



## JUSTIÇA DE TRANSIÇÃO: uma aplicação dos princípios de chicago à realidade brasileira

**Carlos Eduardo Adriano Japiassú**

Professor da UERJ, da UFRJ e da UNESA, Conselheiro do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária (CNPCCP) entre 2008 e 2012, Secretário Geral Adjunto da Associação Internacional de Direito Penal (AIDP) e Presidente do Grupo Brasileiro da AIDP

**Marcela Siqueira Miguens**

Advogada, professor substituta da UFRJ e doutoranda em Direito Penal pela UERJ.

### Área de Direito

Penal; Internacional.

### RESUMO

A importância do tema da justiça de transição vem se intensificando principalmente no que se refere às suas consequências no âmbito do Direito Penal Internacional. Entendida como a realização de justiça, restauração e manutenção da paz em determinado território onde tenham ocorrido graves violações aos direitos humanos, o aspecto da responsabilização penal por estas violações se torna um dos temas mais discutidos e complexos na realização da justiça de transição. Entretanto, a responsabilização penal é uma das medidas necessárias a serem tomadas pelo Estado no contexto da transição, havendo estratégias e políticas adicionais que completam as estruturas capazes de lidar com necessidades específicas de cada local, considerando seus aspectos sociais, políticos, culturais e econômicos. O presente artigo busca abordar a justiça de transição no Brasil sob a ótica da realização destas políticas, concebidas e sintetizadas por M. Cherif Bassiouni como os "Princípios de Chicago". Assim, apresenta-se o conceito de justiça de transição, suas etapas de desenvolvimento e a realidade brasileira a partir da consolidação destes princípios, ordinariamente reconhecidos pelo Direito Penal Internacional.

### PALAVRAS-CHAVE

Justiça de transição. Direitos Humanos. Responsabilidade Penal. Princípios de Chicago. Direito Penal Internacional.

### ABSTRACT

The importance of the subject of transitional justice has been intensified - particularly in regard to its impact under International criminal law. Transitional justice is understood as the accomplishment of justice including the restoration and maintenance of peace within a specified territory where there have been serious human rights violations. Therefore, the aspect of accountability for those violations becomes one of the most discussed and complex themes of the implementation of transitional justice. However, the accountability is one of the necessary steps to be adopted by the State in the transition process with additional strategies and policies that supplement those structures capable of dealing with specific requirements of each location according to social, political, cultural and economical aspects. This article aims to address the transitional justice in Brazil from the viewpoint of the implementation of those policies designed and synthesized by M. Cherif Bassiouni as the "Principles of Chicago." As a result, we present the concept of transitional justice with its developmental stages and the actuality from the consolidation of those principles which are ordinarily acknowledged by International criminal law.

### KEYWORDS

Transitional Justice. Human Rights. Criminal Liability. Chicago principles. International criminal law.

### RESUMEN

La importancia del tema de la justicia transicional se ha intensificado especialmente en lo que respecta a sus consecuencias en el derecho penal internacional. Entendida como la realización de la justicia, la restauración y el mantenimiento de la paz en un territorio donde se han producido graves violaciones de los derechos humanos, el aspecto criminal

de la responsabilidad de estas violaciones se convierte en uno de los temas más discutidos y complejos en la realización de la justicia transicional. Sin embargo, la responsabilidad penal es una de las medidas necesarias a ser tomadas por el Estado en el contexto de la transición, con nuevas políticas y estrategias capaces de hacer frente a las necesidades específicas de cada sitio, teniendo en cuenta su situación política, social, cultural y económica. En este artículo se trata de abordar la justicia transicional en Brasil desde la perspectiva de la aplicación de estas políticas, diseñadas y sintetizadas por M. Cherif Bassiouni como los "Principios de Chicago." Por lo tanto, se presenta el concepto de justicia de transición, sus etapas de desarrollo y de la realidad a partir de la consolidación de estos principios generalmente reconocidos por el Derecho Penal Internacional.

### **Palabras-clave**

Justicia Transicional. Derechos Humanos. Responsabilidad Penal. Principios de Chicago. Derecho Penal Internacional.

### **Sumário**

1. Introdução. 2. Justiça de Transição: noções e aspectos. 3. Fases da Justiça de Transição: 3.1. Primeira fase. 3.2. Segunda fase. 3.3. Terceira fase. 4. Os Princípios de Chicago. 5. O Brasil. 6. Conclusão.

## **1. INTRODUÇÃO.**

O tema da justiça de transição assume grande importância no Direito Penal Internacional. Pode ser entendido como a realização de justiça, restauração e manutenção da paz em determinado território onde tenham ocorrido graves violações aos direitos humanos. Esta espécie de justiça se apresenta sob a nomenclatura de justiça de transição ou justiça pós-conflito, representando a transição, mudança de um contexto nacional de conflito armado ou de presença de regimes autoritários para um governo democrático calcado na existência de um Estado de Direito.

Uma das dificuldades perenes na chamada justiça de transição é a avaliação das medidas que devem ser tomadas pelos Estados em períodos posteriores às graves violações aos direitos humanos.

Neste contexto, M. Cherif Bassiouni concebeu os Princípios de Chicago, que consistem em diretrizes básicas que buscam determinar de forma eficiente quais as estratégias e políticas mais eficazes para lidar com necessidades específicas de cada local, considerando seus aspectos sociais, políticos, culturais e econômicos.

São princípios ordinariamente reconhecidos pelo Direito Penal Internacional, mas carentes de uma consolidação e tradução para termos gerais, onde seja possível estabelecer-se uma linguagem comum, garantindo sua aplicação em contextos locais dos mais diversos.

A partir da noção dos Princípios de Chicago, no presente artigo, buscar-se-á, inicialmente apresentar e conceituar a justiça de transição. A seguir, serão apresentadas as fases da justiça da transição, para que se possa compreender o seu estado atual de desenvolvimento. E, por fim, avaliar-se-á o caso brasileiro à luz dos referidos Princípios.

## **2. JUSTIÇA DE TRANSIÇÃO: NOÇÕES E ASPECTOS.**

Para o *International Center of Transitional Justice*,<sup>1</sup> justiça de transição – também chamada de justiça pós-conflito – é o nome que se dá a todo aparato de

resposta a violações aos direitos humanos ocorridas em determinado território, que se desenvolve por meio da reparação das vítimas, promoção da paz, reconciliação e democratização. Não seria uma forma especial de justiça, mas uma adaptação da mesma às sociedades em reconstrução após as referidas violações.

SRIRAM<sup>2</sup> conceitua a expressão justiça de transição como uma série de medidas políticas tomadas por determinado governo que surja após um contexto nacional de conflito armado ou de regime autoritário, que se baseiam nas idéias de responsabilização pelos abusos cometidos, estabilização política, reconstrução e democratização.

TEITEL<sup>3</sup> define a justiça de transição como uma determinada concepção daquilo que se amplamente entende como justiça – como a realização da mesma – associada a períodos de mudanças políticas (de um regime repressor para um regime baseado nos valores democráticos) e caracterizado pela responsabilização das violações ocorridas.

Para MILLER, esta justiça é utilizada na mudança de um regime para outro. Para tanto, são previstos diversos instrumentos de ordem prática e discursiva, com fins do estabelecimento de um novo Estado, tais como o estabelecimento de um Estado de Direito, o combate à impunidade e o fortalecimento de instituições democráticas.<sup>4</sup>

Mais do que obter os ideais de justiça, verdade e reconciliação, a justiça de transição pode oferecer instrumentos que possibilitam a emergência da descrição de um passado violento e a conseqüente punição das violações de direitos ocorridas. A partir disto, faz-se possível o estabelecimento e a consolidação de um novo governo que não repita os abusos pretéritos como resultado das revelações alcançadas.<sup>5</sup>

BASSIOUNI,<sup>6</sup> por sua vez, utiliza a expressão justiça pós-conflito (*post-conflict justice*) para definir o comprometimento com uma política internacional de paz, segurança e reconstrução nacional, bem como um movimento global de proteção dos direitos humanos.

Neste sentido, já mencionava BERISTAIN<sup>7</sup>, ao tratar do período de democratização na Argentina, iniciado em 1983, com a realização das eleições após o regime militar que deram a vitória a Raúl Alfonsín, que o novo governo deveria atuar para além de se conseguir a estabilidade da frágil democracia insurgente e definir a política a ser adotada em relação às violações massivas dos direitos humanos. A reconciliação deveria ser pensada a partir da superação da exclusão social, um fator que se prolongou e prolonga por meio dos regimes, assim como deveria basear-se na realização de políticas de memória e justiça.

