

**UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA**

**NATÁLIA MEDINA ARAÚJO**

**APRENDER PARA O FUTURO**  
**MEMÓRIA E LIBERDADE REPUBLICANA NO DIREITO**  
**INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS: UM ESTUDO DO**  
**CASO DO CHILE**

**BRASÍLIA**  
**2011**

**NATÁLIA MEDINA ARAÚJO**

**APRENDER PARA O FUTURO**  
**MEMÓRIA E LIBERDADE REPUBLICANA NO DIREITO**  
**INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS: UM ESTUDO DO CASO**  
**DO CHILE**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Brasília para a obtenção do título de Mestre em Direito.

Área de Concentração: Direito, Estado e Constituição

Orientador: Professor Doutor George Rodrigo Bandeira Galindo

BRASÍLIA  
2011

Após sessão pública de defesa desta Dissertação de Mestrado, a candidata  
Natália Medina Araújo foi considerada \_\_\_\_\_ pela Banca Examinadora

---

Prof. Dr. George Rodrigo Bandeira Galindo  
Universidade de Brasília  
Orientador

---

Prof. Dr. Marcus Faro de Castro  
Universidade de Brasília  
Membro

---

Prof. Dr. Cristiano Otávio Paixão Araújo Pinto  
Universidade de Brasília  
Membro

---

Profa. Dra. Ximena Fuentes Torrijo  
Universidad de Chile  
Membro

Brasília, \_\_\_\_ de \_\_\_\_\_ de 2011

A meus pais, que me ensinaram o amor pelo conhecimento.

A vó Helena, *in memoriam*, que me ensinou que o conhecimento, sem o amor,  
não é nada.

## RESUMO

Este trabalho tem por objetivo estudar o modo como o direito internacional dos direitos humanos lida com o passado, a partir das ideias, teorias e tradições que o sustentam. Ao pensamento liberal, predominante no direito internacional, são apresentadas visões alternativas, com distintas formas de lidar com o passado e de projetar o futuro. Em contraposição à racionalidade moderna, a razão anamnética aparece como um importante aporte metodológico para se pensar o conceito fundamental de justiça, dando precedência ao lugar ocupado pela vítima e ao reconhecimento da sua memória. Por outro lado, a teoria republicana é apresentada como alternativa à teoria liberal para se pensar o conceito de liberdade e o papel da política na construção do futuro. Nesse contexto, os direitos humanos aparecem como uma linguagem limitada para lidar com os problemas do passado, primeiramente porque não privilegiam o papel da memória e da vítima, e em segundo lugar porque, por vezes, impõem restrições *a priori* que impedem o recurso a argumentos históricos, colonizando a cultura política. Para analisar o modo como os tribunais lidam com essas questões, é feito um estudo do caso do Chile, mostrando que o direito internacional assume um papel extremamente relevante nos processos envolvendo direitos humanos, e que sua aplicação está sujeita às mesmas críticas a que o direito internacional, abstratamente, está.

**Palavras-chave:** Memória; Republicanismo; Direito Internacional dos Direitos Humanos.

## **ABSTRACT**

This work aims to study how the international law of human rights deals with the past, starting from the ideas, theories and traditions that sustain it. Alternative views to the liberal thought, predominant in international law, are presented, each with its different ways of dealing with the past and projecting the future. In opposition to modern rationality, anamnestic reason appears as an important methodological approach in order to think about the fundamental concept of justice, as it gives precedence to the place occupied by the victim and the recognition of its memory. On the other hand, the republican theory is presented as an alternative to liberal theory so as to think about the concept of freedom and the role of politics in shaping the future. In this context, human rights appear as a limited language to deal with the problems of the past, primarily because they do not emphasize the role of memory and of the victim, and secondly because sometimes they impose *a priori* restrictions that prevent the use of historical arguments, colonizing the political culture. To examine how the courts deal with these issues, a case study is made focusing the Chilean experience, showing that international law plays an extremely important role in cases involving human rights, and that its enforcement is subject to the same criticisms opposed, abstractly, to international law.

**Key-words:** Memory; Republicanism; International Law of Human Rights.

## AGRADECIMENTOS

Ao meu orientador, Professor George Rodrigo Bandeira Galindo, agradeço por ter sido muito mais que alguém que acompanha o trabalho de seus alunos com dedicação obstinada. Porque dividiu comigo sua inspiração e curiosidade e me ajudou a atravessar o desencantamento e chegar ao reencantamento com o direito internacional. Porque me deu muitas ferramentas com as quais explorar minhas ideias, compartilhou comigo suas opiniões e me encorajou sempre.

