice was based on several transitional justice mechanisms, including the Special Panels for Serious Crimes, a Truth Commission and reparations. The provision of reparations, however, has been limited in both countries, which may raise questions regarding the UN under-emphasis on socio-economic rights in post-conflict societies. Questions may also arise as to the definition of transitional justice and its duration. The UN had a main role in the design of transitional justice norms and mechanisms in Kosovo and Timor-Leste more than 15 years ago and both countries are still immersed in debates about transitional justice. Many of the UN rules and regulations that were designed during those years are still in use in both countries and discussions are still taking place regarding the effective implementation of previous transitional justice mechanisms and the creation of new ones, particularly in regards to the recognition of the protection of women victims.

15.5 Final considerations

Campbell reminded us that by strictly following specific programmes, “institutions also act as constraints by limiting the number of possible innovations that they can envision and make” (Campbell, 2004, 72). Gender mainstreaming is thus shown as a project checklist rather than a critique of the gender status quo, one which embraces a less ambitious gender sensitive approach rather than a human rights one (Aoláin, Haynes and Cahn, 2011: 12-14). Moreover, critics of the implementation of peacekeeping and peace-building programmes also argue that they contribute to perpetuating the role of women as victims, rather than addressing the causes and structures of women’s inequality (Aoláin, Haynes and Cahn, 2011: 13). It can thus be inferred that the rule of law is not per se a significant determinant of the status of women and that the liberal legal framework promoted by the UN programmes often exists along with gender discrimination, exclusion, and high levels of violence against women (Aoláin, Haynes and Cahn, 2011: 34, 88). The diversity of power structures that come into play within the scope of a justice system can create discrimination in substantive law and procedural rules, including inadequate law and lack of protective measures, limiting therefore the access to justice of those in a situation of major vulnerability, such as women.

Bibliography

Ainley, K. (2015). Evaluating the Success of Transitional Justice in Sierra Leone and Beyond. In: K. Ainley, R. Friedman, C. Mahony, eds., *Evaluating Transitional Justice, Accountability and Peacebuilding in Post-Conflict Sierra Leone*, 1st ed. Palgrave Macmillan, pp. 241–263.

Aoláin, F.N. and Rooney, E. (2007). Underenforcement and Intersectionality: Gendered Aspects of Transition for Women. *The International Journal of Transitional Justice*, 1(3), pp. 338-354.

Aoláin, F. N., Haynes, D. F. and Cahn, N. (2011). *On the frontlines gender, war, and the post-conflict process*. New York: Oxford University Press.

Arthur, P. (2009) How “Transitions” Reshaped Human Rights: A Conceptual History of Transitional Justice. *Human Rights Quarterly*, v. 31, n. 2, May, p. 321-367.

Banakar, R. and Travers, M. (Eds.), (2013). *Law and social theory*. 2nd ed. Oxford: Hart Publishing.

Barnett, M.N. and Finnemore, M. (2004). *Rules for the World: International Organizations in Global Politics*. Ithaca, NY, USA: Cornell University Press.

Bell, C. and Keenan, J. (2004). Human rights nongovernmental organizations and the problems of transition. *Human Rights Quarterly*, 26, pp. 330–374.

Bodansky, D. (2008). The Concept of Legitimacy in International Law. In: R. Wolfrum and V. Röben, eds., *Legitimacy in International Law*. Springer Verlag Berlin Heidelberg, pp. 309–317.

Braithwaite, J. (2002). *Restorative Justice & Responsive Regulation*, Oxford: Oxford University Press.

Burgess, P. (2004). Justice and Reconciliation in East Timor. The Relationship between the Commission for Reception, Truth and Reconciliation and the Courts, *Criminal Law Forum*, 15, pp. 153-158.

Campbell, J. (2004). *Institutional Change and Globalization*. Princeton: Princeton University Press.

Campbell, K. (2007). The Gender of Transitional Justice: Law, Sexual Violence and the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia. *The International Journal of Transitional Justice*, 1(3), pp. 411–432.

CEDAW Committee (2015). *General Recommendation No. 33 on women's access to justice* (23 July 2015, CEDAW/C/GC/33).