Deve-se frisar que a justiça de transição deve ser encarada a partir de seu aspecto global. As experiências de transição vividas em determinadas localidades ou nações devem ser compartilhadas onde também se experimente processo semelhante. Sem uma perspectiva comparativa, corre-se o risco de perpetrarem-se os mesmos erros. Apesar das aspirações atribuídas à realização da justiça de transição – que compreendem a pacificação, formação de um Estado democrático e reconciliação nacional – deve-se levar em conta a possibilidade da existência de interesses conflitantes, onde os atores envolvidos no processo de transição tenham diferentes prioridades e também a existência de um movimento de democratização acompanhado de controversos programas econômicos.<sup>8</sup>

A idéia de justiça de transição apresenta múltiplos desafios, tais como: a necessidade de emersão da verdade em relação aos crimes cometidos, a respectiva

punição dos culpados e o encorajamento de medidas de interação entre diferentes comunidades, que visem à construção de uma relação de confiança entre as mesmas.<sup>9</sup>

Neste sentido, não é simples imaginar a possibilidade de reconstrução de uma sociedade destruída a partir da composição de duas idéias opostas: a possibilidade de identificação e punição dos autores dos crimes e a hipótese de esquecimento, perdão e de estímulo à reconciliação entre vítimas e algozes.<sup>10</sup>

Para CASSESE, após o fim dos conflitos armados, quatro medidas devem ser tomadas como resposta a este dilema. Em primeiro lugar, deve-se identificar as causas econômicas, políticas, sociais e culturais do conflito. Ainda, afastar o que chama de influência perniciosa que exercem os autores de violações passadas. Em terceiro lugar, afastar sentimentos de ódio que possam surgir nas sociedades pós-conflito, conscientizando-as da necessidade de um projeto de reconciliação nacional. Por fim, seria necessário o estabelecimento de instituições e estruturas que favoreçam o diálogo e restabelecimento das relações sociais.

Parece, todavia, que, quanto aos objetivos a serem alcançados pela justiça pós-conflito, o meio para realizá-los pode ser fonte de divergências. Os próprios termos frequentemente utilizados trazem indefinição, como é o exemplo das expressões: reconciliação e Estado de Direito. Entre alguns autores, há mesmo o questionamento sobre a existência de uma necessária relação entre desenvolvimento econômico, democracia e Estado de Direito – se este último seria realmente condição para o estabelecimento dos dois primeiros.<sup>11</sup>

Em linha diversa, afirma TEITEL que um estudo da genealogia da justiça de transição demonstra que há uma relação estreita entre o tipo de justiça buscado neste momento de transição e as condições políticas existentes. Assim, direciona-se o discurso de aplicação da justiça de transição para a preservação mínima de um Estado de Direito, que se identifica fundamentalmente com a manutenção da paz.<sup>12</sup>

Assim, pode-se dizer que a justiça de transição permeia uma série de conceitos, que representam ou se ligam aos seus objetivos, como a consecução de um Estado de direito, a legitimação de uma ordem jurídica, a reconstrução nacional, a reconciliação e a resolução de conflitos.<sup>13</sup>

### **3. FASES DA JUSTIÇA DE TRANSIÇÃO.**

A maior parte da doutrina internacional define como marco inicial do desenvolvimento da justiça de transição o período do pós Segunda Guerra Mundial, que não por acaso, coincidiu com o desenvolvimento da proteção internacional dos direitos humanos.<sup>14</sup> Para TEITEL, o desenvolvimento desta área do Direito Internacional – que, apesar de apresentar traços no período da Primeira Guerra Mundial, foi substancialmente desenvolvido a partir de 1945 –, pode ser dividido em três momentos históricos distintos, em três fases, ligados às variações políticas ocorridas.<sup>15</sup>

#### **3.1. Primeira fase.**

À primeira fase da justiça de transição pode ser conferido o marco inicial do pós Segunda Guerra Mundial, sendo caracterizada por um forte internacionalismo e cooperação entre os Estados, o que, segundo TEITEL, foi produto de condições políticas *sui generis* que não se repetirão. Esta fase teria deixado o legado da

criminalização das condutas violatórias dos direitos humanos, consistindo na base do Direito Internacional sobre o tema.<sup>16</sup>

Como já mencionado, alguns traços da justiça de transição podem ser identificados no período entre guerras, que teve como questão central de realização da justiça a definição do conceito de agressão e sua punição pela comunidade internacional.<sup>17</sup>

A agressão, na realidade, não possui uma definição exata ou exaustiva, mas pode ser considerada como o ato de dar início a um conflito armado injustificado. Foi ela uma categoria de crime contra a paz julgada pelo Tribunal de Nuremberg, mas já estabelecida em tratados anteriores a 1945, como o Pacto da Liga das Nações de 1919 e o Pacto de Paris de 1928, que previam a responsabilização do Estado na hipótese de agressão.<sup>18</sup>

Assim, no período entre guerras, formularam-se questões sobre como punir a Alemanha pela agressão cometida e que tipo de justiça aplicar, se internacional ou nacional, coletiva ou individual.<sup>19</sup> No pós Segunda Guerra Mundial, entretanto, esta questão se define com a preponderância da justiça internacional sobre a nacional, formando-se o internacionalismo anteriormente mencionado como característica da primeira fase da justiça de transição.

Com o fim da Segunda Guerra Mundial, em decorrência do debate entre os aliados e os governos europeus exilados sobre como se proceder aos crimes cometidos durante a vigência do nacional-socialismo, em que se pese o posicionamento da URSS e da França – partidárias das execuções – decidiu-se pela promoção de julgamentos e o estabelecimento de um tribunal para realizá-los.

Em 08 de agosto de 1945, os aliados firmaram o Acordo de Londres (*International Agreement for the Prosecution of European Axis War Criminals*), prevendo as regras do processo de julgamento para Nuremberg. Em 20 de outubro de 1945 iniciaram-se os trabalhos do Tribunal de Nuremberg, que julgou crimes de conspiração (*common plan or conspiracy*), contra a paz (*crimes against peace*), crimes de guerra (*war crimes*) e crimes contra a humanidade (*crimes against humanity*) praticados durante o regime.<sup>20</sup>

Em relação ao estabelecimento do Tribunal de Nuremberg, argumentou-se que ele teria sido um tribunal *ad hoc*, criado pelos vitoriosos, contrapondo-se à aplicação do princípio da legalidade, uma vez que o mesmo possui a irretroatividade como consequência e que não se teria estabelecido, por meio de tratado internacional a responsabilidade penal individual.

Neste sentido, JAPIASSÚ apresenta as três teorias sobre o princípio da legalidade no âmbito internacional.<sup>21</sup> A primeira, sustentada por BASSIOUNI, diz não poder ele ser aplicado no âmbito internacional da mesma maneira em que é feito nos ordenamentos jurídicos internos. Os crimes contra a paz já teriam previsão em tratados internacionais, como nos Pactos de não-agressão Briand-Kellog e no Ribbentrop-Molotov. Os crimes de guerra e contra a humanidade já teriam sido tipificados no direito interno e nas Convenções de Haia e de Genebra, antes de 1945. Apesar de neles não haver a previsão da responsabilidade penal, haveria uma condenação moral de tais atos e a necessidade de ampliação do conceito de legalidade.

A segunda corrente afasta totalmente a aplicação do princípio a partir de um argumento técnico, tendo em vista que o direito penal internacional é fundamentalmente consuetudinário e esta aplicação tem como pressuposto um direito escrito. A terceira posição, sustentada por RIPOLLÉS também defende a

inaplicabilidade do princípio, mas sob o argumento de que a proteção individual a que o mesmo se pretende perde o caráter liberal ao se converter em proteção do Estado. Todavia, esta inaplicabilidade só deveria se manter enquanto não surgisse uma codificação internacional.

Vale lembrar, por derradeiro, a peculiar posição assumida por KELSEN em relação a esta questão. Para ele, realmente os julgamentos de Nuremberg foram baseados em leis posteriores aos fatos e que esta circunstância violaria o princípio da legalidade, que considera como um princípio geral de direito e moral. Contudo, invoca outro princípio geral de direito de que a ignorância da lei não escusa o agente de seu cumprimento. Evoca, ainda, um argumento de justiça, que seria a punição dos agentes do nacional-socialismo e que deve prevalecer sobre os demais.<sup>22</sup>

KELSEN analisa, ainda, se houve a real formação de um precedente judicial para o Direito Internacional. Para o jurista, o precedente deve ser considerado uma decisão judicial que tem como característica o papel formulador de uma nova regra de direito, possuindo o caráter jurisprudencial e não decorrente de um órgão legislativo. Além disso, o precedente deve ter um caráter geral de aplicação do direito – o que permite a resolução de casos similares da mesma forma. O Tribunal de Nuremberg não consistiria em um precedente, pois não estabeleceu uma nova regra de direito, mas apenas reconheceu e aplicou regras jurídicas preexistentes, anteriormente previstas no Acordo de Londres.<sup>23</sup>

De toda forma, pode-se dizer que esta etapa da justiça de transição teve como símbolo os julgamentos de Nuremberg, desenvolvendo-se a partir de 1945, em condições específicas, que não se protraíram e que começaram a se alterar a partir dos anos 50, com a Guerra Fria. Teve, portanto, como características de cooperação entre os Estados, a aplicação de uma justiça internacional e o desenvolvimento do conceito de reconstrução nacional, aplicado à Alemanha de reduzida soberania no pós-guerra.