Às amigas, companheiras de venturas e desventuras, colegas de pesquisa: Carolina Grassi, Tahinah Martins e Daniele Maranhão. Pelos encontros, pelo diálogo, pelo apoio e pela solidariedade de sempre.

Aos colegas do Grupo de Pesquisa em Direito Internacional, pelas discussões entusiasmadas e ricas, com as quais aprendi muito.

Aos colegas do Observatório da Constituição e Democracia e do grupo Sociedade, Direito e Complexidade. A todos os colegas da Pós-graduação, que dividiram comigo as alegrias e angústias de serem mestrandos/doutorandos.

Ao professor Cristiano Paixão, pelas conversas e indicações bibliográficas, e porque me apresentou a temas e reflexões essenciais a este trabalho e aos meus interesses de pesquisa.

Ao professor Marcus Faro de Castro, porque suas aulas me proporcionaram um aprendizado fundamental, sem o qual este trabalho seria impossível.

À Universidade de Brasília e a todos os seus servidores, e em especial à Assessoria Internacional da UnB. A todos os professores do Programa de Pós-graduação em Direito, Estado e Constituição. À Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior-CAPES.

À Universidade do Chile, à Corte Suprema do Chile e ao Tribunal Constitucional do Chile, em especial a Mariluz Vargas e Pilar Arellano.

Ao professor e amigo Márcio Mafra, da Universidade Federal da Bahia, que acompanhou os primeiros passos do meu projeto e sempre me instigou a seguir em frente.

A minha família brasiliense, em especial a Dorinha, Venância e Yann, que me receberam em sua casa de braços abertos e fizeram com que eu me sentisse também em casa nessa cidade que antes parecia tão distante de mim.

A Margarida Medina, pela leitura e revisão deste trabalho, bem como pelo carinho e apoio.

Ao meu irmão, Flávio, e aos muitos amigos que de um modo ou outro acompanharam e apoiaram este trabalho, suportando a minha ausência prolongada, o meu abandono.

Por fim, agradeço a eles que são o começo, meus pais. Pelo apoio e pelo amor sem limites. Por terem atravessado comigo a distância e as saudades imensas, sempre presentes.



Atiramos o passado ao abismo, mas não nos inclinamos para ver se está bem morto.

*William Shakespeare*

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO.....</b>	<b>11</b>
<b>CAPÍTULO 1 – MEMÓRIA, RECONHECIMENTO E JUSTIÇA NO MUNDO</b>	
<b>CONTEMPORÂNEO .....</b>	<b>17</b>
<b>1.1. Memória: conceito, usos e abusos .....</b>	<b>17</b>
1.1.1. <i>Que é a memória: lembranças, esquecimentos, identidade. ....</i>	<i>17</i>
1.1.2. <i>Perigos e abusos da memória.....</i>	<i>26</i>
<b>1.2. Memória, razão, história e justiça.....</b>	<b>29</b>
1.2.1. <i>A contemporaneidade e a história .....</i>	<i>29</i>
1.2.2. <i>Razão anamnética e justiça anamnética: a memória como conceito fundamental para se pensar um futuro melhor que o passado .....</i>	<i>33</i>
1.2.3. <i>Memória, história e justiça .....</i>	<i>38</i>
1.2.4. <i>O exemplo de Hannah Arendt: Os alemães, os nazistas e a ideia de humanidade</i>	<i>40</i>
<b>1.3. Memória e reconciliação: uma análise a partir da teoria do reconhecimento.....</b>	<b>42</b>
1.3.1. <i>A teoria do reconhecimento de Axel Honneth.....</i>	<i>42</i>
1.3.2. <i>Reconhecimento, direito, memória e desrespeito .....</i>	<i>50</i>
<b>CAPÍTULO 2 – PRINCÍPIOS REPUBLICANOS NO DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS: O GIRO HISTORIOGRÁFICO E O PAPEL DAS TEORIAS SOBRE LIBERDADE NA CONTEMPORANEIDADE.....</b>	<b>56</b>
<b>2.1. Por que o passado importa? .....</b>	<b>56</b>
2.1.1. <i>Preliminar metodológica: como devemos olhar para o passado.....</i>	<i>56</i>
2.1.2. <i>Por que devemos olhar para o passado: um aprendizado para o exercício da liberdade .....</i>	<i>59</i>
<b>2.2. Republicanismo: o resgate de uma teoria... esquecida? .....</b>	<b>64</b>
2.2.1. <i>Republicanism, aristotelismo e particularismo .....</i>	<i>64</i>
2.2.2. <i>Princípios republicanos: soberania popular, periodicidade das eleições, separação de poderes, freios e contrapesos .....</i>	<i>69</i>
2.2.3. <i>A teoria neo-romana: liberdade como não-dominação.....</i>	<i>72</i>
<b>2.3. Estados “livres”, direito internacional e direitos humanos: a liberdade na Era dos Direitos.....</b>	<b>83</b>
2.3.1. <i>A liberdade e as soberanias .....</i>	<i>83</i>
2.3.2. <i>Direitos humanos, constitucionalismo internacional e liberdade.....</i>	<i>92</i>
<b>CAPÍTULO 3 – ESTUDO DE CASO: O CHILE.....</b>	<b>98</b>
<b>3.1. O direito internacional visto de fora para dentro: jurisdição universal, imunidade e extradição no caso Pinochet .....</b>	<b>99</b>
3.1.1. <i>Pinochet enfrenta a jurisdição universal na Espanha.....</i>	<i>99</i>
3.1.2. <i>Prisão e pedido de extradição de Pinochet na Inglaterra .....</i>	<i>105</i>
a) <i>Câmara dos Lordes: primeira decisão pela não-imunidade .....</i>	<i>107</i>
b) <i>Câmara dos Lordes: a anulação da primeira decisão .....</i>	<i>110</i>
c) <i>Câmara dos Lordes: a segunda decisão pela não imunidade .....</i>	<i>111</i>
<b>3.2. O direito internacional de dentro para fora: Pinochet, Chena, Savory e outras questões.....</b>	<b>115</b>

