

SOBRE A POSSIBILIDADE DE UMA COMPETÊNCIA UNIVERSAL PARA A GARANTIA DO DIREITO À MEMÓRIA

ABOUT THE POSSIBILITY OF A UNIVERSAL JURISDICTION TO GUARANTEE THE RIGHT TO THE MEMORY

1

RESUMO

Com o resultado da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 153, que indeferiu o pedido de nulidade do parágrafo 1º do art. 1º da Lei de Anistia, torna-se extremamente difícil a identificação e punição dos responsáveis pelas práticas de tortura que permearam o período da ditadura no Brasil, prejudicando também a efetivação do direito à memória nacional. Assim, esse artigo procura investigar outros foros, internos ou internacionais, que seriam competentes para o julgamento destes indivíduos. A possibilidade da arguição de uma competência universal será conseqüentemente abordada para que se avalie sua adequação ao julgamento dos crimes contra a humanidade.

PALAVRAS-CHAVE: Competência universal. Direitos humanos. Convenção contra a Tortura e outros tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes. Corte Interamericana de Direitos Humanos. Tribunal Penal Internacional.

ABSTRACT

With the outcome of the claim of breach of fundamental precept (ADPF) 153, rejecting the application for revocation of paragraph 1 of Art. 1 of the Amnesty Law, it becomes extremely difficult to identify and punish those responsible for torture practices that permeated the period of dictatorship in Brazil and to effective the right of a national memory. Thus, this article seeks to investigate other forums, domestic or international, that would be competent for the prosecution of these individuals. The possibility of a complaint of universal

¹ Doutoranda em Direito Internacional pela PUC-MG. Mestre em Direito Internacional pela Université de Paris II, Professora de Direito Internacional do Centro Universitário UNA

jurisdiction will therefore be addressed to evaluate its suitability for the prosecution of crimes against humanity.

KEYWORDS: Universal jurisdiction. Human rights. Convention against Torture and other cruel, inhuman or degrading treatment. Inter-American Court of Human Rights. International Criminal Court.

SUMÁRIO

- 1 INTRODUÇÃO**
- 2 SOBRE A COMPETÊNCIA UNIVERSAL DO JUIZ INTERNO**
- 3 A ERA DA “DOMINAÇÃO VIRTUOSA”**
- 4 UMA JURISDIÇÃO LEGITIMADA PARA A DEFESA DO DIREITO À MEMÓRIA**
- 5 A EXPERIÊNCIA DO PASSADO AJUDA-NOS A ENFRENTAR O FUTURO...**
- 6 CONCLUSÃO**
- 7 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS**

1 INTRODUÇÃO

Entende-se como justiça de transição o conjunto de mecanismos judiciais e não judiciais e estratégias para enfrentar o legado de violência em massa do passado, atribuir responsabilidades, efetivar o direito à memória e fortalecer as instituições com valores democráticos, garantindo a não repetição das barbáries cometidas em um determinado período.

Eis o motivo pelo qual a anistia, quando feita com amnésia, além de impedir que as violações sejam investigadas, sabota a compreensão histórica crítica que nos habilitaria a promover transformações sociais significativas no presente.

A ideia de que a reflexão da memória é uma reflexão do tempo presente norteia as convicções de Paul RICOEUR. Segundo ele, a memória é quente e a história é fria. Nesse sentido, a história cuidaria dos fatos do passado, enquanto a memória se ocuparia daquilo que ainda se faz atual. Sem embargo, nos países que preferiram a amnésia à garantia do direito à

memória, opera-se a sensação de que o tempo passou e nada mudou, o que nos faria concluir que certas práticas e instituições não se modificaram na transição de regimes.

Alguns países souberam praticar a anistia sem amnésia. Bons exemplos desta prática seriam a instauração da Comissão da Verdade, em 1990, no Chile e, em 1991, em El Salvador, bem como a Comissão Verdade e Reconciliação instaurada na África do Sul, quando da abolição do regime de apartheid. Nesses casos, procuraram-se os fatos ocorridos, não necessariamente para punir os culpados, “mas para dar à verdade seus direitos” (OST, p. 176). O processo de anistia não foi maculado de esquecimento, mas foi “com conhecimento de causa que a sociedade fez a escolha do perdão” (OST, p. 176).

Não obstante, essa não foi a trajetória brasileira. Em 19 de dezembro de 1979, foi sancionada a Lei n. 6.683, que instituiria a anistia a todos que, durante o período da ditadura militar, qual seja, de 02 de setembro de 1961 à 15 de agosto de 1979, cometeram crimes políticos. Praticou-se no Brasil o que RICOEUR (p. 83) chamaria de memória impedida... o trauma foi deixado de lado sem que se pudesse viver o luto.