CEDAW Committee (2013). *General Recommendation No. 30 on women in conflict prevention, conflict and post-conflict situations* (18 October 2013, CEDAW/C/GC/30).

Chappell, L. (2016). *The Politics of Gender Justice at the International Criminal Court. Legacies and Legitimacy*. New York: Oxford University Press.

Charlesworth, H., Chinkin, C. and Wright, S. (1991). Feminist Approaches to International Law. *The American Journal of International Law*, 85(4), pp. 613-645.

Chesterman, S., Ignatieff, M and Thankur, R. (2005). *Making States Work: State Failure and the Crisis of Governance*. Tokyo: UNU Press.

De Brabandere, E. (2009). *Post-conflict administrations in international law international territorial administration, transitional authority and foreign occupation in theory and practice*. Leiden, Boston: Martinus Nijhoff Publishers.

Despouy, L. (2008). *Report of the Special Rapporteur on the independence of judges and lawyers on the Promotion and Protection of all Human Rights, Civil, Political, Economic, Social and Cultural Rights, including the Right to Development* (13 May 2008, A/HRC/8/4).

Dicker, R. and Keppler, E. (2004). Beyond the Hague: The Challenges of International Justice, *Human Rights Watch World Report 2004*. Available: <http://hrw.org/wr2k4/10.htm> [14 December 2015].

Duggan, C., and Abusharaf, A.M. (2006). *Reparation of Sexual Violence in Democratic Transitions: The Search for Gender Justice*. Oxford: Oxford University Press.

Duggan, C., (2010). Editorial Note. *The International Journal of Transitional Justice*, 4(3), pp. 315-328.

Elster, J. (2004). *Closing the books: Transitional Justice in historical perspective*, Cambridge: Cambridge University Press.

Evans, C. (2012). *The Right to Reparation in International Law for Victims of Armed Conflict*, Cambridge: Cambridge University Press.

Foucault, M. (1982). The Subject and Power. *Critical Inquiry*, 8(4), pp. 777-795.

Fraser, N. (2009). *Scales of justice reimagining political space in a globalizing world, new directions in critical theory*. New York: Columbia University Press,

Fraser, N. (2007). Feminist Politics in the Age of Recognition: A Two-Dimensional Approach to Gender Justice. *Studies in Social Justice*, 1, pp. 23–35.

Friedman, R. (2015). Restorative Justice in Sierra Leone: Promises and Limitations. In: K. Ainley, R. Friedman, C. Mahony, eds., *Evaluating Transitional Justice, Accountability and Peacebuilding in Post-Conflict Sierra Leone*, 1st ed. Palgrave Macmillan, pp. 55–76.

Goldstein, J.S. (2004). *War and gender: how gender shapes the war system and vice versa*. 2nd ed. Cambridge: Cambridge University Press.

Guillemin, M. and Gillan, L. (2004). Ethics, Reflexivity, and “Ethically Important Moments” in Research. *Qualitative Inquiry*, 10 (2), pp. 261-280.

Habermas, J. (2001). Constitutional Democracy: A Paradoxical Union of Contradictory Principles? *Democracy, Law, Founding*, 29(6), pp. 766-781.

Hamber, B. (2007). Masculinity and Transitional Justice: An Exploratory Essay. *The International Journal of Transitional Justice*, 1, pp. 375–390.

Harston, J. (2006). United Nations as an Ambivalent Administrator in the Balkans and East Timor. In: N. Azimi and C. L. Lin, eds., *United Nations as Peacekeeper and Nation-BUILDER: Continuity and Change - What Lies Ahead?*, Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, pp. 127–138.

Hasegawa, S. (2006). The Development Perspective: Three Imperatives for Sustainable Peace and Nation-building in a Post-Conflict Country. In: N. Azimi and C. L. Lin, eds., *United Nations as Peacekeeper and Nation-Builder: Continuity and Change - What Lies Ahead?*, Leiden: Martinus Nijhoff Publishers.

Heathcote, G. (2010). Feminist Reflections on the 'End' of the War on Terror. *Melbourne Journal of International Law*, 11(2), pp. 1-31.

