

A ATUAÇÃO DOS TRIBUNAIS INTERNACIONAIS FRENTE AO TEMA DA ANISTIA E DA COMISSÃO DA VERDADE

THE ROLE OF INTERNATIONAL COURTS IN AMNESTY AND THE TRUTH COMMISSION

TARCISO DAL MASO JARDIM*

RESUMO

O presente debate foi dividido em duas partes. A primeira parte revela como o direito internacional e os tribunais internacionais ou internacionalizados, de direitos humanos ou de caráter penal, se posicionam sobre o tema da anistia. A segunda parte expõe a posição desses tribunais a respeito do direito à verdade e as diversas concepções das comissões da verdade sobre a repressão penal de crimes internacionais e a anistia.

PALAVRAS-CHAVE: Anistia. Tribunais internacionais. Crime internacional.

Comissão da verdade.

ABSTRACT

This debate was divided into two parts. The first part reveals how international law and international or internationalized courts with jurisdiction over human rights or international crimes are positioned on the subject of amnesty. The second part outlines the position of these courts in respect to the right to the truth and the various conceptions of truth commissions regarding the prosecution of international crimes and amnesty.

KEYWORDS: *Amnesty. International courts. International crime. Truth commission.*

PARTE I

1. Inicialmente, importa ressaltarmos que as anistias devem ser tratadas expressamente no plural, pois são atos diversificados, legislativos ou executivos, internos ou internacionais, cujo objetivo é excluir largamente a imputabilidade de crimes ou somente de certas categorias de fatos puníveis, a um grupo ou a uma categoria de pessoas. No singular, mas com certo cuidado, poderíamos afirmar que a anistia não age sobre a pena e sua execução, mas sobre o crime propriamente dito, e possui como objetivo eliminar todos os efeitos da condenação e de expirar a

* Mestre em Relações Internacionais (Universidade de Brasília). Doutorando em Relações Internacionais (Universidade de Paris X). Consultor Legislativo do Senado Federal. Email: tarciso@senado.gov.br

pretensão punitiva do Estado. Geralmente, então, representariam o esquecimento público geral do crime¹.

Seção 1 – A incompatibilidade das anistias em relação às normas do direito internacional humanitário e dos direitos humanos

2. Essa pluralidade conceitual das anistias decorre, em parte, delas poderem ser recebidas pelo direito internacional sob dois paradigmas opostos: o da impunidade; e o da reconciliação nacional e da manutenção da paz. A alteração de paradigma em direção à impunidade é devida essencialmente ao fato de o direito internacional atual recusar anistias acordadas aos responsáveis de crimes visados por normas imperativas internacionais (*jus cogens*), tais como certas ofensas graves do direito internacional humanitário e dos direitos humanos. Na primeira parte dessa exposição, analisaremos a gradual recusa das anistias em caso de graves ofensas do direito internacional humanitário e dos direitos humanos, que são associados aos crimes de guerra e aos crimes contra a humanidade, como veremos.

§1º – A proibição das anistias em caso de ofensas graves do direito internacional humanitário

* Consultor Legislativo do Senado Federal.

1 B. Chigara, *Amnesty in International Law : the legality under international law of national amnesty laws*, Longman, Harlow, 2002 ; H. Ruiz Fabri , G. Della Morte , E. Lambert-Abdelgawad , K. Martin-Chenut (dir.), *La clémence saisie par le droit - Amnistie, prescription et grâce en droit international et comparé*, Société Législation Comparée, Paris, 2007 ; S. Meisenberg, “Legality of amnesties in international humanitarian law: the Lomé Amnesty Decision of the Special Court for Sierra Leone”, *Revue Internationale de la Croix-Rouge*, dez. 2004, vol. 86, n° 856, p. 837-851 ; Y. Naqvi, “Amnesty for war crimes: defining the limits of international recognition”, *Revue Internationale de La Croix-Rouge*, set. 2003, vol. 85, n° 851, pp. 583-625; F. Z. Ntoubandi, « Amnesty for crimes against humanity under international law, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, 2007 ; A. O’Shea, *Amnesty for Crime in International Law and Practice*, Kluwer Law International, La Haye, 2002; L. N. Sadat, “Exile, Amnesty and International Law”, *The Notre Dame Law Review*, vol. 81, n° 3, 2006, pp. 955-1036 ; S. Wahnich, *Une histoire de l’amnistie: études d’histoire, d’anthropologie et de droit*, Paris, PUF, 2007.

3. Os crimes de guerra caracterizam uma pluralidade de crimes contra o direito internacional humanitário, e são violações graves ou sérias cometidas durante conflitos armados internacionais ou internos. Desse modo, sem mencionar anistias e afirmando a luta contra a impunidade, as quatro Convenções de Genebra de 1949 (artigos 49, 50, 129 e 146, respectivamente), e seu Protocolo adicional I de 1977 relativo à proteção de vítimas dos conflitos armados internacionais (art. 86), obrigam aos Estados partes a tipificar as violações graves a estes tratados, investigar e julgar os acusados de ter cometido, ou ter ordenado cometer uma ou outra dessas violações, ou os extraditar. Entretanto, em nome da reconciliação nacional, o art. 6 (5) do Protocolo adicional II de 1977 relativo à proteção de vítimas dos conflitos armados não internacionais expõe que:

« 5. Ao cessarem as hostilidades, as autoridades no poder procurarão conceder anistia mais ampla possível às pessoas que tenham tomado parte no conflito armado ou que se encontrem privadas de liberdade, internadas ou detidas por motivos relacionados com o conflito armado.»