3.2.1. Pinochet enfrenta a jurisdição chilena: a perda da imunidade .....	115
3.2.2. Casos Sandoval e Chena .....	120
a) Caso Sandoval .....	120
b) Caso Chena .....	126
<b>3.3. Republicanismo e Memória nos Tribunais: presenças e ausências .....</b>	<b>131</b>
<b>3.4. Fora dos Tribunais: algumas reflexões .....</b>	<b>141</b>
<b>CONCLUSÃO .....</b>	<b>150</b>
<b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>155</b>

## INTRODUÇÃO

Quando ingressei no Programa de Pós-graduação em Direito, Estado e Constituição da UnB, tinha em mente um projeto muito diferente daquele que, no final, motivou essa dissertação. Os temas são os mesmos, mas a minha pergunta mudou imensamente. Tornou-se, ao mesmo tempo, mais realista e mais otimista. Em síntese, quando ingressei no programa, acreditava que o caso Pinochet inaugurava um novo paradigma, em que o direito internacional assumia, finalmente, um protagonismo no combate a realidades injustas, sobretudo no que se referia aos direitos e necessidades mais básicas do ser humano. Eu queria, então, responder a uma inquietação: por que o caso Pinochet havia – acreditava eu – mudado o mundo? Pergunta essa para a qual trazia muitas respostas em que o direito internacional tinha um lugar privilegiado na transformação. Hoje, mais cética quanto às reais conquistas do caso Pinochet, venho aqui, antes de qualquer coisa, para enfrentar minhas premissas primeiras e perguntar: poderia o caso Pinochet mudar o mundo? E refiro-me, evidentemente, a uma mudança em busca de um futuro melhor que o passado, mas para isso é preciso reconhecer que “evoluímos” muito pouco, e que até mesmo os institutos normalmente identificados como salvacionistas, como os direitos humanos, trazem muito de opressão e injustiça.

Mas como falar em progresso sem ser positivista? Como, após o desencantamento com o projeto de mundo da modernidade, podemos ser otimistas em relação ao futuro?

A hipótese que norteia o meu trabalho é que é possível um “aprender para o futuro”, contudo, esse aprendizado só é possível na medida em que abandonamos a racionalidade puramente abstrata e vazia da modernidade/liberalismo para adotarmos uma racionalidade anamnética, ou seja, um tipo de racionalidade em que a memória tem lugar privilegiado. Abandonar a noção de progresso no sentido positivista significa, ainda, admitir que não caminhamos em direção ao progresso, ou em direção a algo melhor, ou ainda, não estamos “evoluindo”. Quero dizer que o futuro não será necessariamente melhor que o passado, mas nós também não podemos descartar essa possibilidade. Ela depende, antes de tudo, de uma escolha por um futuro que seja melhor, é uma possibilidade que não pode ser desprezada. Para isso, progresso não pode ser pensado como acumulação. O espaço que se abre com essa perspectiva é para a liberdade de não querer repetir o passado, de aprender com o passado.