Hollis, B. (2015). Evaluating the Legacy of the Special Court for Sierra Leone. In: K. Ainley, R. Friedman, C. Mahony, eds., *Evaluating Transitional Justice, Accountability and Peacebuilding in Post-Conflict Sierra Leone*, 1st ed. Palgrave Macmillan, pp. 19-34.

ICTJ (2016) Gender Justice - accountability for gender-based atrocities International, Available: <https://www.ictj.org/our-work/transitional-justice-issues/gender-justice> [07 April 2016].

ICTJ (2006) Lessons from the Deployment of International Judges and Prosecutors in Kosovo, Available: http://ictj.org/sites/default/files/ICTJ-FormerYugoslavia-Courts-Study-2006-English_0.pdf [18 November 2015].

ICTJ (2002) A Casualty of Politics: Overview of Acts and Projects of Reparation on the Territory of the Former Yugoslavia, Available: <http://ictj.org/sites/default/files/ICTJ-FormerYugoslavia-Overview-Reparations-2002-English.pdf> [18 November 2015].

Kelsall, M. and Stepakoff, S. (2007). 'When We Wanted to Talk About Rape': Silencing Sexual Violence at the Special Court for Sierra Leone. *The International Journal of Transitional Justice*, 1(3), pp. 335-374.

Kelsen, H. (1951). *The law of the United Nations: A Critical Analysis of its Fundamental Problems*. New York: Frederick A. Praeger.

Koskenniemi, M. (2011). Foreword. In: O. Korhonen and J. Grass, eds, *International Governance in Post-Conflict Situations*. Helsinki: Erik Castrén Institute of International Law and Human Rights.

Leebaw, B. A. (2008). The Irreconcilable Goals of Transitional Justice, *Human Rights Quarterly*, 30(1), pp. 95-118.

Lundy, P. and McGovern, M. (2008). Whose Justice? Rethinking Transitional Justice from the Bottom Up, *Journal of Law and Society*, 35(2), pp. 265-292.

Mahony, C. (2015). A Political Tool? The Politics of Case Selection at the Special Court for Sierra Leone. In: K. Ainley, R. Friedman, C. Mahony, eds., *Evaluating Transitional Justice, Accountability and Peacebuilding in Post-Conflict Sierra Leone*, 1st ed. Palgrave Macmillan, pp. 77-100.

Martin, I. and Mayer-Reickh, A. (2005). The United Nations and East Timor: from self-determination to state-building, *International Peacekeeping*, 12(1) pp.125-145.

McAuliffe, P. (2011). UN Peace-Building, Transitional Justice and the Rule of Law in East Timor: The Limits of Institutional Responses to Political Questions. *Netherlands International Law Review*, 58, pp. 103-135.

Nouwen, S. and Werner, W. (2011) Doing Justice to the Political: The International Criminal Court in Uganda and Sudan, *The European Journal of International Law*, 21(4), pp. 941-965.

Nouwen, S. (2006). 'Hybrid courts', the hybrid category of a new type of international crimes courts. *Utrecht Law Review*, 2(2), pp. 190-214.

OHCHR (2008). *Rule-of-law tools for post-conflict states: maximizing the legacy of hybrid courts*. New York and Geneva: United Nations Publications, pp. 1-46. <http://www.ohchr.org/Documents/Publications/HybridCourts.pdf>, [17 November 2015].

OHCHR (2005). *Rule of Law Tools for Post-Conflict States - Reparations Programmes*, New York and Geneva: United Nations Publications, pp. 1-41. Available: <http://www.ohchr.org/Documents/Publications/ReparationsProgrammes.pdf>, [13 November 2015].

Okello, M.C. and Hovil, L. (2007). Confronting the Reality of Gender-based Violence in Northern Uganda. *The International Journal of Transitional Justice*, 1, pp. 433-443.

Okin, S. M. 2000 (1999). *Is Multiculturalism Bad for Women?*. Princeton: Princeton University Press.

Olsen, T., Payne, A. and Reiter, A. (2010). Transitional justice in the world, 1970-2007: Insights from a new dataset, *Journal of Peace Research*, 47(6), pp. 980-1007.