4. De acordo com o Protocolo II de 1977, os Estados devem acordar « anistia mais ampla possível», o que indica um limite à faculdade de estabelecer anistias. As anistias não seriam possíveis em todas as situações, porém estas não são definidas pelo Protocolo II, o que deu certa liberdade aos Estados partes para interpretá-lo no momento de editar anistias. Contudo, o art. 6 (5) do Protocolo adicional II deve ser analisado no seu contexto normativo, que é o de estabelecer garantias aos indivíduos frente à repressão de infrações penais relacionadas a conflitos armados internos. Nesse espírito, a Divisão jurídica do Comitê Internacional da Cruz Vermelha enviou uma carta ao Procurador do TPIY, de 24 de novembro de 1995, pela qual ela interpreta o referido artigo somente como a possibilidade de aplicar a “imunidade

do combatente” nos conflitos armados não internacionais. Em outras palavras, seria conveniente, sobretudo, anistiar os membros de grupos armados organizados que participaram de um conflito interno e por esse único motivo ou por crimes de menor potencial foram incriminados. Contrariamente, as anistias não poderiam proteger pessoas acusadas por ofensas graves ao direito internacional humanitário, como os crimes de guerra em caso de conflitos armados não internacionais inscritos no art. 8 (2) (c) e (e) do Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional (TPI). Em conclusão, anistiar esses crimes graves seria descumprir com a obrigação de julgar ou extraditar seus responsáveis e, em todo caso, seus atos não teriam efeitos extraterritoriais e não impediriam outras jurisdições nacionais ou internacionais de julgar os anistiados.

§2º – A proibição das anistias em caso de ofensas graves aos direitos humanos

5. As violações graves dos direitos humanos são caracterizadas mais pela maneira de sua consumação que pelos tipos de direitos humanos violados, pois sua principal particularidade é de serem situações em que os direitos humanos são severamente, sistematicamente ou multiplamente violados. Essas violações, como a tortura e o desaparecimento forçado de pessoas, são igualmente consideradas como crimes internacionais de acordo com o direito internacional penal, e seus autores não seriam passíveis de serem anistiados de acordo com o desenvolvimento recente do direito internacional.

6. O art. 18 (1) da Declaração adotada pela Assembléia geral das Nações Unidas sobre a proteção de todas as pessoas contra as desapareções forçadas (res. 47/133 de 18 de dezembro de 1992) determina que os autores e os autores presumidos por atos de desapareções forçadas “não se beneficiarão de nenhuma

lei de anistia especial e outras medidas análogas que tenham por fim exonerá-los de qualquer procedimento ou sanção penal”. Esta violação seria consagrada como crime contra a humanidade no art. 7 (1) (i) do Estatuto de Roma, o que influenciou a formulação do princípio *aut dedere aut iudicare* no art. 11(1) da Convenção das Nações Unidas para a proteção de todas as pessoas contra as desapareções forçadas (2006): « O Estado parte, em cujo território o autor presumido de um crime de desaparecimento forçado é descoberto, se não o extraditar, ou não o remeter a outro Estado conforme suas obrigações internacionais ou a uma jurisdição penal internacional que tenha reconhecido a competência, submeterá o caso a suas autoridades competentes para o exercício da ação penal ». Portanto, a anistia não pode beneficiar responsáveis de desapareções forçadas de pessoas, de acordo com esses instrumentos jurídicos.

7. Em sessão de 1992, mesmo ano da Declaração das Nações Unidas sobre a desapareções forçadas, o Comitê de direitos humanos das Nações Unidas, por seu comentário geral nº 20 sobre o art. 7 do Pacto Internacional relativos aos Direitos Civis e Políticos, declarou que para os atos de tortura « a anistia é geralmente incompatível com o dever que os Estados possuem de investigar tais atos; de garantir a proteção contra tais atos sob suas jurisdições; e de zelar para que eles não se reproduzam no futuro» (doc. O.N.U HRI/GEN/1/Rev.1, 1994, §15º). Disso decorre que a anistia seria incompatível com a obrigação de julgar ou extraditar os acusados por crimes internacionais (o princípio *aut dedere aut iudicare*) e, por via de conseqüência, ela não seria um obstáculo ao exercício da competência universal dos Estados para julgá-los. Os tribunais regionais de direitos humanos confirmam essa assertiva, a começar pela jurisprudência pioneira da Corte Interamericana de direitos humanos (CorteIDH) de *Barrios Altos c. Peru* (2001).

8. A CorteIDH não admite as anistias aos responsáveis de violações graves de direitos humanos, a exemplo da tortura, das execuções sumárias, extralegais ou arbitrárias e desaparecimentos forçadas de pessoas. Segundo a CorteIDH, elas são contrárias à Convenção americana relativa aos direitos humanos (CADH) e, conseqüentemente, elas não produzem efeito desde sua origem (*ex tunc*) e devem ser eliminadas pelo Estado. Igualmente, a CorteIDH ordena aos Estados a investigar e julgar responsáveis pela violação grave dos direitos humanos que foram anistiados (entre outros, ver CorteIDH, *Barrios Altos c. Peru*, 14 de março de 2001, §41, e 3 de setembro de 2001, §§17-18; *Bulacio c. Argentina*, 18 de setembro de 2003, §116 ; CorteIDH, *Blanco Romero y otros c. Venezuela*, 28 de novembro de 2005, §98). No caso *Almonacid Arellano y otros c. Chile*, a CorteIDH associa as violações graves de direitos humanos ao crime contra a humanidade e declara que os Estados não podem se abster de investigar, buscar e reprimir os responsáveis por crimes contra a humanidade, incluindo o genocídio, mediante edição de anistias ou outro tipo de norma interna. De acordo com a CorteIDH, anistiar os responsáveis de crimes contra a humanidade é incompatível com a CADH (CorteIDH, *Almonacid Arellano y otros c. Chile*, 26 de setembro de 2006, §§114-116, 171 – ponto resolutivo 3; CorteIDH, *La Cantuta c. Peru*, 29 de novembro de 2006, §§168-169).