De toda maneira, este período deixou o legado da criminalização das condutas violadoras dos direitos humanos, consistindo na base do Direito Internacional sobre o tema representou uma série de avanços em relação à persecução das mais graves violações dos direitos humanos, delineando a posição de pronta reprovação e de intolerância em relação às mesmas a partir da responsabilização individual.

### **3.2. Segunda fase.**

A segunda fase da justiça de transição associa-se à onda de democratização que tomou forma no período pós Guerra Fria, com o colapso da União Soviética, atingindo o leste europeu após 1989. Também nas nações da África e América Central estas mudanças ocorreram no mesmo marco temporal. Já na América Latina foi a queda dos regimes militares estabelecidos, em grande parte, na década de 70, que possibilitou esta fase de democratização e reconstrução nacional. Em oposição ao internacionalismo notado na primeira fase, este momento caracterizou-se pela democratização, modernização e reconstrução nacional, considerando-se uma diversidade das condições locais e a variação das características políticas de cada nação.<sup>24</sup>

Experimentou-se, então, um momento de direcionamento da justiça de transição para a construção de uma história alternativa a partir de abusos

passados.<sup>25</sup> Desta maneira, formou-se uma conflitante dicotomia entre justiça e verdade. Nesta fase se fez presente a aplicação significativa de mecanismos de transição que se propunham à pacificação nacional, como é o caso da edição das leis de anistia e a criação das comissões de verdade – estas últimas, corpos oficiais com a função de investigar, documentar e relatar violações de direitos humanos ocorridas em determinado território e espaço de tempo. Os objetivos de perdão e reconciliação estão relacionados a esta fase da justiça de transição.

Quanto às comissões de verdade, em que se pese sua criação institucional, funcionaram como uma forma mais privada de justiça, estabelecendo o diálogo entre as vítimas e os autores das violações de direitos humanos a partir da participação de diversos atores não estatais.

Esta fase da justiça de transição, ao contrário do ocorrido anteriormente na primeira fase – marcadamente com a realização dos julgamentos de Nuremberg – representou uma etapa de responsabilização penal por parte de um pequeno número de participantes dos regimes, primordialmente na figura de seus líderes.<sup>26</sup> A Argentina é um exemplo muito claro e paradigmático de uma nação da América Latina em que se fizeram presentes as características da segunda fase da justiça de transição.

A mudança do governo ditatorial para o democrático neste país se deu, consideravelmente, a partir de uma delicada conjugação entre militares e o novo regime. Antes de deixar o governo argentino, a liderança militar editou a Lei nº 22.924, que ficou conhecida como o decreto de auto-anistia. Ela determinou que fossem anistiados todos os delitos cometidos com motivação ou finalidade terrorista ou subversiva ocorridos entre 25 de maio de 1973 e 17 de junho de 1982.<sup>27</sup>

Os verdadeiros beneficiados pela lei, entretanto, foram os agentes estatais. Isto porque, além do fato de o próprio governo ter declarado que aniquilou toda a atividade subversiva, seu conteúdo é notadamente tendencioso. Em seu artigo 1º, estendeu o benefício àqueles que tivessem realizado ações no sentido de prevenir, combater ou eliminar as atividades subversivas, ao mesmo tempo em que, no artigo 2º, vedou a aplicação aos que foram integrantes das “associações ilícitas terroristas ou subversivas” e não estavam residindo no país. A anistia também não alcançou quem ainda manifestasse a intenção ou propósito de continuar vinculado a estas associações.

Com esta restrição presente no artigo 2º, considerando-se o conceito amplo que o governo militar havia assumido para definir as atividades subversivas ou terroristas, houve muito poucos casos de pessoas, que já não tivessem sido mortas ou desaparecidas, que pudessem se beneficiar da anistia.<sup>28</sup>

A Lei nº 22.294 foi editada em 22 de setembro de 1983, pouco antes da realização das eleições presidenciais. Raúl Alfonsín, candidato de oposição ao peronismo, posicionava-se contra a mesma e sua aplicação, baseando-se na aplicação do artigo 29 da Constituição Nacional<sup>29</sup>, onde é proibida a concessão de poderes extraordinários ao Executivo. Em sua campanha, dizia que, com a lei de auto-anistia, a atuação do Poder Judiciário era impedida por um Executivo que havia absorvido funções legislativas.<sup>30</sup>

Alfonsín, ao chegar ao governo, iniciou um processo de punição dos feitos ocorridos durante a ditadura, no qual definiu três princípios que serviriam como orientação sobre o modo pelo qual ela ocorreria. Tanto os atos de repressão praticados pelo Estado quanto os crimes praticados pelos agentes considerados

como subversivos seriam punidos. Haveria limites temporais para que essa punição se exercesse. E, finalmente, a responsabilização dos indivíduos seria dividida em três espécies: os que haviam dado as ordens, os que as haviam cumprido mediante coação e aqueles que haviam se excedido no cumprimento delas.<sup>31</sup>

Deram-se, logo após ter Alfonsín assumido o governo, dois importantes movimentos do novo regime na direção de se realizar uma justiça retroativa, apurando as violações dos direitos humanos ocorridas durante o regime anterior: a derrogação da auto-anistia e a criação da CONADEP (*Comisión Nacional sobre la Desaparición de Personas*). Ela era uma comissão independente, que possuía poderes e autonomia para investigar todas as demandas de desaparecimentos forçados, que eram formuladas por parentes e amigos das vítimas.<sup>32</sup>

Entretanto, algumas medidas específicas no seu plano de ação (como a já mencionada classificação dos agentes que praticaram ilícito em três tipos) demonstravam que, em que pese a apuração dos feitos, a forma de sancioná-los seria limitada. Uma das questões que se destacou neste contexto foi o tratamento dispensado aos militares envolvidos. Se, por um lado, era iniciada a punição de alguns deles, por outro, grande parte ficaria isenta de responsabilização penal, baseando-se na obediência devida.

Assim, caracterizando esta que seria classificada por TEITEL como a segunda fase da justiça de transição, houve a responsabilização de maneira preponderante dos líderes do regime. Com a edição do Decreto nº 158, ordenou-se o início de procedimentos judiciais contra os líderes das três juntas militares: Videla, Viola e Galtieri pelo Exército; Massera, Lambruschini e Anaya pela Marinha e Agosti, Graffigna e Lami Dozo pelas Forças Aéreas.

Para conter a quantidade de julgamentos deflagrada com o início do processo punitivo foram editadas as Leis do Ponto Final e da Obediência Devida. A Lei do Ponto Final (23.492/86) estabelecia que ao fim do prazo de sessenta dias a partir de sua promulgação aqueles crimes praticados durante o regime anterior e que se buscava antes a punição estariam prescritos, se não ocorrida ainda a citação dos réus. A lei, apesar de não o fazer de maneira expressa, era a concessão de uma anistia, sem, entretanto, atender ao seu caráter de generalidade, uma vez que não se alterou a condenação dos comandantes das juntas e dos oficiais de alta patente. Desta maneira, eram mantidos os símbolos dos julgamentos e Alfonsín conseguia colocar-se minimamente fiel aos preceitos de sua campanha, que pregavam a luta contra a impunidade.<sup>33</sup>

A Lei da Obediência Devida (23.521/87) criava a presunção irrefutável de que os oficiais de média e baixa hierarquia, sem poder decisório, haviam atuado em razão de obediência devida.<sup>34</sup> Recorrendo-se à doutrina pátria, o que se entende genericamente por obediência devida é “a conduta do subordinado que obedece a mandato procedente de superior hierárquico, quando este ordena no círculo de suas atribuições e na forma requerida pelas disposições legais”.<sup>35</sup> No caso da mencionada lei, com uma extensão do conceito, os delitos cometidos por militares de média ou baixa patente se tornaram impuníveis, direcionando o foco apenas aos poucos que haviam comandado o sistema estatal repressor.

Assim, caracterizou-se a justiça aplicada após o regime militar argentino – que teve seu fim em 1983 – por uma responsabilização com uma forte carga simbólica de seus líderes, e o afastamento da punição dos subordinados. A Argentina, somente após quinze anos após a edição das mencionadas leis de anistia

colocou em discussão pela Corte Suprema de Justiça da nação a constitucionalidade e aplicabilidade das mesmas – período em que coincide com a terceira fase da justiça de transição, que nos é contemporânea e assume diferentes contornos.

A ausência de questionamento sobre a possibilidade de invalidação deste instrumento de perdão não tem sido, entretanto, uma realidade que se enquadre nas discussões sobre a vigência dos Direitos Humanos realizadas na América Latina.