O futuro depende, antes de tudo, de escolhas. E as escolhas nascem da liberdade exercida no espaço político onde são tomadas as decisões da comunidade, decisões que são voltadas para o futuro. É na República que a liberdade política tem seu espaço, e a única esperança que podemos ter de que o futuro seja diferente – e melhor – que o passado é fazer

com que ao passado e, por conseguinte, à memória, seja conferido um papel mais importante e, além disso, legítimo, na atividade política. A tradição republicanista, contudo, não conferiu à memória e à história o poder de influência que lhes caberia se a racionalidade fosse outra, não liberal, mas memorial, ou anamnética, para usar um termo de J. B. Metz.

Aqui, pretendo desenvolver, paralelamente, uma reflexão sobre a memória e uma reflexão sobre a liberdade para, enfim, mostrar o quanto estão distanciados, e o quanto precisariam se aproximar para que pudéssemos ter alguma esperança de um novo olhar, mais auspicioso, mas também mais realista, em direção a um futuro melhor. Para mostrar os descompassos da prática do direito internacional, estudarei o caso do Chile e de seu ex-ditador Pinochet, que serve de exemplo de um passado que, por pressuposto, não devemos repetir e, justamente por isso, com o qual devemos aprender. Nesse caso-paradigma e alguns outros relacionados à mesma realidade, tentarei mostrar o modo como o direito internacional, e sobretudo os direitos humanos, aplicados a um caso concreto, podem nos ajudar e nos atrapalhar nessa tarefa.

O direito internacional dos direitos humanos é um ramo novo e de importância ascendente no direito internacional. Seu desenvolvimento veloz e a crescente institucionalização dos meios de proteção internacional de direitos humanos são comemorados como grandes conquistas por militantes de direitos humanos, acadêmicos e vítimas em todo o mundo. De fato, a linguagem dos direitos humanos constitui, possivelmente, a mais poderosa ferramenta retórica em diversas lutas, considerando que muitas demandas hoje podem ser expressas em termos de direitos humanos, mesmo aquelas relacionadas a outros sistemas do direito internacional.

Neste trabalho, procuro oferecer uma leitura alternativa desse fenômeno, não para deslegitimar os direitos humanos, mas buscando demonstrar que os *direitos* são meios limitados no combate a injustiças *históricas*. Eles apenas traduzem um número circunscrito de demandas e, ao mesmo tempo, calam ou deslegitimam muitas outras. Isso ocorre principalmente porque, embora tenham uma aparente neutralidade, os direitos estão fundados em uma tradição profundamente liberal, que, apesar de conviver com, predomina sobre outras.

A tradição liberal é apresentada em oposição a tradições que valorizam a memória; a racionalidade moderna, em oposição à racionalidade anamnética; e, por fim, o republicanismo é apresentado como uma visão alternativa ao liberalismo enquanto tradição política. Assim, ainda quando esse pensamento não esteja explícito, todo o trabalho dirige uma ampla crítica ao liberalismo, tanto quanto aos seus pressupostos metodológico-científicos, aí incluído o

papel desempenhado pela memória e pela história na crítica, como ainda pelo modo que trata de questões políticas e jurídicas, dando sempre precedência ao jurídico e enfraquecendo a cultura política e sua capacidade de fazer demandas.

Além do papel metodológico da memória, há outro traço essencial para este trabalho, qual seja, o destaque sobre o lugar ocupado pelas vítimas, entendidas de maneira ampla como todas as pessoas que herdaram do passado condições desfavoráveis para sua existência, e em sentido estrito como aquelas que foram vítimas de crimes ou agressões atribuíveis, com culpa, a outra pessoa. Para os dois conceitos adotados, a razão anamnética pode ser articulada à teoria do reconhecimento por um conceito de justiça em que o próprio resgate da memória represente um ato de respeito e de justiça. A liberdade republicana completa o quadro na medida em que pressupõe a igualdade nas relações humanas sem dominação, e determina que ser livre significa poder *olhar nos olhos* do outro.

Após desenvolver essas ideias, volto-me ao estudo do caso do Chile, sobretudo à prática dos tribunais estrangeiros nos processos contra Augusto Pinochet e dos tribunais chilenos em processos relacionados ao período da ditadura militar chilena (1973-1990). O estudo não tem por objetivo fazer uma análise ampla da realidade chilena e nem mesmo de todas as decisões relevantes da Corte Suprema do Chile, mas, simplesmente, analisar a recorrência a argumentos e normas de direito internacional na solução de questões internas, com raríssimas referências a argumentos republicanos. Os processos concentram-se, ainda, na condenação dos “carrascos”, relegando às vítimas e a sua memória um caráter coadjuvante ou mesmo inexistente.