9. No caso *Malawi African Association e outros c. Mauritânia* (n^{os} 54/91, 61/91, 98/93, 164/97 à 196/97 e 210/98 (2000), §§82 e 83), a Comissão africana dos Direitos Humanos e dos Povos considerou que a lei de anistia mauritana violou os direitos das vítimas a um recurso efetivo. Em 2001, a Comissão africana estabeleceu Diretrizes e princípios sobre o direito a um processo equitativo e à assistência judiciária na África, cuja alínea C(d) determina que « A outorga de uma anistia para absolver os autores de violações de direitos humanos viola o direito de vítimas a um recurso efetivo ».

10. A Corte européia dos direitos humanos (CorteEDH) afirma que para os acusados pela tortura (artigo 3º) « o procedimento ou a condenação não poderiam ser considerados prescritos, e a aplicação de medidas tais como a anistia ou a graça não seriam autorizadas» (entre outros, *Abdülsamet Yaman c. Turquia*, nº 32446/96, §55, 2 de novembro de 2004 ; *Okkali c. Turquia*, nº 52067/99, §76, 17 de outubro de 2006 ; *Lexa c. Eslováquia*, nº 54334/00, §139, 23 de setembro de 2008). Recentemente, a CorteEDH declarou inadmissível a petição *Ould Dah c. França* em razão de considerar « que a anistia é geralmente incompatível com o dever de investigar» atos de tortura. A CorteEDH nesta mesma oportunidade determina que a lei de anistia mauritana, « suscetível de ser qualificado de abusivo na ótica do direito internacional », não impediria o exercício de competência universal pela França, « o que decorre, por exemplo, do artigo 17 do Estatuto do Tribunal Penal Internacional que não inclui essa situação entre as causas de não admissibilidade de um caso» (CorteEDH, 5º sect. décision sur la recevabilité, 17 de março de 2009, req. nº 13113/03). Portanto, a CorteEDH reafirma a incompatibilidade da anistia em relação ao princípio *aut dedere aut iudicare* e à competência universal dos Estados para julgar os responsáveis por crimes de tortura, o que poderia ser estendida a outros crimes internacionais.

Seção 2 – As jurisdições penais internacionais

11. A CorteEDH, no caso *Ould Dah c. França*, considerou a ausência da anistia entre as condições de não admissibilidade de um caso como uma razão permissiva do exercício de competência universal dos Estados em relação aos crimes de competência do TPI, como a tortura como um crime contra a humanidade ou crime de guerra. O art. 17 do Estatuto do TPI, que versa sobre questões relativas à admissão de um caso e foi mencionado pela CorteEDH, em realidade fixa os limites do princípio da complementaridade entre a jurisdição do TPI e as jurisdições

nacionais. Isto posto, nessa seção será analisada a anistia nacional como um possível limite ao exercício de jurisdição internacional penal.

§3º – As anistias e o Tribunal Penal Internacional

12. Inicialmente, é necessário ressaltar que o fato de o Estatuto do TPI silenciar sobre as anistias não significa que não tenha havido propostas sobre esse tema durante sua negociação diplomática. Por exemplo, houve uma proposta de artigo 19 que foi recusada durante a Conferência de Roma de 1998 e que permitia ao TPI de receber um caso « si une décision manifestement non fondée concernant la suspension de l'application d'une peine ou une grâce, une libération conditionnelle ou une commutation de peine exclut l'application de tout type de peine approprié » (doc. A/conf. 183/2/Add.1, 14 avril 1998, p. 46). Se a versão francesa desse documento menciona a *grâce* e a inglesa o *pardon*, a versão espanhola os traduz por *amnistía*. As versões francesa e inglesa são mais precisas no que diz respeito ao objetivo do artigo 19 não aprovado, pois é a graça que dispensa um condenado da aplicação de sua pena, e não a anistia, que faz desaparecer a condenação. De qualquer forma, o Estatuto do TPI não menciona nem a graça, nem a anistia, o que engendra certa ambigüidade.

13. O artigo 17 do Estatuto de Roma determina que um caso é julgado admissível pelo TPI quando o Estado, tendo competência a respeito, não tenha vontade ou seja incapaz de levar a cabo a contento o inquérito ou o procedimento criminal. Entretanto, a situação deve ser « suficientemente grave para justificar a ulterior intervenção do Tribunal », o que significa que o TPI somente julgará a violação exemplar entre os já graves crimes de sua competência. Assim, de um lado, a não recepção de um caso pelo TPI não significa que os Estados estejam desobrigados de julgar os mesmos fatos, ou responsabilizar anistiados por eles

responsáveis, a partir de outras obrigações internacionais. O princípio essencial do Estatuto de Roma é colocar um termo à impunidade dos autores dos crimes os mais graves que atingem o conjunto da comunidade internacional, nos termos de próprio preâmbulo, que igualmente afirma: « que a sua repressão deve ser efetivamente assegurada mediante a adoção de medidas em nível nacional e do reforço da cooperação internacional ». Portanto, a jurisdição do TPI somente seria complementar às jurisdições nacionais.