Segundo o disposto no parágrafo 1º do artigo 1º da referida lei, a concessão da anistia, estender-se-ia inclusive para alcançar aqueles que praticaram crimes conexos, qual sejam, crimes de qualquer natureza relacionados com crimes políticos ou praticados por motivação política. Por essa razão, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil – OAB propôs uma arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF n.153) requerendo a declaração de inconstitucionalidade da Lei de Anistia com a Constituição do Brasil de 1988, no que concerne à possibilidade prevista de anistia dos crimes conexos aos crimes políticos, tais como homicídio, desaparecimento forçado, estupro, atentado violento ao pudor, abuso de autoridade e lesões corporais, praticados contra opositores ao regime militar.

Ocorre que no dia 29 de abril de 2010, por 7 votos a 2, o Supremo Tribunal Federal julgou esta ação improcedente. Tratou-se de uma decisão extremamente positivista, distante de toda e qualquer intenção de se fazer um julgamento onde se pensasse a moral. Ao analisar a decisão dos STF, temos a impressão de a Constituição de 1988 não significou uma verdadeira ruptura com os atos de força e com o autoritarismo do período ditatorial. No julgamento, a Constituição foi remetida para normas construídas antes dela, como a Emenda Constitucional 26/85. Segundo o Supremo, a anistia da lei de 1979 foi reafirmada, no texto da EC 26/85, pelo Poder Constituinte da Constituição de 1988. Assim, estariam todos como que

(re)anistiados pela emenda, que abrange inclusive os que foram condenados pela prática de crimes de terrorismo, assalto, sequestro e atentado pessoal.

Nesse diapasão, esse trabalho propõe-se a buscar alternativas para a punição dos culpados, vasculhando a existência de competência de outros tribunais, estrangeiros ou internacionais, para o julgamento dos crimes cometidos durante o período da ditadura militar no Brasil.

2 SOBRE A COMPETÊNCIA UNIVERSAL DO JUIZ INTERNO

Normalmente, luta-se para que a justiça do próprio Estado do local do cometimento do ilícito, quando finalmente decide-se reposicionar frente à violação do passado, instaure um procedimento para realizar a punição dos culpados. O princípio da territorialidade, regra geral do direito penal segundo o qual são os Estados onde a infração ocorreu os competentes para o seu julgamento, é o baluarte da ideia de que os processos de garantia da memória devem acontecer “in loco”.

Sem embargo, quando tal posicionamento por parte do Estado territorial não ocorre, surge a questão de saber se outros países da comunidade internacional poderiam arguir uma espécie de competência universal para o julgamento de crimes que, pela sua barbárie, suplantariam as características dos crimes comuns de direito interno, sendo, por isso, chamados de crimes contra a humanidade.

O art. 7º do Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional qualifica os crimes contra a humanidade como “ataques difundidos e sistemáticos” (art. 7(1)), cometidos “em perseguição ou em favorecimento de um Estado ou política organizacional” (art. 7(2)). Conforme preceitua MERLE, o crime contra a humanidade é “um ataque contra as instituições políticas (...) porque ele claramente pretende excluir (...) grupos inteiros da representação e da participação políticas, bem como impedi-los de qualquer acesso aos tribunais” (MERLE, p. 173-174).

Dentre os atos previstos pelo art. 7º, inciso 2 do Estatuto encontra-se, na alínea ‘e’, a previsão da tortura, entendida como “ato por meio do qual uma dor ou sofrimentos agudos,

físicos ou mentais, são intencionalmente causados a uma pessoa que esteja sob a custódia ou o controle do acusado”.

Fato é que, durante o período da ditadura, as técnicas aplicadas pelos militares para reprimir os indivíduos que se manifestavam contrariamente ao regime enquadram-se, sem dúvida, dentro do conceito de tortura. A pesquisa feita para a redação do livro *Brasil Nunca Mais*², revelou quase uma centena de modos diferentes de tortura, dentre eles o “choque elétrico”³, o “afogamento”⁴, a “cadeira do dragão”⁵, lesões físicas, estupro, aborto de mulheres grávidas etc.