Vem intensificando-se o tema da busca da verdade, memória e justiça em relação aos anos de opressão. Este é o caso, por exemplo, do Chile, cujo decreto-lei nº 2.191/78, que anistiava os crimes cometidos entre 1973 e 1978, foi revogado em razão de decisão do sistema interamericano; do Uruguai, que condenou Juan María Bordaberry, cuja ditadura ocorreu entre 1973 e 1976; do Peru, que a partir da sentença da Corte Interamericana no caso *Barrios Altos* teve invalidadas as leis de anistia e, ainda, da Argentina, caso particularmente expressivo, onde seu máximo tribunal, a Corte Suprema, declarou inconstitucionais as leis.<sup>36</sup>

### 3.3. Terceira fase.

A terceira fase da justiça de transição localiza-se cronologicamente no fim do século XX, estando associada ao fenômeno da globalização, que vem acompanhado de instabilidade política, fragmentação e conflitos perenes. Esta fase se relaciona ao comprometimento com a persecução dos responsáveis pelas violações aos direitos humanos, por meio de uma expansão destes direitos e a constituição de um novo paradigma de Estado de Direito.<sup>37</sup>

Segundo ROHT-ARIAZA, as novas instituições de justiça global se expandiram a partir do século XX, sendo que a literatura sobre o assunto se desenvolveu especificamente nos últimos vinte anos.<sup>38</sup> Consiste em uma etapa de expansão e institucionalização da justiça de transição. Para NAGY, trata-se do surgimento de um projeto global abrangendo esta espécie de justiça, que não questiona mais se a comunidade internacional deve ou não tomar alguma atitude em relação às atrocidades, às violações de direitos ocorridas, mas em como fazê-lo.<sup>39</sup>

A justiça de transição, no seu aspecto mais prático, de responsabilização das violações de direitos ocorridas, o que MILLER chama de seu nível operacional<sup>40</sup>, traduz-se pela realização dos julgamentos nacionais e internacionais e do estabelecimento das comissões de verdade. Assim, os julgamentos promovidos em relação às graves violações dos direitos humanos ocorridas na recente história internacional são expressões da justiça de transição, como os casos dos tribunais internacionais estatuídos para a apuração dos crimes cometidos na Antiga Iugoslávia, Ruanda e Serra Leoa.

Ocorre nesta fase da justiça de transição, portanto, a criação do Tribunal da Antiga Iugoslávia; do Tribunal de Ruanda, de Serra Leoa e também a criação do Tribunal Penal Internacional, a partir da ratificação do Estatuto de Roma. Para CASSESE<sup>41</sup>, a comunidade internacional buscou afirmar os princípios fundamentais de direito humanitário por meio da punição dos autores das atrocidades. Assim, durante este processo – que significou o desenvolvimento de instituições competentes para a persecução de violações ao direito humanitário – ter-se iam

destacado duas etapas: a primeira corresponderia à criação dos tribunais da Antiga Iugoslávia e de Ruanda e a segunda da criação do Tribunal Penal Internacional.

Como assevera JAPIASSÚ<sup>42</sup>, o conflito ocorrido nos Bálcãs caracterizou-se por uma prática que a Organização das Nações Unidas (ONU) referiu-se como uma depuração étnica. Esta consiste na busca de uma homogeneidade étnica, onde por meio da força ou intimidação se expulsa determinado grupo de pessoas de uma região. Uma série de violações de direitos humanos serve como meio de realização do mencionado objetivo, como “homicídios, torturas, encarceramentos arbitrários, execuções sem processo judicial, estupro e outras agressões sexuais, confinamento de populações civis em guetos, expulsões pela força, deslocamento e deportação de populações civis, ataques deliberados ou ameaças de ataques contra civis e zonas civis, destruição injustificada de bens”.

Segundo relata SCHABAS<sup>43</sup>, o Tribunal da antiga Iugoslávia foi criado pela Resolução 808, em 22 de fevereiro de 1993, sendo que o Conselho de Segurança não se pronunciou sobre a forma como ele deveria ser estabelecido, tampouco a partir de que bases legais. O relatório do Secretário Geral disse não ter a Resolução estabelecido uma jurisdição penal internacional, nem a criação de uma corte criminal internacional de caráter permanente – questões que ainda precisariam ser analisadas pela Assembléia Geral e pela “Comissão de Direito Internacional”.

Em situações normais, defendia o Secretário Geral, tais questões – que envolvem a implementação de um tribunal – deveriam ser firmadas mediante tratados, o que não seria viável na situação em questão. Neste caso particular, deverá ser estabelecido pelo Conselho de Segurança, como forma de coação, um órgão subsidiário nos termos do artigo 29 da Carta, mas de natureza judicial. Ele deverá exercer sua jurisdição independentemente de pressões políticas, não estando sujeito à autoridade do Conselho de Segurança.

O estabelecimento do tribunal foi quase que imediatamente contestado pelos advogados de defesa, pois a Carta das Nações Unidas não daria essa prerrogativa ao Conselho de Segurança – o que só poderia ter sido realizado por meio de tratado, ou por uma emenda à Carta. Esta questão foi afastada pela Câmara de Julgamento, tendo sido seu entendimento mantido pela Câmara de Apelações.

Foi levantada a questão preliminar sobre a possibilidade de o Tribunal examinar a legalidade do seu próprio estabelecimento. A Corte Internacional de Justiça havia se mostrado reticente em rever uma decisão do Conselho de Segurança, uma vez que a Carta da ONU não previa hierarquia entre seus principais órgãos. A Carta das Nações Unidas daria ao Conselho a prerrogativa de criar órgãos subsidiários que considere necessários para o cumprimento de suas funções. No entanto, a base para criação dos tribunais seria o capítulo VII, que estabelece que a determinação da existência de ameaça ou violação à paz, ou agressão caberá ao Conselho de Segurança a criação dos tribunais.

Assim, em 25 de maio de 1993, o Conselho de Segurança implementou por meio da Resolução 827 um tribunal internacional destinado à apuração da responsabilidade penal pelas violações aos direitos humanos ocorridas entre 1º de janeiro de 1991 e a data da celebração da paz. O Tribunal Internacional da antiga Iugoslávia apresenta competência concorrente com as cortes nacionais, sendo que pode afirmar sua primazia, na hipótese em que haja interesse da justiça internacional.<sup>44</sup>

A Câmara de Julgamentos do Tribunal de Ruanda chegou às mesmas conclusões em relação às questões anteriormente levantadas. Uma diferença se

nota, porém. Enquanto que o conflito na antiga Iugoslávia tinha o inquestionável caráter interno, em Ruanda os crimes teriam sido cometidos também em território de países vizinhos.

Apesar desta discussão, houve, em ambos os casos – antiga Iugoslávia e Ruanda – o destaque da importância do consentimento dos Estados envolvidos. No caso *Tadic* e no *Kanyabashi*, os governos não só não contestaram a jurisdição como aprovaram e ofereceram apoio aos tribunais – o que não estaria, segundo declaração do governo de Ruanda, violando sua soberania.

Esta questão preliminar está sempre sendo aventada, mas a jurisprudência neste sentido tem sido inabalável – no sentido da competência do Conselho de Segurança para a implementação dos tribunais, que agora pode ser encontrada no Estatuto de Roma.

Houve também a criação de um tribunal para apurar as violações ocorridas em Serra Leoa. A Corte Especial de Serra Leoa não foi criada por determinação do Conselho de Segurança da ONU – que andava mal visto no fim dos anos 90 – mas por um tratado celebrado entre a Organização das Nações Unidas e o governo de Serra Leoa.<sup>45</sup> Foi, portanto, um tratado firmado entre o governo de um Estado e uma Organização Internacional – que também tem a faculdade de estabelecer normas internacionais.

A Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados entre Estados e Organizações Internacionais ou entre Organizações Internacionais – assinada em 21 de março de 1986 e redigida para complementar a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, de 1969, que lidava somente com o tratado entre os Estados – havia afirmado que a faculdade de celebrar tratados internacionais não era mais exclusividade dos Estados.

O Tribunal de Nuremberg também havia sido estabelecido por um tratado entre as quatro potências que ocuparam a Alemanha (para as quais a Alemanha havia se rendido e que, portanto, teriam soberania para a criação do tribunal). Neste sentido se justificou a criação do tribunal pelo governo de Serra Leoa, que estaria agindo no exercício de sua própria soberania.

Apesar de não ter sido criado pelo Conselho de Segurança da ONU, ele teve grande participação na sua implementação, como na aprovação do seu estatuto, que se deu a partir da Resolução 955 do Conselho de Segurança, de 8 de novembro de 1994, visando extinguir uma situação de ameaça à paz e à segurança internacionais, caracterizada pelo genocídio e outras flagrantes violações aos direitos humanos.<sup>46</sup>

Os advogados de defesa contestaram a criação do tribunal de Serra Leoa numa tentativa de limitar sua jurisdição, pois já que havia sido fruto de tratado entre o governo e as Nações Unidas, o exercício de sua jurisdição só poderia ser feito dentro dos limites pertencentes ao Estado de Serra Leoa. A Câmara de Apelações, no entanto, disse ter sido o tribunal estabelecido para cumprir um mandato internacional, sendo um mecanismo de justiça internacional. Alegaram, ainda, que o estabelecimento da Corte Especial teria violado a constituição de Serra Leoa: o único meio de criá-lo seria por meio de um referendo que autorizasse emenda constitucional neste sentido. A Câmara de Apelações respondeu dizendo não fazer o tribunal parte do sistema judiciário de Serra Leoa, não devendo se subordinar a ele.<sup>47</sup>

Por terem os tribunais de Ruanda e da antiga Iugoslávia sido criados pelo Conselho de Segurança, deles poderiam emanar ordens contra os Estados e

também interferir em procedimentos em curso internamente que fossem também matéria de sua competência. Já o tribunal de Serra Leoa não poderia ditar ordens contra Estados e sua primazia seria apenas em relação aos tribunais do país.