Durante a pesquisa, tive a oportunidade de realizar um intercâmbio acadêmico no Chile. O programa de intercâmbio em questão aconteceu nos moldes de um Convênio entre as Cortes Supremas do Mercosul, e envolveu atividades na Universidade do Chile, na Corte Suprema do Chile e no Tribunal Constitucional do Chile. Essa não era uma atividade prevista, inicialmente, no meu projeto de pesquisa. A vaga para fazer um intercâmbio justamente nesse país foi uma feliz coincidência para mim, pois me permitiu obter um olhar mais próximo e atento aos pontos de vista dos chilenos, o que acabou por influenciar muito o meu entendimento sobre o objeto dessa dissertação. Embora a minha estadia de quase cinco meses em Santiago não tenha implicado nenhum trabalho de campo, os estágios na Corte Suprema e no Tribunal Constitucional auxiliaram-me não apenas na compreensão do funcionamento institucional, mas, sobretudo, da teoria e da prática da aplicação do direito internacional dos direitos humanos. Acima de tudo, acredito que esse intercâmbio provocou em mim muitas dúvidas, mas, ao mesmo tempo, despertou novas sensibilidades para enfrentá-las.

O trabalho foi estruturado em três capítulos, cada um com várias subdivisões. No primeiro deles, intitulado “Memória, reconhecimento e justiça no mundo contemporâneo”, a memória é a linha que conduz a discussão através de três enfoques que se complementam. O primeiro deles é conceitual, e diz respeito ao próprio significado do termo memória, que será entendido como fenômeno complexo, abrangendo não apenas lembranças, presenças e consciências, mas também esquecimentos, ausências e hábitos. Além disso, abordo também os perigos e abusos mais comuns da memória, que fazem dela um terreno sobre o qual é difícil locomover-se. O segundo enfoque é aquele que propõe que a memória é um conceito fundamental para se pensar um futuro melhor que o passado. Ele está articulado em dois momentos que se entrecruzam: o primeiro é metodológico, e enfrenta as limitações da razão moderna e da ciência moderna no que se refere ao lugar da memória; o segundo procura articular a memória com o ideal de justiça. Por último, o terceiro enfoque parte da teoria do reconhecimento de Axel Honneth para analisar o modo como a experiência de negação de memória é sentido pela vítima, o que novamente remete ao tema da justiça associado aqui ao respeito e ao reconhecimento, aptos a restaurar as relações igualitárias entre pessoas, que em última instância dependem de uma relação positiva consigo mesmo.

O segundo capítulo leva o título de “Princípios republicanos no direito internacional dos direitos humanos: o giro historiográfico e o papel das teorias sobre liberdade na contemporaneidade”. Nele, o republicanismo é o mote para discutir o tema da liberdade. O capítulo está estruturado em três partes, sendo a primeira delas uma reflexão metodológica sobre o passado e a possibilidade de ampliação de liberdade no horizonte de escolhas sobre o futuro, inclusive em relação à disciplina do direito internacional. É preciso atentar para o fato de que existe uma ambiguidade no sentido da palavra liberdade: a liberdade ampliada pelo conhecimento para a escolha de um futuro melhor, e a liberdade republicana, que se refere a um conceito mais específico e político da palavra. Na segunda parte desse capítulo, faço um estudo do republicanismo em três itens: um para situar o republicanismo na ampla tradição filosófica aristotélica, outro para delimitar quais seriam os principais princípios republicanos dos quais somos tributários, e, por fim, um terceiro é dedicado ao aspecto mais esquecido da teoria republicana: o seu ideal de liberdade como ausência de dominação. Finalmente, na terceira parte desse capítulo, o direito internacional e os direitos humanos são confrontados com as ideias republicanas, revelando algumas inconsistências e insuficiências da abordagem predominantemente liberal do direito internacional.

No terceiro e último capítulo, faço um estudo do caso do Chile sob o prisma oferecido pelos dois capítulos anteriores. Os dois primeiros tópicos desse capítulo descrevem os

processos contra Augusto Pinochet na Espanha, Inglaterra e Chile, bem como dois outros casos em que os tribunais chilenos enfrentam o problema do conflito entre o direito interno e o direito internacional no julgamento de crimes internacionais relacionados ao período da ditadura militar chilena. Na Espanha, Pinochet foi processado por diversos crimes praticados em território chileno com fundamento na jurisdição universal prevista na legislação espanhola. Na Inglaterra, Pinochet ficou preso enquanto o pedido de extradição da Espanha era julgado, tendo sido analisada, principalmente, a questão da imunidade diplomática. Finalmente, o ex-ditador e Senador vitalício perdeu sua imunidade parlamentar no Chile. Em todos os casos, os argumentos dos tribunais são revelados, possibilitando-se assim uma visão de como eles interpretam e aplicam o direito internacional dos direitos humanos em casos concretos.