14. De outro lado, o TPI poderia reconhecer algumas anistias ou graças ordenadas a responsáveis de certos crimes depois de serem realizadas investigações e processos genuínos, como as anistias condicionadas ao reconhecimento público do crime e à reparação do dano às vítimas. Nesse caso, poderia haver uma conciliação da justiça penal internacional com o paradigma da reconciliação nacional ou da manutenção da paz, cujo fundamento pode ser ainda o artigo 16 do Estatuto de Roma, que permite ao Conselho de segurança adotar uma suspensão à investigação ou ao procedimento criminal durante doze meses, renováveis por igual período, em virtude do Capítulo VII da Carta das Nações Unidas. O Conselho de segurança poderia utilizar essa faculdade de agir para legitimar esse gênero de anistia como um meio de manter ou promover a reconstrução da paz. Entretanto, o artigo 16 do Estatuto de Roma somente mantém um poder temporário do Conselho de Segurança, que não poderá ultrapassar suas funções para garantir a impunidade dos responsáveis por crimes de *jus cogens*. O Tribunal penal internacional para a Ex-Iugoslávia (TPIY), por exemplo, estimou que a proibição da tortura tornou-se uma norma imperativa ou *jus cogens* e que « ... seria absurdo afirmar, de uma parte, que visto o valor do *jus cogens* de interdição da tortura, os tratados ou regras costumeiras que prevejam a tortura sejam nulos e não válidos *ab initio* e, de outra parte, deixar que os Estados

tomem medidas nacionais autorizando ou tolerando a prática da tortura ou anistiando seus autores» (TPIY, *Le Procureur c. Anto Furundzija*, 10 décembre 1998 n° IT-95-17/1-T, §155).

15. Finalmente, essa ambigüidade da política penal do TPI em relação ao paradigma da reconciliação nacional da anistia é reforçada pelos critérios fixados pelo Estatuto de Roma para a abertura do inquérito pelo Procurador do TPI. Segundo o artigo 53 do Estatuto de Roma, o Procurador do TPI pode concluir que não há fundamento razoável para abrir o inquérito ou para proceder criminalmente não somente porque não seria admitido de acordo com os termos do artigo 17 do Estatuto de Roma, mas porque não corresponderiam aos interesses da justiça. Em relação à abertura do inquérito, o Procurador decidiria relevando a gravidade do crime e os interesses das vítimas e, em relação ao procedimento penal, ele decidiria considerando todas as circunstâncias, não somente as mencionadas pela abertura do inquérito, mas também à idade ou o estado de saúde do autor presumido e seu papel no crime alegado. Independentemente do fato dessa decisão poder ser reconsiderada, dela decorre o interesse da justiça penal internacional para o julgamento dos grandes responsáveis pelos crimes internacionais, o que não significa necessariamente que os demais podem ser anistiados segundo o direito internacional geral ou as obrigações internacionais dos Estados.

§4º – As anistias e as jurisdições penais internacionalizadas

16. Contrariamente às ambigüidades do Estatuto de Roma, ainda não resolvidos pela jurisprudência do TPI, o Estatuto do Tribunal especial para a Serra Leoa (TSSL) é clara quando seu artigo 10 determina que a anistia acordada a uma pessoa relativa aos crimes previstos pelos artigos 2 a 4 do Estatuto não obstaculiza o exercício das investigações e dos procedimentos. Os termos do artigo 10 do Estatuto do TSSL são emblemáticos,

primeiro, porque a competência do TSSL sobre os artigos 2 a 4 do Estatuto inclui os crimes contra a humanidade e as violações graves do direito internacional humanitário cometidos durante os conflitos armados não internacionais, incluindo as violações graves ao Protocolo II de 1977, que permite a anistia limitada no seu artigo 6 (5), nos termos que nós já analisamos. Portanto, o artigo 10 reforça a interpretação que o artigo 6(5) não permite a anistia às violações graves do direito internacional humanitário. Segundo, o Estatuto do TSSL foi criado por um acordo entre as Nações Unidas e o Governo serra-leonês, conforme a resolução 1315 (2000) do Conselho de Segurança, e expressamente recusou, em relação aos crimes de competência do TSSL, a anistia prevista no artigo IX do acordo de paz de Lomé entre o Governo e o Front revolucionário unido serra-leonês, de 7 de julho de 1999. Assim, a graça e a anistia em nome da reconciliação nacional não podem beneficiar os responsáveis pelos crimes contra a humanidade e as ofensas graves do direito internacional humanitário. Terceiro, o artigo 10 do Estatuto do TSSL permite a anistia aos responsáveis pelos crimes previstos em seu artigo 5, que são os crimes referentes ao direito interno serra-leonês e fazem parte da competência do TSSL.

17. A jurisprudência do TSSL consolida essa perspectiva, segunda a qual o acordo de Lomé não é um instrumento de direito internacional, mesmo se ele representa uma situação factual de restauração da paz observada pelo Conselho de Segurança e que sua violação leve este a agir sob o capítulo VII da Carta das Nações Unidas. Além disso, esse acordo não gera efeitos quanto à possibilidade de julgamento de crimes contra o direito internacional submetidos à jurisdição universal, nem ele é capaz de privar o TSSL de exercer sua competência ínsita nos artigos 2 ao 4 de seu Estatuto. O Estado não pode pretender introduzir no esquecimento geral o que outros Estados devem julgar devido a uma obrigação *erga omnes* de proteger a dignidade humana, que é uma norma imperativa (Chambre d'appel, 13 de março de

2004, *Procurador c. M. KALLON* (n° SCSL-2004-15-AR72(E)) e *B. B. KAMARA* (n° SCSL-2004-16-AR72(E)), Decision on challenge to jurisdiction: Lomé Accord Amnesty, §§42, 67, 71, 86 e 88).