Situação parecida ocorreu no Chile, quando em 1973, uma junta militar liderada por Augusto Pinochet, invadiu o Palácio La Moneda com o objetivo de instaurar uma rígida ditadura militar. Dados indicam que cerca de 60 mil pessoas foram mortas ou desapareceram, e 200 mil abandonaram o país durante o período em que Pinochet esteve no poder. Foi inclusive o que motivou o juiz espanhol Balthasar Garzón a requerer extradição do ex-presidente chileno Augusto Pinochet ao Reino Unido. Na Espanha, Pinochet foi acusado de tortura, morte e desaparecimento forçado de 94 pessoas, dentre elas cidadãos espanhóis. Nessa oportunidade, a Câmara dos Lordes entendeu, inclusive, que ao ratificarem a Convenção contra a Tortura e outros tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes, os Estados-partes – dentre eles Chile, Espanha e Reino Unido - renunciaram tacitamente o benefício da imunidade de seus agentes nos casos de condenação fundamentada neste crime.

A competência do juiz espanhol, nesse caso, estaria fundamentada no artigo 5º da aludida convenção, que além de garantir o processamento do ilícito no local do cometimento do crime e no país da nacionalidade do autor, como a maioria dos ordenamentos jurídicos penais faz, também abriu a possibilidade de levar o acusado às barras dos tribunais do Estado da nacionalidade da vítima. Não obstante, no processamento da extradição, a Câmara dos

² Livro desenvolvido clandestinamente por Dom Paulo Evaristo Arns, Henry Sobel e Jaime Wright durante o período final da ditadura militar no Brasil, que sistematizou informações contidas em 707 processos do Superior Tribunal Militar, revelando a extensão da repressão política no Brasil.

³ “(...) o eletrochoque é dado por um telefone de campanha do Exército que possuía dois fios longos que são ligados ao corpo, normalmente nas partes sexuais, além dos ouvidos, dentes, língua e dedos (...)” (p. 35)

⁴ “(...) afogamento por meio de uma toalha colocada na boca que constitui: quando já se está quase sem respirar, recebe um jato d’água nas narinas (...)” (p. 36)

⁵ (...) despida brutalmente, fui sentada na “cadeira do dragão”, sobre uma placa metálica, pés e mãos amarrados, fios elétricos ligados ao corpo tocando a língua, ouvidos, olhos, pulsos, seios e órgãos genitais (...)” (p. 37)

Lordes só aceitou a fundamentação baseada nos crimes cometidos após 8 de dezembro de 1988, data da ratificação da aludida convenção pelo Reino Unido.⁶

O Brasil ratificou essa convenção em 15 de fevereiro de 1991, através do Decreto n. 40. Tal feito abre, de certa forma, a possibilidade de instauração de processo penal contra os culpados nos países das nacionalidades das vítimas. Eis o motivo pelo qual, a justiça italiana, ao final do ano de 2007⁷, determinou a prisão preventiva de 146 sul-americanos, dentre eles 13 brasileiros em razão dos desaparecimentos forçados ocorridos na Operação Condor, que foi uma aliança político-militar entre regimes militares da América do Sul entre os anos sessenta e setenta. Hoje, os brasileiros que têm ordem de captura internacional expedida estão protegidos em solo brasileiro, mas, se saírem do país, correm o risco de ser presos.

Verifica-se, porém, que tanto nesse caso como no caso Pinochet tem-se, ao menos, uma base internacionalmente acordada para o exercício da competência extraterritorial, qual seja, a Convenção contra a Tortura e outros tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes. Algumas jurisdições internas, no entanto, tendem a defender a existência de uma suposta competência universal para o julgamento desses crimes, independentemente de qualquer convenção firmada sobre a matéria.

Por jurisdição universal entende-se o poder que assume um Estado de perseguir o autor de uma infração mesmo que ela não tenha nenhuma ligação com o Estado em questão, pois não foi cometida em seu território e nem mesmo um de seus cidadãos teria sido vítima ou autor do ato ilícito. A pretensão do juiz em julgar a luz dessa justificativa, como se fosse perfeitamente evidente que todos podem, hoje em dia, julgar todos, sem nenhuma dificuldade, deixa-nos de certa forma perplexos...

A Corte Internacional de Justiça julgou contrariamente à ideia da jurisdição universal no Caso do Mandado de Prisão do Ministro das Relações Exteriores do Congo. Na Bélgica, uma lei sobre a competência universal de 1993 permitiu que quatro ruandeses fossem acusados em Bruxelas de diversos crimes praticados no contexto do genocídio de 1994. Não estavam aí a defender sua competência em função da existência de vítimas de nacionalidade belga, o que não era o caso, nem mesmo fundamentados em um tratado internacional onde os

⁶ Por razões de saúde, Pinochet acabou não sendo extraditado para a Espanha, mas sim para o Chile no ano de 2000.

⁷ Vide <http://sul21.com.br/jornal/2011/02/italia-julga-ainda-este-ano-sul-americanos-envolvidos-na-operacao-condor/>

países tivessem contratado tal possibilidade. Estavam sim, a defender a existência de um costume internacional extremamente contestável.