As diferenças baseadas na natureza da criação dos tribunais são mais teóricas do que práticas. Os tribunais criados pelo Conselho acabam por recorrer a ele como forma de pressionar o cumprimento de suas decisões. Caso um Estado não cumpra suas decisões, os tribunais são impotentes se não houver uma posterior atuação do Conselho de Segurança. Do mesmo modo, nada impede que o tribunal de Serra Leoa recorra ao auxílio do Conselho de Segurança.

Em relação a essa questão das limitações da Corte Especial de Serra Leoa, destacou-se o episódio de Charles Taylor, em relação ao qual as investidas do tribunal no sentido de captura foram frustradas. Presidente da Libéria entre 1997 e 2003, foi acusado por vários crimes em seu país e também em Serra Leoa. Entretanto, não é uma demonstração convincente da fraqueza institucional do tribunal. Os países que se negaram a entregar Charles Taylor – Gana e Nigéria – invocaram argumentos legais internacionalmente válidos para o fato, como os princípios da imunidade e da soberania do país em conceder asilo, respectivamente.

Assim, percebe-se que, em que se pesem os objetivos destes tribunais, de responsabilização penal pelas violações cometidas – a exemplo de Nuremberg – os mesmos sofreram críticas pelo fato de terem sido criados para julgar abusos cometidos antes de sua implementação. Com o objetivo, entre outros, de se estabelecer um tribunal que não padecesse deste vício, criou-se o Tribunal Penal Internacional (TPI).

Como afirma TEITEL, a criação do TPI foi precedida pela criação *ad hoc* de tribunais internacionais para julgar os crimes contra a humanidade cometidos nos Bálcãs e em Ruanda. Meio século após a criação do Tribunal Militar de Nuremberg, a Corte Internacional representa um fim deste modelo de tribunais criados para o julgamento de fatos anteriores a sua criação, pois se trata de um tribunal permanente, que tem como escopo a persecução de crimes de guerra, genocídio e crimes contra a humanidade.

O próprio Estatuto de Roma, em seu artigo 22, consolida o princípio da legalidade, ao determinar a necessidade de existência de uma lei prévia para a configuração do delito, vedando a analogia *in malam partem* e estabelecendo o princípio do *in dubio pro reu* para as hipóteses de interpretação da lei penal.<sup>48</sup>

Define, ainda, o artigo 24, que o TPI só terá competência para julgar crimes cometidos após sua entrada em vigor e, de maneira expressa, prevê a retroatividade da lei penal mais benéfica. Ao se reconhecer o princípio da legalidade como norte da atuação do TPI, haveria uma aproximação com o direito romano germânico. Há, ainda, em seu artigo 5º, uma enumeração taxativa dos delitos de competência do TPI, sendo eles o genocídio, os crimes contra a humanidade, os crimes de guerra e os crimes de agressão.<sup>49</sup>

Ressalte-se, todavia, que o artigo 10 do mencionado Estatuto, ao definir os elementos referentes aos crimes por ele tipificados prevê que “nada no presente capítulo deverá ser interpretado como limitando ou afetando, de alguma maneira, as normas existentes ou em desenvolvimento no direito internacional” e, ainda, no artigo 22 (3), que trata dos princípios gerais de direito penal que “o disposto no presente artigo não afetará a tipificação de uma conduta como crime nos termos do direito internacional, independentemente do presente Estatuto”. Assim, parece

ser dada a este princípio uma interpretação algo diferente da que ocorre nos ordenamentos jurídicos internos.

Alguns críticos ao Estatuto de Roma argumentam que não se pode exercer jurisdição sobre nacionais de Estados que não são signatários dos tratados, embora seja inquestionável que os Estados-parte possam exercer jurisdição contra os nacionais de outros Estados em relação a crimes cometidos em seu território. Para SCHABAS<sup>50</sup>, essa questão menos interessante do que aquela sobre ser possível um tribunal penal internacional ir além daquela jurisdição que poderia ser exercida pelos tribunais internos – que consiste, basicamente, no problema de julgar os líderes de Estados que não façam parte do tratado.

Portanto, surge o Tribunal Penal Internacional como um dos mais importantes instrumentos de realização da justiça de transição contemporânea, reafirmando a proteção internacional dos direitos humanos e a intolerância a sua respectiva violação.

Há, desta forma, nesta terceira fase da justiça de transição, uma atribuição de um papel central a mesma no plano internacional, promovendo sua expansão e normalização. O que antes era considerado como uma questão legal associada a determinadas condições pós-conflito, agora emerge como uma reflexão primordial para a comunidade internacional. Isto se acentua ao se considerar as condições políticas atuais, em que ocorrem a chamada guerra em tempos de paz (como podem ser concebidas algumas formas de combate ao terrorismo), a fragmentação política, a existência de Estados frágeis, de pequenas guerras e de conflitos constantes.<sup>51</sup>

#### **4. OS PRINCÍPIOS DE CHICAGO.**

Dentro deste contexto, parece interessante tentar ordenar um conjunto de medidas que deve ser tomado após um período de graves violações aos direitos humanos, que possam permitir a pretendida transição.

Por esta razão, BASSIUNI procurou estabelecer o que chamou de Princípios de Chicago. Na realidade, previu sete princípios, que tratam de medidas penais e não-penais, que devem ser adotadas para a reestruturação do Estado e o estabelecimento de um Estado de Direito.

Assim, a justiça pós-conflito estaria baseada na compreensão de que a estabilidade nacional e o estabelecimento de um governo democrático em uma realidade de conflitos pretéritos estão ligados de maneira indissociável ao comprometimento com a justiça e com a responsabilização dos culpados.

A despeito do crescente reconhecimento destas premissas no momento da realização da justiça pós-conflito, a comunidade internacional tem se mostrado despreparada. Entidades como a Organização das Nações Unidas, os governos, as organizações não governamentais, entre outras, procedem a partir de meios improvisados e ineficientes; as estratégias de justiça costumam não estar integradas em prol de um objetivo comum e este, por sua vez, não direcionado às demandas específicas do contexto local.

O primeiro dos princípios afirma que os Estados devem promover a persecução dos autores de graves violações aos direitos humanos. Este princípio faz transparecer a idéia de primazia da jurisdição interna, somada a possibilidade de se recorrer às cortes internacionais quando o Estado mostrar-se incapaz de

apurar os abusos, ou omissos em relação aos mesmos. Ainda, traz como possibilidade a utilização da jurisdição universal como suporte à persecução penal.

Do mesmo modo, os Estados devem respeitar o direito à verdade e fomentar a realização de investigações formais por violações ocorridas, seja por meio da criação de comissões de verdade, seja por meio da atuação de outros órgãos institucionais. As vítimas, familiares e a sociedade em geral possuem o direito de conhecer a verdade sobre as violações de direitos humanos, ocorridas em todas as suas faces, inclusive no que concerne à identificação e responsabilização dos culpados.

Como terceiro princípio, BASSIOUNI traz a necessidade de se conferir um status especial às vítimas, assegurando o acesso à justiça e promovendo as devidas reparações. Estas reparações podem ser indenizações, assumindo um aspecto financeiro; garantias de não repetição das violações; restituição do *status quo* da vítima antes das violações e reabilitação, que seria a assistência médica, psicológica e legal, educação e treinamento para algum tipo de serviço. Além disso, a realização de reparações morais, como o pedido de desculpas às vítimas.

Os Estados devem promover a implementação de políticas de veto (*vetting policies*), sanções e medidas administrativas destinadas à punição dos culpados, à prevenção de futuras violações e à distinção entre o novo governo democrático e o regime opressor anterior a partir da responsabilização penal e respeito aos direitos humanos. Esta política consiste na proibição daqueles que participaram do governo anterior, realizando abusos, de fazer parte das Forças Armadas, agências de inteligência ou outras forças de segurança; dos líderes políticos de se elegerem no novo governo; o afastamento de membros do judiciário e demais funcionários da administração pública associados ao regime anterior.

O quinto princípio estabelece a necessidade de programas oficiais e iniciativas populares que promovam a preservação memória, transmitindo à sociedade o histórico dos abusos sofridos, também como forma de prevenção de violações futuras.

Devem os Estados, ainda, apoiar e respeitar abordagens tradicionais, indígenas e religiosas que se manifestem em relação às violações cometidas, geralmente ignoradas neste processo de transição. Por fim, o último princípio determina que os Estados promovam reformas institucionais de apoio ao Estado de Direito, restaurando a confiança pública, e um sistema de proteção de direitos fundamentais.