18. Por fim, importa ressaltar que o art. 11 do Acordo entre as Nações Unidas e o Camboja estabeleceu que o Governo real cambojano não solicitará a anistia nem a graça de ninguém passível de investigação ou reconhecido como culpado em razão de crimes considerados nesse Acordo, referente à criação das Câmaras extraordinárias no seio dos tribunais cambojanos (CETC) para julgar os crimes do Khmer vermelho. Entretanto, distintamente do art. 10 do Estatuto do TSSL, esse Acordo confere competência às Câmaras extraordinárias para decidir sobre o âmbito de aplicação das anistias ou graças, que puderem ser acordadas antes da entrada em vigor das leis cambojanas que as estabeleceram. Apesar disso, no caso contra Sary IENG, as CETC estimaram que nem a graça nem a anistia são suscetíveis de constituir, atualmente, entraves a processos frente as CETC pertinentes a crimes internacionais contra ele atribuídos (CETC, *Procureur c. Sary IENG*, Ordonnance de placement en détention provisoire, 14 de novembro de 2007, §§11-14).

PARTE II

1. A construção da memória coletiva, ou a busca pela verdade, após situações de violações graves da dignidade humana pode ser vista como uma opção política para reconciliação social em razão de múltiplas experiências das Comissões da Verdade. O fato de ser uma alternativa marcadamente política leva certos autores da “justiça de transição” a defenderem que tais comissões se opõem à ideia de justiça *stricto sensu* ou, no máximo, teriam papel secundário no mundo do direito.

2. O atrito entre a reconstrução da memória e a justiça advém de certas transições políticas que privilegiaram o estabelecimento público da verdade e não a responsabilização penal, como foi o exemplo da África do Sul. Essa alternativa faria parte mais de um processo de paz e de reconstrução da identidade social que da realização da justiça. Sua similitude com o processo penal seria reduzida ao caráter dissuasivo, de evitar condutas criminosas similares².

3. Igualmente, não podemos ocultar que juristas em geral não atribuem grande valor à construção da memória coletiva como parte da responsabilidade estatal. Alguns documentos e jurisprudência internacionais a destacam, como é o caso de sentenças da Corte Interamericana de Direitos Humanos e dos “princípios fundamentais e diretrizes a respeito do direito a um recurso e à reparação das vítimas de violações graves do direito internacional dos direitos humanos e do direito internacional humanitário”³. Internamente, esse tema é desdenhado ou descaracterizado no meio jurídico.

4. Frente a esse quadro, meu objetivo é defender o direito à verdade como consequência jurídica da violação grave de obrigações decorrentes de normas imperativas do direito internacional.

2 TEITEL Ruti, “Transitional Justice Genealogy”, *Harvard Human Rights Journal*, Vol. 16, Spring 2003, pp. 69-94.

3 Resolução da AG da ONU, de 16 de dezembro de (A/RES/60/147).

I. O DIREITO À VERDADE COMO CONSEQUÊNCIA JURÍDICA DA VIOLAÇÃO GRAVE DE OBRIGAÇÕES DECORRENTES DE NORMAS IMPERATIVAS

5. Inicialmente, o direito à verdade como consequência jurídica da violação grave de obrigações decorrentes de normas imperativas pode ser considerado como ferramenta para a cessação e a não repetição do ilícito internacional e como uma forma de reparação.

§1º. A verdade como instrumento para a cessação e não repetição do ilícito

6. Primeiro, a verdade pode ser vista como uma forma de cessação do ilícito internacional, especialmente o crime de desaparecimento forçado de pessoas. Importa lembrar que esse crime é considerado permanente ou contínuo até o momento em que a destinação da vítima ou seus restos mortais são revelados⁴. Conforme a CorteIDH definiu contra o Brasil no Caso Guerrilha do Araguaia:

“103. Adicionalmente, no Direito Internacional, a jurisprudência deste Tribunal foi precursora da consolidação de uma perspectiva abrangente da gravidade e do caráter continuado ou permanente da figura do desaparecimento forçado de pessoas, na qual o ato de desaparecimento e sua execução se iniciam com a privação da liberdade da pessoa e a subsequente falta de informação sobre seu destino, e permanece enquanto não se conheça o paradeiro da pessoa desaparecida e se determine com certeza sua identidade (...).”

Portanto, para esse crime cessar é necessário revelar a verdade. Em outros termos, há um direito dos familiares que

4 Art. 17 da Declaração para a proteção de todas as pessoas contra a desaparecimento forçada ou involuntária de pessoas (1992), art. III da Convenção interamericana sobre o desaparecimento forçado de pessoas (1994) e art. art. 8º, I, b, da CIDE.

impõe ao Estado buscar o desaparecido ou revelar seu destino, o que poderia igualmente ser considerada uma forma de reparação aos familiares⁵.

7. Segundo, podemos construir laços entre a construção da memória coletiva e as garantias de não repetição do ilícito internacional, especialmente quanto à projeção sobre o futuro que caracteriza esses dois institutos⁶. Não há consenso sobre a natureza da não repetição do ilícito, que pode ser considerado como uma forma de reparação autônoma, com parte da satisfação, ou como consequência especial do ilícito internacional⁷. A priori, podemos constatar que o objeto das garantias de não repetição identificadas é multiforme e materialmente toca a construção da memória coletiva, por exemplo:

(A) compromisso de não reincidir assumido pelo Estado responsável por violações. No caso LaGrand, a Corte Internacional de Justiça (C.I.J) impôs aos Estados Unidos a necessidade de reexame da sentença condenatória a pena de morte se houver desrespeito do §1º do art. 36 da Convenção de

5 CorteIDH, l'affaire Bámaca Velásquez, réparation, du 22 février 2002, serie C, n° 91, par. 76 ; l'affaire 19 Marchands, arrêt du 5 juillet 2004, serie C, n° 109, par. 265 ; l'affaire des frères Gómez Paquiyauri, arrêt du 8 juillet 2004, serie C n° 110, par. 230 ; l'affaire Carpio Nicolle et autres, arrêt du 22 de novembre 2004, serie C, 115, par. 128 ; l'affaire des sœurs Serrano Cruz, arrêt du 1 mars 2005, serie C, n° 120, par. 62 ; l'affaire La Cantuta c. Peru, arrêt du 29 novembre 2006, série C n° 162, par. 231, etc.