Primeiramente, nenhum tribunal é igualmente qualificado para conduzir um processo criminal como aquele do local dos fatos, sobretudo em função da proximidade das provas, do conhecimento mais profundo dos réus e das vítimas e da percepção mais clara de todas as circunstâncias do contexto criminal. São razões de ordem mais política do que prática que levam muitos sistemas internos a colocar, logo depois do princípio da territorialidade, outro fundamento para a jurisdição penal.

Além desse princípio básico, a complementaridade torna-se a regra: na maioria dos países, a ação penal pode ser fundamentada nos princípios da nacionalidade ativa ou passiva, quando estamos na presença de crimes cometidos no estrangeiro, onde o autor ou as vítimas eram nacionais do Estado do foro, desde que, o julgamento não tenha ocorrido no Estado onde a jurisdição penal se imporia naturalmente e que o acusado se encontrasse no território do Estado do foro, do qual é nacional, ou que tal fosse a situação das vítimas.

Quem pode realmente acreditar que um juiz é capaz de investigar adequadamente denúncias sobre crimes que ocorreram em "qualquer lugar" no mundo, isto é, a milhares de quilômetros de sua jurisdição, em países que ele não conhece nem a língua, nem a história, nem a cultura, nem as tradições? Será que mesmo um júri estaria apto a julgar corretamente?

Como mostra a prática, já não é fácil fazer justiça em casa, que dirá no estrangeiro! O risco é que, de fato, cheguemos a sacrificar os requisitos básicos de um julgamento justo. Neste caso, seriam colocados em causa os títulos que permitem de exercer a justiça e a função desempenhada por ela.

Além disso, impõe-se, no caso, um problema de narrativa. O relato dos fatos ocorridos varia tanto com o passar tempo, como em função da distância geográfica do local da prática em questão (quanto mais longe nos encontramos dos fatos, menos sabemos o que é verdade ou não). A tendência é que se descartem algumas coisas e que outras sejam supervalorizadas e, algumas vezes, até preenchidas com uma ideia criada. Essa é a mesma fragilidade que atinge o processo de construção da memória: sua elaboração não é feita de forma pura, mas através de conceitos. Sob este enfoque, a memória tenta, por vezes, reconstruir-se através de invenções.

Por fim, parece que a justiça penal é justificada principalmente pela necessidade de se evitar a repetição de conduta criminosa enquanto luta para reconciliar a sociedade com os seus membros que têm desconsiderado as proibições fundamentais. Assim, é seriamente questionável a pretensão de um juiz reconciliar membros de uma sociedade que lhe permanece inteiramente estranha ou restaurar dentro de si um público que está completamente fora de seu controle.

3 A ERA DA “DOMINAÇÃO VIRTUOSA”

A tese contrária ao exercício de uma competência absoluta por parte dos juízes internos poderia ser criticada como sendo a manifestação de um positivismo extremado, pois diante de certos valores morais, estaria o juiz legitimado a extrapolar as barreiras da lei. Ocorre que, na esfera internacional, essa arguição pode dar margem à interpretações duvidosas... A subjetividade de uma ação baseada em princípios e no conceito de moral pode favorecer a atuação de quem tem nas mãos o poder. Ao retirar a segurança da norma jurídica acabamos por permitir que o poder aja em nome de interesses supostamente comuns, visando, na realidade, um interesse meramente individual.

Foi em nome de um interesse supostamente comum, qual seja, o de salvar os iraquianos do regime ditatorial de Saddam Hussein conduzindo o país à democracia, que os Estados Unidos lideraram uma ação armada contra o Iraque, quando o que realmente visavam era satisfazer os anseios de ação da sociedade norte americana, recém-atingida pelos ataques do 11 de setembro. A própria criação dos tribunais penais internacionais, como para a ex-Iugoslávia e para Ruanda, também ocorreu, na realidade, por força de um jogo, uma combinação de determinados interesses políticos no âmbito das Nações Unidas. Esses tribunais provisórios foram criados pelo Conselho de Segurança da ONU, órgão composto por quinze membros, dentre os quais, cinco são permanentes⁸ e possuem o poder de veto. Não seria o caso de serem criados ao menos pela Assembléia Geral, que é um órgão composto pela totalidade dos países membros, e que por isso, representa os reais anseios da coletividade? Se assim fosse, provavelmente ter-se-ia instalado também um tribunal para o julgamento das

⁸ São membros permanentes do Conselho de Segurança: os Estados Unidos, a Rússia, o Reino Unido, a França e a China.

barbáries cometidas pelo governo russo na Chechênia entre 1999 e 2001⁹. Sobre este fato, a comunidade internacional nunca agiu no plano político ou diplomático. Sabendo-se vetada no Conselho de Segurança, a Organização das Nações Unidas (ONU) não exerceu poder de coerção algum e as agências que mantinha no local (Alto-Comissariado para Refugiados, Programa Mundial de Alimentação e a Organização Mundial de Saúde) limitavam-se a uma atividade humanitária.