Tais princípios se tornam importantes, visto que a falta de diretrizes básicas torna difícil para os agentes nacionais e internacionais determinarem de forma eficiente quais as estratégias e políticas mais eficazes para lidar com necessidades específicas de cada local, considerando seus aspectos sociais, políticos, culturais e econômicos.

## **5. O BRASIL.**

O Brasil não foi exceção aos regimes ditatoriais vigoraram em toda América Latina. Este fenômeno encaixa-se no contexto da Guerra Fria e no combate da chamada “ameaça comunista” pelo bloco capitalista, definido no pós-Segunda Guerra Mundial. O governo do presidente João Goulart, entre os anos de 1961 e 1964, passou a dar uma maior abertura às organizações sociais, anunciando

reformas de base, que abrangeriam mudanças na estrutura agrária, econômica e educacional do país.

Assim como sucedeu na Argentina, a atividade política de esquerda começou a ser vista como um inimigo interno por determinados setores hegemônicos e pelo oficialato militar, que devia ser combatido. A crise política e as tensões sociais, que se arrastavam desde o governo anterior, de Jânio Quadros, começaram a se agravar. Os partidos de oposição, como a União Democrática Nacional e o Partido Social Democrático, culpavam o governo por estes problemas e o acusavam de planejar um golpe de esquerda.

Em 19 de março de 1964, no centro de São Paulo, ocorreu a Marcha da Família com Deus pela Liberdade, que levou milhares de pessoas às ruas e cujos objetivos eram: uma mobilização pública contra o governo de João Goulart; e impedir o estabelecimento do comunismo. No dia 31 de março, tropas saídas de Minas Gerais e São Paulo avançaram sobre o Rio de Janeiro, local em que o governo federal contava com o apoio de setores importantes da oficialidade e das Forças Armadas. Para evitar a guerra civil, Goulart abandonou o país, refugiando-se no Uruguai.

No dia 1º de abril, o Congresso Nacional declarou a vacância da Presidência, tendo os comandantes militares assumido o poder. Em 9 de abril decretou-se o Ato Institucional Nº 1, que cassava mandatos e suspendia a imunidade parlamentar, a vitaliciedade dos magistrados, a estabilidade dos funcionários públicos e outros direitos constitucionais e que viria a ser o primeiro de uma série de atos. Em 15 de abril de 1964, o Congresso Nacional elegeu o general Castello Branco para a presidência da República.

O governo militar estendeu-se até a abertura política de 1985, e foi marcado por autoritarismo, supressão dos direitos constitucionais, perseguição policial e militar, prisão e tortura dos opositores e pela censura prévia aos meios de comunicação. Cinco militares assumiram a presidência do país, sucedendo-se ao longo de 21 anos.

O último presidente da ditadura militar foi o general João Baptista Figueiredo, em cujo governo foi sancionada a lei de anistia. A Lei 6.683, de 28 de agosto de 1979, concedeu anistia a todos aqueles que, no período de 02 de setembro de 1961 a 15 de agosto de 1979, praticaram crimes políticos ou conexos. Ela nasceu com um caráter de indiscutível auto-anistia, uma vez que exclui do benefício aqueles que foram condenados pela prática de terrorismo, assalto, seqüestro e atentado pessoal.<sup>52</sup>

Estes foram atos, caracteristicamente, da oposição política ao regime militar, o que gerava um tratamento desproporcional. Ante a flagrância desta violação ao princípio da isonomia, a jurisprudência do Superior Tribunal Militar estendeu o benefício àqueles que eram considerados subversivos, tornando-se a anistia geral e irrestrita.<sup>53</sup> Ainda assim, desde sua edição, em 1979, até recentemente, nada mais se havia debatido a respeito da validade da lei, que sob o argumento da pacificação nacional beneficia os torturadores e as suas vítimas.<sup>54</sup>

Posteriormente, o Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, relacionado com a Constituição Federal de 1988, estabeleceu, em seu artigo 8º, 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.

Já a Lei nº 10.559, de 13 de novembro de 2002, que regulamentou o artigo 8º, prevê reparação econômica, que poderá ser concedida em prestação única correspondente a 30 salários mínimos por ano de perseguição política até o limite de 100 mil reais, ou prestação mensal que corresponderá ao posto, cargo, graduação ou emprego que o anistiado ocuparia se na ativa estivesse, observado o limite do teto da remuneração do servidor público federal.

Para os fins previstos nestes dispositivos legais, os julgamentos são feitos pela Comissão de Anistia, órgão vinculado ao Ministério da Justiça que, para analisar estes casos tem conselho formado por 22 integrantes e atua em duas instâncias. Seus conselheiros são indicados pelo presidente da Comissão e referendados pelo ministro da justiça.

Em 2007, o Estado teria gasto mais de 80 milhões de reais em indenizações, que ocorreram em pagamentos únicos, na hipótese de danos morais e em pagamentos mensais, quando se comprovou a demissão em decorrência de perseguição política.<sup>55</sup>

Entretanto, a propositura de algumas ações vem extrapolando a pretensão indenizatória. Este é o caso do processo movido contra o Coronel Carlos Alberto Brilhante Ustra, que comandou o DOI – Codi (Destacamento de Operações de Informações – Centro de Operações de Defesa Interna) de 1970 a 1974, órgão de inteligência do governo militar, destinado a combater o “inimigo interno”, apoiando-se na doutrina da segurança nacional.

Ele foi processado duas vezes, na esfera cível, posto que se beneficiou da anistia. Em 2005, a família Teles iniciou uma ação meramente declaratória, sem indenização pecuniária, para afirmar a prática de tortura contra os mesmos. O casal, com os dois filhos e sua tia, foi levado às instalações do DOI – Codi em São Paulo, por pertencer ao Partido Comunista e dar suporte aos guerrilheiros do Araguaia, onde foram torturados física e psicologicamente.<sup>56</sup>

Também se moveu ação cível contra o coronel em razão da morte do jornalista Luiz Eduardo da Rocha Merlino, torturado e morto no DOI – Codi, em 1971. O processo foi suspenso no Tribunal de Justiça de São Paulo, até que seja decidido se Ustra é beneficiado ou não pela lei de anistia.<sup>57</sup>

No dia 15 de maio de 2008, o Ministério Público Federal, em São Paulo, ajuizou uma ação civil pública contra Ustra e contra o militar Audir Santos Maciel, que também comandou, após o coronel, o DOI – Codi. A pretensão reúne três pedidos: que seja determinado o pagamento por parte destes militares das indenizações desembolsadas pela União para os ex-presos políticos que passaram pelo órgão; que as Forças Armadas declarem terem os dois comandado um centro de tortura, homicídios e prisões ilegais e que a União revele os nomes e as circunstâncias da prisão de todos que por lá passaram.<sup>58</sup>

Outra importante decisão foi em relação à Guerrilha do Araguaia.<sup>59</sup> Ela foi um movimento de caráter político e revolucionário, promovido pelo Partido Comunista do Brasil, no período compreendido entre 1966 e 1975, tendo as forças atuantes se estabelecido às margens do Rio Araguaia.

A sentença de segunda instância dada pelo Tribunal Regional Federal da 1ª Região manteve, em 2005, a decisão monocrática que acolheu a pretensão autoral, determinando que a União informasse onde estão sepultados os restos mortais dos familiares dos autores, procedendo ao traslado das ossadas e sepultamento das mesmas e que fornecesse as informações necessárias à lavratura das certidões de óbito e todas as demais sobre a atuação militar no referido conflito. Para que se pudesse fazer cumprir a sentença, determinou, ainda, a intimação de todos os agentes militares, independentemente do cargo ocupado, que houvessem atuado nas operações em questão.

Nota-se, portanto, que as ações que se têm proposto possuem um caráter de obtenção do reconhecimento dos crimes praticados, resgatando a memória dos anos de repressão, uma vez que a lei de anistia obstaculiza qualquer responsabilização penal.

Todavia, ainda existem dificuldades quanto ao pleno conhecimento de todos os fatos, como no caso do atentado à Ordem dos Advogados do Brasil, ocorrido em 1980, e cujos responsáveis até hoje não são conhecidos.<sup>60</sup>

Quanto à questão da punição dos eventuais responsáveis por violações graves dos direitos humanos, não houve, no Brasil, nenhuma movimentação significativa, política ou legal, no sentido de se rever a lei de anistia, diferentemente do que ocorreu em outros países da América Latina.

A Anistia Internacional, no informe apresentado em Londres em 25/05/2008, no que se refere ao Brasil, alerta para o fato dele ser “um dos únicos países da região que não contestou as leis que deram imunidade às autoridades do regime militar responsáveis por graves abusos dos Direitos Humanos, como tortura.”<sup>61</sup> Tal situação se protraí e os dizeres do informe se mantêm atuais, apesar de o tema ter sido trazido à debate.