6 Comme a affirmé Clarisse Barthe-Gay, en suivant le projet final de la C.D.I. sur la responsabilité de l'État : «La réparation se présente comme une conséquence 'rétrospective' du fait illicite, tournée vers le passé, alors que les assurances et garanties de non-répétition en constituent une conséquence 'prospective', tournée vers l'avenir » . BARTHE-GAY Clarisse, « Réflexions sur la satisfaction en droit international », *Annuaire Français de Droit International*, XLIX, 2003, p. 121-2.

7 Ces distinctes perceptions découlent non seulement des divers rapports de la C. D. I. sur la responsabilité de l'État, mais aussi des discussions jurisprudentielles. Voy. e.g. Laurence Dubin, Les Garanties de non-répétition a l'aune des affaires LaGrand et Avena : la révolution n'aura plus lieu. R.G.D.I.P., 2005-4, tome 109, pp. 859-887.

Viena sobre relações consulares⁸. Sobre nosso tema, podemos imaginar situações em que o Estado deve permitir o acesso a arquivos normalmente confidenciais em caso de crimes contra a humanidade, crimes de guerra ou genocídio.

(B) ações administrativas, institucionais ou legislativas para prevenir a ocorrência de violações similares. A CIJ determinou a obrigação de Israel de anular o conjunto de atos legislativos e regulamentares adotados em vista a edificar muro no território palestino ocupado⁹. Sobre a memória, a adoção de legislação que proíbe símbolos do Holocausto ou teses negacionistas de genocídios, ou estabelecimentos de programas educacionais, podem significar medidas de não repetição. A CorteIDH, por exemplo, no caso *La Cantuta c. Peru*¹⁰ estabeleceu a obrigação do Estado de divulgar os conteúdos das suas sentenças a agentes estatais, sobretudo militares e policiais.

(C) ou, mais próxima da satisfação enquanto reparação clássica, a promessa do Estado de não cometer a mesma violação. No caso *Goiburú*, a CorteIDH condenou o Paraguai a realizar um ato público de reconhecimento de sua responsabilidade como parte da reparação da preservação da memória e da garantia de não repetição¹¹. Entretanto, a não repetição é aplicada com moderação em conflito classicamente interestatal; v.g. a C.I.J. considerou que suas conclusões declarando que a Sérvia falhou a se conformar à obrigação que lhe impõe a Convenção de prevenir e reprimir o crime de genocídio, no caso da comissão desse

8 Caso *LaGrand* (Allemagne c. Etats-Unis 'Amérique), arrêt, C. I. J. Recueil 2001, p. 466.

9 Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé, avis consultatif, C. I. J. Recueil 2004, p. 202.

10 Caso *La Cantuta c. Peru*, arrêt du 29 novembre 2006, série C n° 162, par. 242.

11 Voy. l'affaire *Goiburú*, par.. 173.

crime em Srebrenica em julho de 1995, é satisfação apropriada e recusou aplicação de garantias de não repetição¹². A C.I.J. seguiu o art. 30, b, do projeto da C.D.I, que admite a obrigação de oferecer garantias de não repetição se a circunstância o exigir.

8. Não somente no passado¹³, mas atualmente a não repetição do ilícito internacional é considerada ainda como um instituto jurídico próximo da satisfação, como forma de reparação. Segundo o comentário da CDI sobre o art. 30 do projeto final sobre responsabilidade internacional dos Estados (§ 11), um Estado pode atender garantias de não repetição pela via da satisfação (por exemplo, anulação de uma lei que permitiu a violação) e as duas formas de reparação se encontram na prática.

9. Mas se a característica diferencial da não repetição é que ela se orienta em direção ao respeito futuro e não à violação passada, como menciona a CDI, podemos considerar a não repetição como ligada a um dos aspectos da construção da memória coletiva. Como afirmou a CorteIDH, a verdade não somente favorece as vítimas e sua família, mas também a sociedade inteira, pois o conhecimento dos fatos criminosos tem a capacidade de preveni-los no futuro¹⁴.

10. As audiências públicas e os relatórios das Comissões de Verdade, como narrativa coletiva do passado, são também frequentemente considerados como garantias de não repetição. O relatório da Comissão de Verdade da África do Sul declarou que a reparação às vítimas adiciona valor à fase da busca

12 CIJ, l'arrêt du 26 février 2007 sur l'application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro).

13 Le Rapporteur spécial Riphagen sur la responsabilité internationale de l'État (C.D.I) a prévu les garanties de non-répétition comme une forme de satisfaction en 1981 (Annuaire de la CDI, 1981, vol. II, 1^{re} partie, pp. 104-5, art. 4).

14 CorteIDH, l'affaire Bámaca Velásquez, réparation, du 22 février 2002, serie C, n° 91, par. 77.

pela verdade, pois elas simbolizam o reconhecimento da falta estatal, restabelecem a dignidade dos sobreviventes e reafirmam seus valores, interesses, aspirações e direitos, e endereçam a consciência sobre a responsabilidade moral coletiva¹⁵. No caso Goiburú, a CorteIDH considerou a criação pela Lei 2.225 de uma comissão de verdade no Paraguai como um princípio de reparação.