Otto, D. (1993). Challenging the 'New World Order': International Law, Global Democracy and the Possibilities for Women. *Transnational Law & Contemporary Problems*, 3(2), pp. 371-416.

Reilly, N. (2007). Cosmopolitan Feminism and Human Rights. *Hypatia*, 22(4), pp. 180-198.

Romany, C. (1993). Women as Aliens: A Feminist Critique of the Public/Private Distinction in International Human Rights Law. *Harvard Human Rights Journal*, 6, pp. 87-125.

Rubio-Marín, R. and Greiff, P. de. (2007). Women and Reparations. *The International Journal of Transitional Justice*, 1, pp. 318-337.

Security Council Report (2016) *UN Documents for Women, Peace and Security: Security Council Resolutions*. Available: <http://www.securitycouncilreport.org/un-documents/search.php?IncludeBlogs=10&limit=15&tag=%22Security%20Council%20Resolutions%22+AND+%22Women%20Peace%20and%20Security%22&ctype=Women,%20Peace%20and%20Security&rtype=Security%20Council%20Resolutions&cbtype=women-peace-and-security>, [24 February 2016].

Sikkink, K. and Booth, C. (2007) Errors about Trials: The Emergence and Impact of the Justice Cascade, *Paper presented at NYU Law School*, pp. 1-46. Available: <http://www.iilj.org/courses/documents/Session11.Sikkink.pdf>, [14 January 2016].

Skaar, E., and Gianella Malca, C., (2015). Transitional justice alternatives: claims and counterclaims. In: E. Skaar, C. Gianella Malca and T. Eide, eds. *After Violence: Transitional Justice, Peace and Democracy*. England: Routledge.

Stahn, C. (2008). *The Law and practice of International Territorial Administration. Versailles to Iraq and Beyond*. Cambridge: Cambridge University Press.

Strohmeier, H. (2001) Making multilateral interventions work: the UN and the creation of transitional justice systems in Kosovo and East Timor. *Fletcher Forum of World Affairs*, 25, pp. 107.

Teitel, R.G. (2003). Transitional justice genealogy. *Harvard Human Rights Journal*, 16, pp. 69-94.

The Guardian (2016) *Congo politician guilty in first ICC trial to focus on rape as a war crime*, Available: <http://www.theguardian.com/world/2016/mar/21/icc-finds-ex-congolese-vice-president-jean-pierre-bemba-guilty-of-war-crimes> [28 April 2016].

Thoms, O., Ron, J. and Paris, R. (2010) State-Level Effects of Transitional Justice: What Do We Know?. *The International Journal of Transitional Justice*, 4, pp. 329-354.

UN ECOSOC (1997) *Mainstreaming the gender perspective into all policies and programmes in the United Nations system* (12 June 1997, E/1997/66)

UNTAET (2000) *Regulation on the Establishment of Panels with Exclusive Jurisdiction Over Serious Criminal Offences* (6 June 2000, No. 2000/15). Available: <http://www.un.org/en/peacekeeping/missions/past/etimor/untaetR/Reg0015E.pdf>, [14 January 2016].

UN Secretary-General (2004) *The rule of law and transitional justice in conflict and post-conflict societies* (23 August 2004, S/2004/616).

UN Secretary General (1992) *An Agenda for Peace - Report of the Secretary-General pursuant to the statement adopted by the Summit Meeting of the Security Council on 31 January 1992*, (June 1992, A/47/277).

Wilde, R. (2001). From Danzig to East Timor and Beyond: The Role of International Territorial Administration. *The American Journal of International Law*, 95(3), pp: 583-606.

Winter, S. (2013). Towards a Unified Theory of Transitional Justice. *International Journal of Transitional Justice*, 7, pp. 224–244.

Ydit, M. (1961). International Territories: from the “Free city of Cracow” to the “Free city of Berlin” - a study in the historical development of a modern notion in international law and international relations (1815 - 1960). Leyden: Sythoff.

Comissão de
Anistia

MINISTÉRIO DA
JUSTIÇA E CIDADANIA



MEMORIAL DA ANISTIA



UF *m* G