O, à época, ministro da Justiça, Tarso Genro, assumiu uma postura contrária à lei de anistia, apesar de argumentar a desnecessidade de sua modificação, pois seria equivocada apenas a interpretação que é dada aos crimes políticos. Na assinatura do Memorial da Anistia Política no Brasil, em 15 de maio de 2008, o ministro afirmou ser ela uma lei política, que incide sobre esta espécie de crimes, sendo que a tortura não pode ser considerada como um deles.

Ao contrário do que ocorreu na Argentina, que declarou inconstitucionais as suas leis de anistia, o Poder Judiciário brasileiro não apóia esta posição. O ministro Marco Aurélio de Mello, do Supremo Tribunal Federal afirma que a punição dos crimes de tortura cometidos na ditadura seria uma retroação penal, afetando a segurança jurídica e o avanço cultural.<sup>62</sup>

A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 153, proposta pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, em que se buscava a determinação de que a Lei de Anistia não poderia abranger atrocidades praticadas por agentes do Estado, como a tortura e o desaparecimento forçado de pessoas foi improvida pelo STF.

O Supremo Tribunal Federal considerou que a lei se refere a crimes políticos e conexos, que seriam de qualquer natureza, mas relacionados com os crimes políticos ou praticados com motivação política. Tal entendimento tornou a anistia bilateral, ampla e geral. Considerou ainda que a Constituição não afeta leis-medidas que a tenham precedido, como no caso da CF de 1988 e a lei de 1979, que também precedeu documentos relativos à tortura. Ademais, a lei de anistia teria

sido reafirmada pela EC 26/85, o que afasta a possibilidade de auto-anistia e a faz recepcionada pela CF 1988.

Assim, pode-se dizer que a resposta brasileira às graves violações aos direitos humanos ocorridos no período de ditadura militar, basicamente disse respeito a reorganização do Estado, reintegração e reparação e, de alguma maneira, memorialização de vítimas.

Em matéria penal, ainda que o STF tenha decidido no sentido de improver a ADPF nº 153, no Brasil se iniciou o processo de debate sobre a reavaliação da lei, em adequação ao que já se tem feito em outros países, como no caso *Barrios Altos*, por exemplo. Este debate se constrói em torno da questão de qual seria a importância de uma resposta penal às atrocidades cometidas pelos regimes de exceção e o que ela representa para a reconciliação nacional e a formação democrática do país.

## 6. CONCLUSÃO.

A justiça de transição ou justiça pós-conflito assume uma importância muito grande no contexto do Direito Penal Internacional, tendo como premissa fundamental a reconciliação e pacificação nacional no contexto pós-conflito, ou em territórios governados por regimes autoritários e violatórios dos direitos humanos.

Para alcançar estes objetivos, bem como a consolidação de um Estado de Direito fundado nos valores democráticos, diferentes são os mecanismos utilizados. Contudo, é indispensável que se conheça e considere os aspectos culturais, sociais, políticos e econômicos que permeiam o conflito, além das próprias sociedades que sobrevivem após a sua cessação.

Há, de fato, uma dicotomia, uma oposição entre esquecimento e punição – ou responsabilização penal dos autores de violações aos direitos humanos – que parece se resolver a partir de uma política de persecução dos abusos, como meio capaz de evitar que se realizem outros e com forte apelo simbólico, no sentido de que o desrespeito a estes direitos não será tolerado pelo novo governo e tampouco pela comunidade internacional.

Neste sentido, os Princípios de Chicago consistem em importantes diretrizes gerais para a aplicação da justiça de transição em contextos locais, uma vez que trazem as medidas indispensáveis a serem tomadas pelos Estados. Estas consistem na persecução dos autores de graves violações aos direitos humanos; no respeito ao direito à verdade e realização de investigações formais por violações ocorridas, seja por meio da criação de comissões de verdade, seja por meio da atuação de outros órgãos institucionais; na necessidade de se conferir um status especial às vítimas, assegurando o acesso à justiça e promovendo as devidas reparações; na implementação de políticas de veto, sanções e medidas administrativas destinadas aos agentes associados ao regime anterior; na necessidade de criação programas oficiais e iniciativas populares que promovam a preservação memória, transmitindo à sociedade o histórico dos abusos sofridos; no apoio e respeito das abordagens tradicionais, indígenas e religiosas que se manifestem em relação às violações cometidas, geralmente ignoradas neste processo de transição e, por fim, na promoção de reformas institucionais de apoio ao Estado de Direito, restaurando a confiança pública e o sistema de proteção de direitos fundamentais.

As raízes da justiça de transição se encontram no período do pós Segunda Guerra Mundial – apesar de alguns traços da mesma poderem ser reconhecidos no momento entre guerras, a partir da definição do crime de agressão e a conseqüente responsabilização dos Estados envolvidos.

Desta forma, o primeiro momento de responsabilização penal, conferida às pessoas envolvidas em sérias violações aos direitos humanos, emerge com os julgamentos de Nuremberg – tribunal que sofreu uma série de críticas, por ser considerado *ad hoc* e mesmo um tribunal de vencedores contra vencidos. Todavia, deve-se reconhecer a importância destes julgamentos como símbolo da reprovação das atrocidades cometidas e do fato de que efetivamente houve o julgamento dos responsáveis promovidos pelos Estados e não meras execuções sumárias.

Assim, a primeira fase da justiça de transição é marcada por uma forte cooperação entre os Estados e um significativo internacionalismo, consistindo na base do Direito Internacional sobre o tema e representando uma série de avanços em relação à persecução das mais graves violações dos direitos humanos, delineando a posição de pronta reprovação e de intolerância em relação às mesmas a partir da responsabilização individual.

Já a segunda fase é onde se pronuncia e delinea a mencionada oposição entre justiça, a partir da punição, e reconciliação, a partir do esquecimento ou do perdão. É o momento de dissolução da URSS e mudanças políticas nas nações da África, América Central e América Latina – traduzida pela queda de autocracias cívico-militares.

Fez-se presente a aplicação significativa de mecanismos de transição que se propunham à pacificação nacional, como é o caso da edição das leis de anistia e a criação das comissões de verdade. Esta fase da justiça de transição, ao contrário do ocorrido anteriormente na primeira fase – marcadamente com a realização dos julgamentos de Nuremberg – representou uma etapa de responsabilização penal por parte de um pequeno número de participantes dos regimes, primordialmente na figura de seus líderes.

A terceira fase, que nos é contemporânea, é representada pela criação dos tribunais da antiga Iugoslávia, de Ruanda, de Serra Leoa e pela criação do Tribunal Penal Internacional, este último em resposta às críticas em relação aos primeiros, representando um fim deste modelo de tribunais criados para o julgamento de fatos anteriores a sua criação, pois se trata da implementação de um tribunal permanente, que tem como escopo a persecução de crimes de guerra, genocídio e crimes contra a humanidade.

Esta surge a partir da evolução das outras duas, traz a justiça de transição como um tema central do Direito Internacional, onde já não mais se questiona a possibilidade de responsabilização penal, mas como se realizar a mesma. Há um comprometimento com a persecução dos responsáveis pelas violações aos direitos humanos, por meio de uma expansão destes direitos e a constituição de um novo paradigma de Estado de Direito. Nota-se, portanto, um desenvolvimento constante dos mecanismos de justiça de transição, a partir de uma composição entre mecanismos de reparação das vítimas, reconhecimento de um passado de violações, afirmação da democracia e do Estado de Direito e, fundamentalmente, a partir da premissa de que as atrocidades cometidas não podem carecer de persecução, sendo esta uma obrigação do Estado e uma condição para as almejadas reconstrução e pacificação nacionais.

Neste contexto, o Brasil representa uma experiência interessante, embora não tenha adotado a totalidade das medidas sugeridas por BASSIOUNI. Ao contrário, adotou medidas mais restritas e, ainda assim, parece ter alcançado a desejada reconciliação nacional. Todavia, persiste a necessidade de conhecimento pleno sobre as violações passadas, o que ainda não ocorreu.

---

<sup>1</sup> ICTJ (International Center of Transitional Justice). *What is Transitional Justice?* Disponível em: [www.ictj.org](http://www.ictj.org). Acesso em 18 ago. 2009.

<sup>2</sup> SRIRAM, Chandra Lekha, Book Review: *Transitional Justice Comes of Age: Enduring Lessons and Challenges*. In: *Berkeley Journal of International Law*, Vol. 23, No. 2, 2005; U of Maryland Legal Studies Research Paper No. 2005-61.

<sup>3</sup> TEITEL, Ruti. *Transitional justice genealogy*. (Symposium: Human Rights in Transition) 16 In: *Harvard Human Rights Journal*, 2003, p.69.

<sup>4</sup> MILLER, Zinaida. *Effects of invisibility: in search of the 'economic' in transitional justice*. In: *The International Journal of Transitional Justice*. Vol. 2. Oxford: Oxford University Press, 2008, p. 267.

<sup>5</sup> Idem.

<sup>6</sup> BASSIOUNI, M. Cherif. *The Chicago Principles on Post-Conflict Justice*. International Human Rights Law Institute, 2007.