§2º. *A verdade como Satisfação*

11. Primeiramente, o julgamento e as sentenças internacionais podem ser considerados em si-mesmas como uma forma de reparação e de construção da memória, principalmente quando o procedimento judicial envolve as vítimas. É o caso dos sistemas regionais de direitos humanos e do Tribunal Penal Internacional. A CorteIDH, por exemplo, considerou que a sentença¹⁶ é uma forma de reparação, mais precisamente de satisfação, mas ela não pode ser considerada como suficiente em caso de violação grave do direito à vida e de sofrimento moral provocado às vítimas e suas famílias¹⁷. Entretanto, a CorteIDH faz referência que a sentença produzida em processo com participação da vítima é uma satisfação, uma reparação moral¹⁸. A CorteEDH, especialmente em casos de tortura, interpretou que a noção de « effective remedy » (art. 13 da Convenção Europeia de Direitos Humanos) contém não somente o pagamento de indenização

15 BORAINE Alex, *A country unmasked: inside South Africa's truth and reconciliation commission*, Oxford University Press, Cape Town, 2000, p. 338.

16 CorteIDH, Velásquez Rodríguez, arrêt du 21 juillet 1989; l'affaire Godínez Cruz, arrêt du 21 juillet 1989; l'affaire Aloeboetoe, arrêt du 10 septembre 1993.

17 Selon la Cour, c'est nécessaire encore l'indemnisation par équité. Voir l'affaire El Amparo, arrêt du 14 septembre 1996 ; et l'affaire Neira Alegría, arrêt du 19 septembre 1996.

18 CorteIDH, l'affaire Cantos, arrêt du 28 novembre 2002.

mas também a efetiva investigação, capaz de identificar e punir os responsáveis e permitir o acesso do peticionário¹⁹.

12. A CorteIDH também considerou que as vítimas e familiares têm o direito de conhecer a verdade, incluindo os responsáveis pela violação, e essa verdade deve ser estabelecida não somente pela Comissão de Verdade, mas também pelo processo judicial²⁰.

13. Segundo Mark Osiel, o direito penal pode ser visto como forma interpretativa da história, que tem seus efeitos sobre a solidariedade social²¹. Ou ainda, podemos afirmar que não somente a responsabilidade penal dos acusados pode ser uma forma privilegiada de construção da memória, mas também a responsabilidade dos Estados por violação grave de normas imperativas internacionais, especialmente quando as vítimas são partes ativas do procedimento.

14. A construção de memória coletiva poderia também ser garantida pela publicação da sentença no jornal oficial ou de caráter nacional²², pela criação de um dia dedicado às crianças desaparecidas no conflito armado²³ ou pela construção de

19 CorteEDH Aksoy c. Turquie, arrêt du 18 décembre 1996, par. 98.

20 CorteIDH, l'affaire de *Almonacid Arellano y otros c. Chile*, arrêt de 26 septembre 2006, série C N° 154, par. 150 et l'affaire *La Cantuta c. Peru*, arrêt du 29 novembre 2006, série C n° 162, par. 222.

21 OSIEL Mark, *Making Public Memory, Publicly*. In HESSE, Carla; POST, Robert. **Human Rights in Political Transitions: Gettysburg to Bosnia**. New York: Zone Books, 1999, pp. 217- 261.

22 CorteIDH, l'affaire *La Cantuta c. Peru*, arrêt du 29 novembre 2006, série C n° 162, par. 237 ; l'affaire *Goiburú*, par. 175; l'affaire *Montero Aranguren*, arrêt du 5 juillet 2006, Serie C No. 150, par. 151; l'affaire *Ximenes Lopes*, arrêt du 4 juillet 2006, Serie C No. 149, par. 249.

23 CorteIDH, l'affaire des sœurs Serrano Cruz, *ibid*, pár. 196.

monumentos em homenagem das vítimas²⁴, que é considerado simultaneamente para a CorteIDH como reparação e garantia de não repetição²⁵.

15. O art. 22 dos princípios e diretrizes (A/RES/60/147) considera como medida de satisfação a verificação dos fatos e a divulgação pública da verdade, na medida em que essa divulgação não tem por consequência um novo dano ou ameaça à segurança e aos interesses da vítima e seus familiares ou testemunhas ou provoquem novas violações. Sobre esse ponto, Pierre D'Argent afirma que « Demander à un gouvernement qu'il dise la vérité sur ses crimes, c'est tout simplement exiger un changement de régime »²⁶. Se nosso objeto são massacres, naturalmente, qualquer tipo de justiça, penal, de transição, implica parar as ordens políticas genocidas, segregacionistas ou similares. Não podemos confundir justiça internacional com *une exigence de 'bon gouvernement' dans le droit des gens*²⁷.

II. A VERDADE NÃO SUPRIME A REPRESSÃO PENAL DE CRIMES INTERNACIONAIS

16. As Comissões de Verdade são instrumentos de investigação da responsabilidade do Estado frente às atrocidades do passado e podem, segundo modelos distintos, propor reparações. A Comissão de El Salvador (1992-1993) recomendou a criação de um monumento nacional com os nomes das vítimas do conflito, o reconhecimento da comissão de crimes graves e

24 CorteIDH, l'affaire Communauté Moiwana, par. 218, l'affaire La Cantuta c. Peru, arrêt du 29 novembre 2006, série C n° 162, par. 236; l'affaire Goiburú, par. 177.

25 CorteIDH, l'affaire 19 commerçants, ibid, par. 273 ; l'affaire Villagrán Morales et autres, par. 103.

26 Ibid., p.

27 Ibid., p.

suas vítimas, e a criação de um dia de feriado nacional para a memória das vítimas; a Comissão da Guatemala (1997-1999) recomendou que o presidente e o ex-comandante da oposição armada reconhecessem seus crimes e pedissem perdão e desculpas, que o Parlamento reconheça a dignidade das vítimas, criasse dia de comemoração pelas vítimas e construísse monumentos e parque pública em nome de sua memória²⁸.