Como os processos criminais contra Pinochet no Chile não chegaram a uma sentença de mérito, dois outros casos chilenos são estudados, por ser essencial para perceber como o próprio Chile aplica o direito internacional. Nos casos Sandoval e Chena, a lei de anistia chilena é confrontada com normas de direito internacional dos direitos humanos. Os dois casos, de modo semelhante aos processos contra Pinochet, são descritos e neles se nota uma presença ainda mais marcante dos fundamentos de direito internacional. A análise dessas decisões, bem como das descritas anteriormente, é realizada no penúltimo tópico do capítulo. Nele defendo que a aplicação prática do direito internacional está sujeita às mesmas críticas feitas em abstrato nos dois primeiros capítulos, pois confirmam o pensamento eminentemente liberal, mesmo quando outras abordagens poderiam oferecer saídas semelhantes. Ao final, levanto algumas questões relevantes para além das decisões dos tribunais, com a finalidade de oferecer um contraponto, mas sem pretender com isso fazer uma leitura completa ou conclusiva. Na realidade, essas questões ficam em aberto, visto que minha aspiração ao trazê-las é mostrar que questões complexas se espraiam muito além dos tribunais e que esses são instâncias insuficientes e limitadas para lidar com problemas como memória e liberdade.

Esclareço que fiz uma opção consciente de utilizar a primeira pessoa do singular para me referir às minhas opiniões e ideias, enquanto o plural é usado como modo de enfatizar uma eventual coletividade na qual me insira. Evidentemente, é uma escolha metodológica importante, que vai muito além do modo como uma pessoa se expressa: a neutralidade do sujeito é uma ficção insuperável, e acredito que seja mais honesto expô-lo por inteiro, ao invés de dissimulá-lo. Aliás, seria incoerente com o meu trabalho não assumir o meu lugar de autora, tendo em vista que dirijo críticas à ciência e à racionalidade modernas. Atribuo boa parte do meu modo de ler o mundo a minha história, e acredito que não seja diferente para os



outros sujeitos. O sujeito que escreve esta dissertação sou eu, Natália Medina Araújo, brasileira, nordestina, nascida em mil novecentos e oitenta e quatro na cidade do São Salvador, neta de católicos, filha de ateus, amante das artes, mulher, inconformista e otimista, entre tantas outras coisas.

Por fim, quanto às traduções que fiz das citações, decidi manter sempre o texto original para fins de comparação, mesmo porque utilizo um volume grande de referências em língua estrangeira, inclusive legais e jurisprudenciais, cuja tradução não é isenta de riscos. As citações no corpo do texto foram traduzidas em todos os casos, com o objetivo de tornar a leitura fluida. Para as citações em espanhol com mais de três linhas, que ficam destacadas do texto principal, não ofereci nenhuma tradução, levando em conta que o espanhol é um idioma-irmão do português e que, além disso, este trabalho estuda o caso de um país hispanófono. Mas mantive a tradução nos mesmos padrões do caso anterior para os demais idiomas. Finalmente, quanto às citações que aparecem apenas em notas de rodapé, não apresentei nenhuma tradução, em primeiro lugar porque as notas apenas esclarecem ou ilustram as ideias principais, e, em segundo lugar, porque os idiomas em questão são amplamente dominados no ambiente acadêmico.

## CAPÍTULO 1 – MEMÓRIA, RECONHECIMENTO E JUSTIÇA NO MUNDO CONTEMPORÂNEO

### 1.1. Memória: conceito, usos e abusos

#### 1.1.1. *Que é a memória: lembranças, esquecimentos, identidade.*

Embora hoje se fale de um “boom da memória” (BODEI, 2004) – ao menos de um tipo de memória<sup>1</sup> – a discussão sobre a memória era bastante intensa já entre os antigos. Em Platão, o foco do debate está na contraposição entre imitação (*phantasma*) e a “arte de copiar” de maneira fiel. A imagem copiada, a lembrança, ou semelhança, é um “irreal não ser”, mas não exclui, antes pressupõe “a possibilidade de arrancar o discurso verdadeiro à vertigem da falsidade e de seu real não ser. Assim, ficam preservadas as possibilidades de um ícone verdadeiro” (RICOEUR, 2007, p. 32). Mas é em Aristóteles que nasce uma preocupação central da relação entre memória e tempo. “A memória é do passado”, diz Aristóteles, “[é] o contraste com o futuro da conjectura e da espera e com o presente da sensação (ou percepção) que impõe esta caracterização primordial”, explica Ricoeur (2007, p. 35). Também em Aristóteles está presente a discussão sobre a relação entre memória e imaginação.