<sup>7</sup> BERISTAIN, Carlos Martín. *Reconciliación y democratización en América Latina: un análisis regional*. In: *Verdad, justicia y reparación*. San José, Costa Rica: Instituto Interamericano de Derechos Humanos / Instituto Internacional para la Democracia y la Asistencia Electoral, 2005, p. 53.

<sup>8</sup> MILLER, Zinaida. *Op. cit.*, p. 269.

<sup>9</sup> MALLINDER, Louise. *Global comparison of amnesty laws*. In: *European initiative for democracy and human rights: promoting justice and the rule of law*. The International Institute of Higher Studies in Criminal Sciences, 2003, p. 5.

<sup>10</sup> CASSESE, Antonio. *Clemency Versus Retribution in Post-Conflict Situations*. Friedman Award Address, vol. 46, issue 1, 2008, p. 1-13.

<sup>11</sup> MALLINDER, Louise. *Op. cit.*, p. 5.

<sup>12</sup> TEITEL, Ruti. *Op. cit.*, p.69.

<sup>13</sup> TEITEL, Ruti. *The law and justice of contemporary transitional justice*. In: *Cornell International Law Journal*. Vol. 38. Buffalo: William S. Hein, 2005, p. 838.

<sup>14</sup> MILLER, Zinaida. *Op. cit.*, p. 269.

<sup>15</sup> TEITEL, Ruti. *The law and justice of...*, p. 838.

<sup>16</sup> Idem.

<sup>17</sup> TEITEL, Ruti. *Transitional justice...*, p.72.

<sup>18</sup> CASSESE, Antonio. *International criminal Law*. Oxford: Oxford University Press, 2003, p. 111-112.

<sup>19</sup> TEITEL, Ruti. *Transitional justice...*, p.72.

<sup>20</sup> CELETTI, Cristina. *Os precedentes do tribunal penal internacional, seu estatuto e sua relação com a legislação brasileira*. In: *Jus Navigandi*. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3986>. Acesso em: 05 abr. 2009.

<sup>21</sup> JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. *O tribunal penal internacional: a internacionalização do direito penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 152-153.

<sup>22</sup> KELSEN, Hans. *Will the judgement in Nurember Trial constitute a precedent international law?* In: *The International Law Quarterly*. Vol. 1, n. 2, Cambridge: Cambridge University Press, Summer 1947, p. 158-171.

<sup>23</sup> Idem.

<sup>24</sup> TEITEL, Ruti. *The law and justice of...*, p. 839-840.

<sup>25</sup> TEITEL, Ruti. *Transitional justice...*, p.78.

<sup>26</sup> Idem, p.71.

<sup>27</sup> SANCINETTI, Marcelo A. FERRANTE, Marcelo. *El derecho penal en la protección de los derechos humanos*. Instituto Max-Planck de Derecho Penal Extranjero e Internacional. Argentina: Editorial Hammurabi, p. 256.

<sup>28</sup> Idem. p. 257.

<sup>29</sup> "Art. 29.- *El Congreso no puede conceder al Ejecutivo nacional, ni las Legislaturas provinciales a los gobernadores de provincia, facultades extraordinarias, ni la suma del poder público, ni otorgarles sumisiones o supremacías por las que la vida, el honor o las fortunas de los argentinos queden a merced de gobiernos o persona alguna. Actos de esta naturaleza llevan consigo una nulidad insanable,*

---

y sujetarán a los que los formulen, consientan o firmen, a la responsabilidad y pena de los infames traidores a la patria.”

<sup>30</sup> NINO, Carlos Santiago. *Juicio al mal absoluto*. 1ª ed. Buenos Aires: Ariel, 2006, p. 117-118.

<sup>31</sup> Idem, p. 10.

<sup>32</sup> SANCINETTI, Marcelo A. e FERRANTE, Marcelo. *Op. cit.*, p. 296.

<sup>33</sup> Idem, p. 330.

<sup>34</sup> DE VALDEZ, Patricia Tappatá. *El pasado, um tema central del presente: la búsqueda de verdad y justicia como construcción de una lógica democrática*. In: Verdad, justicia y reparación. San José, Costa Rica: Instituto Interamericano de Derechos Humanos / Instituto Internacional para la Democracia y la Asistencia Electoral, 2005, p. 93.

<sup>35</sup> PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro – parte geral, vol. 1*. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 448.

<sup>36</sup> Idem.

<sup>37</sup> TEITEL, Ruti. *The law and justice of...*, p. 840.

<sup>38</sup> ROHT-ARRIAZA, Naomi; MERIEZCURRENA, Javier. *Transitional Justice in the Twenty-First Century: Beyond Truth Versus Justice*. Cambridge: Cambridge University Press, 2006, p. 202.

<sup>39</sup> NAGY, Rosemary. *Transitional Justice as a Global Project: Critical Reflections*. Third World Quarterly 29, no. 2, 2008, p. 275-289.

<sup>40</sup> MILLER, Zinaida. *Op. cit.*, p. 272.

<sup>41</sup> CASSESE, Antonio. *De Nuremberg a Roma: dos tribunais militares internacionais ao tribunal penal internacional*. In: *O direito penal no Estatuto de Roma: leituras sobre os fundamentos e a aplicabilidade do tribunal penal internacional*. AMBOS, Kai; CARVALHO, Salo de. (Orgs.) Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 11.

<sup>42</sup> JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. *Op. cit.*, p. 91-95.

<sup>43</sup> SCHABAS, William A. *The UN International Criminal Tribunals: the former Yugoslavia, Rwanda and Sierra Leone*. Cambridge: Cambridge University Press, 2006, p. 57 e ss.

<sup>44</sup> Idem, p. 97-98.

<sup>45</sup> Idem, p. 53-57.

<sup>46</sup> CASSESE, Antonio. *De Nuremberg a Roma...*, p. 15.

<sup>47</sup> SCHABAS, William A. *Op. cit.*, p. 57 e ss.

<sup>48</sup> BOITEUX, Luciana. *Os princípios penais do Estatuto do Tribunal Penal Internacional à luz do direito brasileiro*. In: JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano (Coord.). *Direito penal internacional, estrangeiro e comparado*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 95.

<sup>49</sup> Idem.

<sup>50</sup> SCHABAS, William A. *Op. cit.*, p. 53-57.

<sup>51</sup> TEITEL, Ruti. *Transitional justice...*, p. 90.

<sup>52</sup> Artigo 1º, §2º da Lei 6.683/79.

<sup>53</sup> FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. A lei de anistia deve ser revista? In: *Folha de São Paulo*. Tendências e Debates.

Disponível em: <<http://www.torturanuncamais-rj.org.br/sa/Artigos.asp?Codigo=38>>.

<sup>54</sup> BICUDO, Hélio; PIOVESAN, Flávia. A lei de anistia deve ser revista? In: *Folha de São Paulo*. Tendências e Debates.

Disponível em: <<http://www.torturanuncamais-rj.org.br/sa/Artigos.asp?Codigo=38>>.

<sup>55</sup> FORTES, Leandro. Vozes na mata. In: *Revista Carta Capital*. 07 de maio de 2008. Ano XIV. Nº 494.

<sup>56</sup> O GLOBO ONLINE. *Julgamento de Coronel Ustra, do DOI-Codi, é moral e político*. Disponível em: <<http://oglobo.globo.com/pais/mat/2006/11/08/286567412.asp>>. Acesso em 27 de março de 2008.

<sup>57</sup> BOCCHINI, Bruno. *Justiça de SP suspende processo contra coronel Ustra, acusado de tortura em 1971*. Disponível em: <<http://www.agenciabrasil.gov.br/noticias/2008/05/13/materia.2008-05-13.8951647285/view>>. Acesso em 18 de maio de 2008.

<sup>58</sup> GALHARDO, Ricardo. *Ação civil quer responsabilizar Ustra por tortura*. Disponível em: <<http://pfdc.pgr.mpf.gov.br/clipping/maio/acao-civil-quer-responsabilizar-ustra-por-tortura/>> Acesso em 20 de maio de 2008.

<sup>59</sup> BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. *Apelação Cível nº 2003.01.00.041033-5 – DF*. Disponível em <[www.trf1.gov.br](http://www.trf1.gov.br)>. Acesso em 04 de setembro de 2007.

<sup>60</sup> Em 27 de agosto de 1980, uma carta-bomba endereçada ao então presidente da Ordem dos Advogados do Brasil, Eduardo Seabra Fagundes, explodiu no Rio, matando sua secretária, Lyda Monteiro.

---

<sup>61</sup> ANISTIA INTERNACIONAL – Informe 2008. Disponível em <<http://thereport.amnesty.org/prt/Homepage>>. Acesso em 10 de junho de 2008.

<sup>62</sup> LEAL, Cláudio. *Anistia: "Precisamos virar a página", diz Mello*. Entrevista Terra Magazine. Disponível em: <<http://terramagazine.terra.com.br/interna/0,,OI2923068-EI6578,00-Anistia+Precisamos+virar+a+pagina+diz+Mello.html>>. Acesso em 03 de junho de 2008