17. Quando o Conselho de Segurança ordenou ao Secretário geral de negociar um acordo com Serra Leoa para a criação de tribunal penal, o preâmbulo de sua resolução reconhecesse as medidas do governo local de criar comissão de verdade e assim contribuir para a promoção do estado de direitos. Igualmente, o Secretário Geral reconhece a complementaridade entre o tribunal e a comissão para colocar um fim à impunidade e promover a reconciliação durável²⁹. Assim, a ONU em Serra Leoa valoriza a construção da memória coletiva em perspectiva global de justiça, penal ou não, assim como o fez a CorteIDH no caso La Cantuta.

18. A associação da busca pela verdade e a repressão penal foi trabalhada também no Timor Leste, entre as câmaras especiais do Tribunal do distrito de Dili criadas pela ATNUTO³⁰ e a Comissão para verdade e reconciliação estabelecida para auxiliar na investigação dos crimes cometidos entre 1974 e 1999. Entretanto, outra comissão de verdade bilateral foi criada, entre Indonésia e Timor Leste, que é instrumento de reconciliação e

28 PRISCILLA B. HAYNER. *Unspeakable truths : facing the challenge of truth commissions*. New York, Routledge, 2002.

29 WILLIAN SCHABAS, *LA Relation entre les Commission vérité et les poursuites pénales : les cas de la Sierra Leone*. In, Hervé Ascensio, Élisabeth Lambert-Abdelgawad, Jean-Marc Sorel, 'Les juridictions pénales internationalisées (Cambodge, Kosovo, Sierra Leone, Timor Leste)' *Société de Législation Comparé*, 2006, p. 210,

30 *Administration Temporaire des Nations Unies au Timor...*

reconhecimento de violências durante o referendun de 1999, sem perspectiva penal. Entre esses dois modelos, relatório de especialistas da ONU e vítimas reclamam a ausência de reparações amplas e a responsabilidade do Estado³¹.

19. Podemos afirmar que as comissões de verdade rejeitam em geral garantir anistia a crimes de direito internacional conexos ao processo de busca da verdade, com algumas exceções (África do Sul - 1995, Granada - 2001, Indonésia - 2004 e Timor-Indonésia - 2005). Em geral, a prática das comissões de verdade permite garantir anistia em conexão ao processo de busca da verdade somente quando ela exclui crimes de direito internacional. Quanto a esta repressão, as comissões de verdade a apoiam fortemente. Estudo da anistia internacional para conferência de Uganda de revisão do Estatuto de Roma do TPI, sobre 40 comissões de verdade, apontou que:

- 19 ativamente contribuíram para a repressão penal, enviando nomes, provas ou outra informação à justiça (Uganda 1974 e 1986, Bolívia 1982, Argentina 1983, Uruguai 1985, Uganda 1986, Chile 1990, Haiti 1995, Sri Lanka 1994, Equador 1996 e 2007, Nigéria 1999, Coréia 2000, Panamá 2001, Peru 2001, Timor Leste 2001, Paraguai 2003, Libéria 2005, Quênia 2008)
- 2 recomendaram repressão (Chade 1990 e Guatemala 1997)
- 7 trabalharam paralelamente a processos civis e criminais (Alemanha 1992 e 1995, Serra Leoa 2000, Iugoslávia 2001, Burundi 2004, Canadá 2006, Ilhas Salomão 2008)
- 4 tinham mandatos limitados por leis de anistia ou pela prescrição (Uruguai 2000, Gana 2002, Chile 2003, Coréia 2005)

31 Hervé Ascensio, Élisabeth Lambert-Abdelgawad, Jean-Marc Sorel, 'les juridictions pénales internationalisées (Cambodge, Kosovo, Sierra Leone, Timor Leste)' Société de Législation Comparé, 2006,

- 3 tinham mandatos limitados pela situação política (El Salvador 1991, Argélia 2003, Marrocos 2004)
- 3 anistiam crimes internacionais (4 se incluímos Timor-Indonésia)
- 20. Por fim, citamos a sentença da CorteIDH no caso Gomes Lund c. Brasil (*Guerrilha do Araguaia*), que apesar de ter incentivado a aprovação do Projeto de Lei nº 7.376, de 2010, que propõe criação de Comissão Nacional da Verdade, destacou que esta não substitui *a obrigação do Estado de estabelecer a verdade e assegurar a determinação judicial de responsabilidades individuais, através dos processos judiciais penais*³².

CONCLUSÃO

34. Podemos falar de verdade associada à justiça sem aspas, já que esta é associada à memória. Na Grécia antiga, a verdade (*alítea*) era a negação do esquecimento (*Léthe*) e não da mentira, e se aproximava da deusa da memória, a Mnemosýne, que tinha relações com o passado, o presente e o futuro³³. A memória pode pôr fim a um ilícito internacional, o reparar e colaborar para sua não repetição, quando ela constrói um consenso sobre a ilegitimidade de certos atos³⁴.

35. A busca institucional pela verdade é potencializada como medida de reconstrução coletiva da memória quando ela é associada à justiça penal, mas ela se enfraquece quando não é

32 CorteIDH. *Caso Gomes Lund e outros (Guerrilha do Araguaia) c. Brasil. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 24 de novembro de 2010. Série C nº 219, § 297.

33 VERNANT, Jean-Pierre. *Mythe et pensée chez les Grecs*. Paris: La Découverte, 2006.

34 ZYL, Paul van. Dilemmas of Transitional Justice: the case of South Africa's Truth and Reconciliation Commission. In *Journal of International Affairs*, New York, Spring 1999, 52, n.2, p. 658.

considerada como parte do reconhecimento da responsabilidade do Estado e seu dever de reparação ampla sob a perspectiva das vítimas.