Seu vínculo assegurado pela pertinência à mesma parte da alma, a alma sensível, segundo um modo de divisão já praticado por Platão. Mas a dificuldade está em outro lugar. A semelhança entre as duas problemáticas dá uma nova força à velha aporia do modo de presença do ausente: “Poderíamos indagar como, quando a afecção está presente, mas a coisa está ausente, nós nos lembramos daquilo que não está presente (RICOEUR, 2007, p. 35-36).

A maior contribuição de Aristóteles, contudo, está numa distinção que, de um modo ou de outro, se fará presente em todo estudo da memória daí para frente. É a distinção entre *mnēmē* e *anamnēsis*, sendo a primeira a simples presença da lembrança, aquela que surge por evocação, quando não esperamos ou mesmo quando não queremos, porque algo – uma imagem, um som, um cheiro, enfim, alguma semelhança – nos remete a ela. “Com a rememoração enfatiza-se o retorno à consciência despertada de um acontecimento reconhecido como tendo ocorrido antes do momento em que esta declara tê-lo sentido, percebido, sabido” (RICOEUR, p. 73). A segunda consiste no esforço de recordação, é a

---

<sup>1</sup> A memorização era uma arte muito mais presente num mundo sem livros, em que obras inteiras eram memorizadas e o conhecimento (enquanto acumulação) dependia inteiramente de técnicas de memorização (WEINRICH, 2001).

memória que por vezes temos dificuldade de acessar, mas está lá, disponível em nós, embora nem sempre tão acessível.

Possivelmente, a mais relevante pergunta sobre a memória é se podemos confiar nela, ou melhor, se existe uma memória certa.<sup>2</sup> Se a memória é do passado, e o passado é algo além de pura fantasia, então a confiança na memória, em algum nível pelo menos, é inevitável se nos pensamos historicamente. Em última análise, “o que justifica essa preferência pela memória certa é a convicção de não termos outro recurso a respeito da referência ao passado, senão a própria memória, que tem por isso uma pretensão de ser fiel ao passado” (RICOEUR, 2007, p. 40). Outro motivo relevante para reverenciarmos a memória na condição de ponte que liga ao passado é que memória é também aprendizado. É porque as ideias podem ser retidas pela memória que é possível eventualmente retomá-las, embora “sempre com a ideia secundária debilitante de que se trata de coisa passada”. Acontece que essa capacidade de retenção e de posterior retomada, que permite a comparação entre passado e presente, é uma “condição importante para conquistar experiência e saber” (WEINRICH, 2001, p. 99).

A memória se manifesta de múltiplas formas, mesmo quando não se percebe a sua presença. Em oposição à memória-lembrança – um tipo de memória marcada pela anterioridade – está a memória-hábito, que também pressupõe uma experiência anterior, mas que se incorpora de tal modo à vivência presente que a referência ao passado é perdida, ou seja, já não importa a experiência inicial na consciência daquele que não lembra, mas repete um padrão estabelecido pela memória. Os nossos hábitos são impressões da memória, ainda que não gerem uma remissão a um tempo passado, ainda que sequer gerem a consciência de que eles são também memórias. Portanto, em ambos os casos, “continua sendo verdade que a memória ‘é do passado’, mas conforme dois modos, um não marcado, outro sim, da referência ao lugar no tempo da experiência inicial” (RICOEUR, 2007, p. 43).

Volto agora aos pares *mnēmē* e *anamnēsis*, com base nos quais Ricoeur desenvolve o par de oposições da memória como evocação e da memória como busca. Enquanto o primeiro tipo se refere a uma memória natural – no sentido de que surge, não é provocada intencionalmente – o segundo, por exigir uma busca ativa, pode ser interpretado como um tipo de memória artificial. A arte da memorização, ou mnemotécnica, utilizando-se de artifícios ou técnicas que objetivam ampliar a capacidade de memorização – evitando assim a

---

<sup>2</sup> O autor Paul Ricoeur (2007) chama a atenção para o fato de que muitos autores abordam a memória a partir de suas deficiências, postura com a qual não concorda. Na obra que aqui utilizo, ele busca ir além desse entendimento comum resgatando também pontos positivos da memória.

ação do esquecimento sobre fatos ou eventos que a nossa memória natural consideraria pouco relevantes para guardar – está ligada ao abuso da memória artificial (RICOEUR, 2007).