O uso hipócrita da defesa dos direitos humanos faz com que algumas nações se atrevam a intentar a outros povos processos que eles deveriam fazer por si mesmos. É fácil defender a competência universal quando a Bélgica quer punir o Congo, mas teríamos a mesma lógica de raciocínio caso o Congo venha querer punir a Bélgica?

Segundo o professor VERHOVEN, a jurisdição universal seria menos censurável se fosse certo que o seu exercício fosse perfeitamente "multilateralizado", isto é, se não continuasse a ser um instrumento dos poucos países ocidentais, ricos e poderosos. Deveria ser possível que uma denúncia de crimes de guerra também pudesse ser introduzida, por exemplo, contra o Bush ou contra Sharon diante de um juiz belga ou Zimbábue. Se este não é o caso, o exercício da "justiça" pode muito bem esconder anseios de poder e dominação. Segundo ele, entramos em uma era de "dominação virtuosa", no qual democracia e direitos humanos tornam-se um pretexto para excluir os concorrentes, conquistar novos mercados, acabar com os oponentes etc. Além disso, as exigências de "civilização" já foram alimentadas com a colonização - não se deve permitir que as fundamentações nos direitos humanos possam hoje as recuperar...

4 UMA JURISDIÇÃO LEGITIMADA PARA A DEFESA DO DIREITO À MEMÓRIA

⁹ As "operações de limpeza" na Chechênia, que tinham por objetivo procurar "terroristas" entre a população civil, se fizeram acompanhar por saques, abusos, prisões arbitrárias, torturas e execuções sumárias. A resistência chechena foi parcialmente liquidada pela ação militar russa e, após três anos de guerra, a população já estava rendida e disposta a aceitar a paz de fachada proposta pelas autoridades russas. Foi quando o poder russo organizou um plebiscito - nada democrático - sobre a nova Constituição que declara a Chechênia parte da Rússia.

A instituição das cortes regionais para proteção dos direitos humanos mostra-se, nesse contexto, uma forma legítima de delegação de competência por parte da justiça dos Estados partes.

A preocupação do direito internacional com a proteção dos direitos humanos reporta-se ao pós Segunda Guerra Mundial. Antes deste marco, os países preocupavam-se, sobretudo, com a situação de seus nacionais em solo estrangeiro. O costume internacional prezava pela possibilidade da proteção diplomática, todas as vezes que um nacional de um país fosse alvo de uma ação arbitrária perpetrada pelo Estado estrangeiro, em desigualdade de condições frente ao indivíduo que sofreu o dano. Nesses casos, o Estado da nacionalidade do indivíduo lesado, depois que este viesse a esgotar as vias de recurso interno sem sucesso, poderia endossar a demanda de seu súdito, tomando-lhe as dores e dirigindo-se à uma jurisdição internacional com o objetivo de declarar a responsabilidade internacional do Estado causador do dano e buscar uma reparação adequada.

Contudo, a prática da proteção diplomática sempre encontrou limites. Primeiro, porque ao Estado nacional por vezes não interessava endossar a demanda, visto que poderia ter outras pretensões no âmbito da diplomacia interestatal. Segundo, porque esse tipo de proteção não funciona quando o causador do dano é o próprio Estado da nacionalidade do indivíduo. Assim, foi diante das barbáries ocorridas à época da Segunda Guerra Mundial pela Alemanha contra seus nacionais de origem judaica que se percebeu a necessidade de criação de um sistema internacional de direitos humanos.

O sistema onusiano de direitos humanos nasce, nesse contexto, com a propositada Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, votada na Assembleia Geral das Nações Unidas. Não obstante, as declarações tomadas por esse órgão não são dotadas de caráter cogente. Se a referida declaração, nos dias de hoje, parece-nos obrigatória, isso se dá tão somente pelo fato dela ter adquirido no decurso dos anos um caráter costumeiro.

Em 1966 foram assinados dois tratados que codificaram as principais disposições do texto da declaração: o Pacto de Direitos Cívicos e Políticos e o Pacto de Direitos Econômicos e Sociais, tendo, ambos, entrado em vigor em 1976, quando se completou o número mínimo de ratificações exigido. Esses tratados criaram um sistema de fiscalização do respeito aos direitos humanos que se daria através do envio de relatórios por parte dos Estados sobre medidas que seriam aplicadas internamente para a efetivação do respeito à esses direitos. O Pacto de Direitos Cívicos e Políticos foi, inclusive, além, prevendo a possibilidade de demandas

interestatais, que significa a possibilidade de um Estado queixar-se de outro Estado perante o Comitê de Direitos Humanos da ONU. Contudo, esse mecanismo nunca foi utilizado, o que demonstra que falta aos Estados interesse de se engajar em denúncias contra outros membros da comunidade internacional, sem que uma “boa justificativa” esteja em jogo.

Foi, então, com a criação dos sistemas regionais, que a proteção dos direitos humanos tornou-se mais efetiva. Esses sistemas previam a possibilidade de que uma demanda individual fosse interposta pelos indivíduos¹⁰ às comissões regionais de direitos humanos. Essas comissões tratariam de contatar o Estado, pedindo explicações, e, em último caso, denunciá-lo à corte regional. Esse é ainda o procedimento previsto pelo sistema interamericano de direitos humanos, composto pela Comissão e pela Corte Interamericana de Direitos Humanos. No âmbito europeu, contudo, o Protocolo n. 11 à Convenção Europeia de Direitos Humanos inovou no sentido de garantir aos indivíduos o acesso direto à Corte Europeia de Direitos Humanos, garantindo a efetivação da ideia do *jus postulandi in judicio*.

Vale, a tempo, ressaltar que, dentre as funções tanto da Corte Europeia de Direitos Humanos, como da Corte Interamericana de Direitos Humanos, está inscrita a garantia ao direito à verdade e à memória, respeitando-se os limites de engajamento dos Estados.

Ocorre que ao aceitar a competência obrigatória da Corte Interamericana, através do Decreto n. 4463 de 08 de novembro de 2002, o Brasil fez ressalva ao reconhecimento da competência da Corte para fatos anteriores àquela data, baseando-se no princípio da irretroatividade. Contudo, a Corte Interamericana fixou entendimento de que limitações temporais dessa espécie não eximem os Estados-Partes de atuarem na responsabilização por violações aos direitos humanos perpetradas anteriormente quando os atos tiverem permanecido sem investigação e impunes.

No julgamento do caso Gomes Lund e outros, referente às atrocidades cometidas pelo exército brasileiro nos anos setenta contra Guerrilha do Araguaia, a corte determinou que

“quando se tratar de uma violação contínua ou permanente, iniciada antes do reconhecimento pelo Estado demandado da competência contenciosa da Corte e que persista mesmo depois desse reconhecimento, o Tribunal será competente para conhecer das condutas ocorridas posteriormente ao reconhecimento da competência e dos efeitos das violações.” (CIDH, p. 67)

¹⁰ Ainda que o Protocolo Facultativo ao Pacto dos Direitos Civis e Políticos, aprovado em 1966, e em vigor a partir de 1976, tenha previsto a possibilidade de queixas individuais, ele não contava com uma jurisdição internacional sobre direitos humanos. Esse protocolo, no entanto, não foi alvo de ratificação pelo Estado brasileiro.

Assim, para a Corte Interamericana 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. No caso do desaparecimento forçado de pessoas, o ilícito se iniciaria com a privação da liberdade da pessoa e a subsequente falta de informação sobre seu destino, e permaneceria até quando não se conheça o paradeiro da pessoa desaparecida e os fatos não tenham sido esclarecidos. Logo, diante dos crimes de natureza permanente, a reserva temporal firmada pelo Brasil não impedia a condenação internacional pela omissão do Estado, após 1998, em investigar, processar e responsabilizar os autores de crimes contra a humanidade durante o regime militar.

Consequentemente, a Corte entendeu que 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 de Direitos Humanos e não podem seguir representando um obstáculo para a investigação dos fatos, nem para a identificação e punição dos responsáveis.

Desta forma, consta da sentença proferida em dezembro de 2010 a obrigação do Brasil de conduzir eficazmente, perante a jurisdição ordinária, a investigação penal dos fatos ocorridos entre 1972 e 1975 no território do Araguaia a fim de esclarecê-los, determinar as correspondentes responsabilidades penais e aplicar efetivamente as sanções e consequências que a lei preveja. No entendimento da Corte, o Brasil está caminhando na “contramão” da humanidade, por isso haveria a possibilidade de seus tribunais promoverem o julgamento dos culpados, ainda que a decisão fosse *contra-legem*, já que fundamentada em uma pretensão moral universal.

Também ficou previsto que a República Federativa do Brasil deverá “realizar todos os esforços para determinar o paradeiro das vítimas desaparecidas e, se for o caso, identificar e entregar os restos mortais a seus familiares”, “oferecer o tratamento médico e psicológico ou psiquiátrico que as vítimas requeiram”, “realizar um ato público de reconhecimento de responsabilidade internacional a respeito dos fatos do presente caso”, “implementar um programa ou curso permanente e obrigatório sobre direitos humanos, dirigido a todos os níveis hierárquicos das Forças Armadas”, “tipificar o delito de desaparecimento forçado de pessoas em conformidade com os parâmetros interamericanos”, “continuar desenvolvendo as iniciativas de busca, sistematização e publicação de toda a informação sobre a Guerrilha do

Araguaia, assim como da informação relativa a violações de direitos humanos ocorridas durante o regime militar” e “pagar as quantias fixadas a título de indenização por dano material, por dano imaterial e por restituição de custas e gastos” (CIDH, p. 115 e 116).

Vale ressaltar que a sentença proferida pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, como qualquer outra sentença proferida por um tribunal internacional, não depende de homologação no STJ já que, ao concordar com a jurisdição da Corte, o Estado brasileiro engajou-se a dar efetividade às decisões dela provenientes.

Sem embargo, apesar do art. 68, parágrafo 1º da Convenção Americana prever expressamente o compromisso dos Estados-partes em cumprir a decisão da Corte em todo caso em que forem partes, o sistema interamericano de direitos humanos ainda não dispõe na prática de um sistema eficaz de execução das sentenças no ordenamento jurídico interno dos Estados por ela condenados, limitando-se o art. 65 a determinar que a Corte informe a Assembleia Geral da organização os casos em que um Estado não tenha dado cumprimento aos seus julgados.

5 A EXPERIÊNCIA DO PASSADO AJUDA-NOS A ENFRENTAR O FUTURO...

"O homem é o único ser vivo a poder “voltar a ampulheta”, só ele tem a capacidade de arrancar-se do escoamento irreversível do tempo físico, ligando o que, a cada instante, ameaça desligar-se. Com o homem surge, de fato, a possibilidade de uma retomada reflexiva do passado e de uma construção antecipativa do futuro(...)" (OST, p. 28)

Foi percebendo a falta de bases eficazes para a punição dos crimes praticados contra os direitos humanos que a comunidade internacional entendeu a necessidade a criação de um tribunal penal internacional permanente.

Instituído em 2002, pelo Estatuto de Roma de 1998, o tribunal penal internacional tem a missão de julgar genocídios, crimes de guerra e crimes contra a humanidade, cometidos depois de sua instauração, não se tratando, portanto, de um tribunal de exceção como os instituídos em Nuremberg, Tóquio, Ruanda ou ex-Iugoslávia.

Dentre os atos que caracterizam os crimes contra a humanidade segundo o art. 7º do Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional estão, além da tortura, o desaparecimento forçado de pessoas, o homicídio e a perseguição de um grupo ou coletividade por motivos políticos, raciais, nacionais, étnicos, culturais, religiosos ou de gênero, todas as vezes que esses atos tenham sido cometidos no quadro de um ataque contra uma população civil.

Conforme o art. 13 do Estatuto de Roma, a ação poderá ser iniciada pelo Procurador do Tribunal Penal Internacional, mediante denúncia de um Estado parte, do Conselho de Segurança ou em razão de um inquérito instaurado por ele próprio. Não se trata aqui de punir o Estado, prescrevendo a ele o dever de punir aqueles que se encontram em seu território. Ao contrário, pune-se diretamente o indivíduo que tenha se enquadrado em um dos crimes previstos no Estatuto, conforme determinado pelo Tribunal.

Todavia, a jurisdição do Tribunal Penal Internacional é subsidiária à estatal, ou seja, ela só atua quando o Estado onde o acusado se encontre não tenha condições neutras de fazê-lo. É exatamente aí que reside a singularidade deste Tribunal: os Estados, de antemão, concordam com a competência subsidiária universal desta Corte para o julgamento dos atos que não foram punidos pelo país a quem competia fazê-lo.

Além disso, conforme preceitua a redação do artigo 27¹¹ do Estatuto de Roma, as imunidades ou privilégios concedidos aos indivíduos em função de sua condição como ocupantes de cargos estatais não constituem motivos que impeçam o Tribunal de exercer sua jurisdição em relação a eles. Assim, não haveria aqui nenhuma possibilidade de arguição de imunidade de jurisdição pelo fato de exercício de função pública à época do delito. Ainda que se pretenda arguir a legislação interna para fazer valer tal benefício, a máxima do direito internacional prevista no artigo 27 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados é clara: um Estado “não pode invocar as disposições de seu direito interno para justificar o inadimplemento de um tratado.” Esta é a razão pela qual a jurisdição do Tribunal Penal Internacional tenha a tendência de ser acionada, sobretudo, contra pessoas protegidas por privilégios e imunidades conferidas pelos seus ordenamentos jurídicos internos, visto que é

¹¹ Art. 27 Irrelevância da Qualidade Oficial 1. O presente Estatuto será aplicável de forma igual a todas as pessoas sem distinção alguma baseada na qualidade oficial. Em particular, a qualidade oficial de Chefe de Estado ou de Governo, de membro de Governo ou do Parlamento, de representante eleito ou de funcionário público, em caso algum eximirá a pessoa em causa de responsabilidade criminal nos termos do presente Estatuto, nem constituirá de *per se* motivo de redução da pena. 2. As imunidades ou normas de procedimento especiais decorrentes da qualidade oficial de uma pessoa; nos termos do direito interno ou do direito internacional, não deverão obstar a que o Tribunal exerça a sua jurisdição sobre essa pessoa.

somente diante da inação da justiça estatal que se abre a possibilidade da competência do tribunal internacional.

Assim, ainda que não consigamos voltar a ampulheta para fazer justiça quanto às barbáries cometidas no período da ditadura pela qual passou o Brasil, teríamos, com o advento do Tribunal Penal Internacional, uma base legítima para repressão de atitudes similares que por ventura viessem a assombrar nosso território em dias futuros.

6 CONCLUSÃO

Ao confirmar a validade da Lei de Anistia brasileira, o Supremo Tribunal Federal pretendeu, de certa forma, encerrar o debate acerca da identificação e consequente punição dos responsáveis pelos atos de tortura praticados à época do governo militar. Por nos faltarem alternativas no âmbito interno, esse artigo buscou identificar possíveis soluções para a questão.

A ideia de competência universal, por mais sedutora que pareça, não deve ser utilizada de maneira indiscriminada, por servir de justificativa para a atuação individual em nome de interesses supostamente universais. Se, contudo, fundamentada em um tratado internacional, a competência universal poderia ser exercida dentro dos limites convencionados, que sempre procuram estabelecer ao menos uma mínima relação com o delito cometido, como por exemplo, a nacionalidade da vítima ou do culpado para o julgamento dos ilícitos extraterritoriais.

Fora dessa esfera de competência interna, os indivíduos contariam com a possibilidade de buscar justiça nas cortes regionais de direitos humanos. O limite dessa possível solução encontra-se na disponibilidade do Estado julgado em executar a sentença tal como ela foi proferida, providenciando o julgamento interno dos culpados.

Por ora, essas são as alternativas que se possui para a efetivação do direito à memória em seu viés de punição dos responsáveis pelos ilícitos praticados em um passado repressor. As perspectivas para o futuro são, todavia, melhores. Desde a criação do Tribunal Penal Internacional, começou-se a vislumbrar a possibilidade de punição internacional dos indivíduos pelos crimes cometidos contra a humanidade, criando-se, enfim, a possibilidade de

uma competência universal subsidiária livre das críticas que se fazem presentes quando esta é praticada pelo juiz interno.

7 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARQUIDIOCESE DE SÃO PAULO. *Brasil Nunca Mais*. 10a edição. Petrópolis: Vozes, 1985.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Gomes Lund e outros (“Guerrilha do Araguaia”) vs. Brasil*. Sentença de 24 de novembro de 2010.

COUR INTERNATIONALE DE JUSTICE. *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000 (République démocratique du Congo c. Belgique)*. Sentence du 14 février 2002.

FILHO, José Carlos Moreira da Silva. *O Julgamento da ADPF 153 pelo Supremo Tribunal Federal e a Inacabada Transição Democrática Brasileira*. Disponível em <http://idejust.files.wordpress.com/2010/07/adpf153zk.pdf> . Acesso em 10/06/2012.

GARAPON, Antoine. *Crimes que não se podem punir nem perdoar: para uma justiça internacional*. Tradução de: Pedro Henriques. Porto Alegre: Instituto Piaget, 2002.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Curso de Direito Internacional Público*. 5ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

MERLE, Jean-Christophe. Qual é exatamente o objetivo de se punir os crimes contra a humanidade? *Revista Brasileira de Estudos Políticos*. n. 90. Belo Horizonte: Julho-dezembro 2004.

RICOEUR, Paul. *La mémoire, l'histoire, l'oubli*. Paris: Le Seuil, 2005.

OST, François. *O tempo do direito*. Tradução Élcio Fernandes. Bauru: Edusc, 2005.

VERHOEVEN, Joe. *La "compétence universelle", une farce?*
<http://www.debriefing.org/30317.html> . Acesso em 10/06/2012.