A memorização é não apenas útil, mas até mesmo necessária para a transmissão de conhecimentos acumulados pela sociedade e transmitidos, por exemplo, nas disciplinas escolares e nos conhecimentos profissionais em diversas áreas. Ela consiste “em maneiras de aprender que encerram saberes, habilidades, poder-fazer, de tal modo que estes sejam fixados, que permaneçam disponíveis para uma efetuação, marcados do ponto de vista fenomenológico por um sentimento de facilidade, de desembaraço, de espontaneidade”. É um processo que visa à efetuação fácil, rápido acesso, “forma privilegiada da memória feliz” (RICOEUR, 2007, p. 73).

É na memória-busca que encontramos uma das facetas mais explícitas do esquecimento, aquela que luta contra a recordação. “[O] esquecimento é designado obliquamente como aquilo contra o que é dirigido o esforço de recordação.” Quando buscamos algo que tememos ter esquecido, não sabemos ainda se tal esquecimento é provisório ou definitivo, e “[e]ssa incerteza quanto à natureza profunda do esquecimento dá à busca o seu colorido inquieto” (RICOEUR, 2007, p. 46).

Assim, é possível concluir que o esquecimento tem um papel verdadeiramente ativo na memória, ele até mesmo faz parte da memória porque nos lembramos do esquecimento. E se por um lado a busca da lembrança tem no esquecimento uma sombra indesejável, é também verdade que, em outras ocasiões, é a lembrança que assume o papel de assombração, quando desejamos esquecer algo e não conseguimos.

[B]oa parte da busca do passado se encaixa na tarefa de não esquecer. De maneira mais geral, a obsessão do esquecimento passado, presente, vindouro, acrescenta à luz da memória feliz a sombra de uma memória infeliz. Para a memória meditativa – *Gedächtnis* -, o esquecimento continua a ser, ao mesmo tempo, um paradoxo e um enigma. Um paradoxo, tal como o expõe Santo Agostinho retórico: como *falar* do esquecimento senão sob o signo da lembrança do esquecimento, tal como o autorizam e caucionam o retorno e o reconhecimento da “coisa” esquecida? Senão, não saberíamos que esquecemos (RICOEUR, 2007, p. 48).

Que batalhas serão vencidas por cada parte, na luta entre memória e esquecimento, é uma questão complexa, pois, para além do uso de técnicas de memorização, muitas dessas batalhas independem de uma vontade consciente. Por que será que Rousseau, que se disse um

homem de pouca memória,<sup>3</sup> foi capaz de escrever uma autobiografia com vivos detalhes de remotos anos de sua vida? A resposta a essas perguntas nos remete novamente à presença daquilo que foi esquecido. Se, por um lado, os fatos da vida podem ser seguidamente esquecidos, o mesmo não acontece com os valores emocionais negativos e positivos a eles correspondentes (WEINRICH, 2001, p. 102). Esses valores emocionais, quando não são acompanhados da memória dos fatos a eles correspondentes, são de grande valor e integram a memória em sentido amplo, pois também representam um vínculo subjetivo com o passado, formando, inclusive, identidades individuais e coletivas.

Esquecer não é menos importante que lembrar, já que a memória é formada de lembranças e não-lembranças. Os esquecimentos também são ativos e ocupam o seu espaço. A personagem de Jorge Luis Borges, Irineu Funes, dono do dom incrível de lembrar-se de absolutamente tudo (dos gestos mais insignificantes, de todas as imagens, palavras e eventos, sem exceção) afirma, sem nenhum espanto: “minha memória, senhor, é como o despejamento dos lixos” (BORGES, 1998a, p 543). Funes vivia num mundo vertiginoso de lembranças e, por isso mesmo, era incapaz de pensar. Assim nos diz o narrador da história, sobre Funes: “tinha aprendido sem esforço o inglês, o francês, o português, o latim. Suspeito, entretanto, que não era muito capaz de pensar. Pensar é esquecer diferenças, é generalizar, abstrair.” (BORGES, 1998a, p 545).<sup>4</sup>

Caso semelhante, mas desta vez real, é relatado por Harald Weinrich, buscando responder se existe uma arte do esquecimento (letotécnica, em oposição à arte da memória, mnemotécnica). O caso é contado pelo Dr. Lurija, cujo paciente sofria de hipermnésia.

O paciente, que ‘tudo que sabe, aprende, vive, entra infalivelmente em sua memória e ali se prende por um tempo imprevisível. É um homem que não consegue esquecer de nada. Será um problema terapêutico?’ [...] O autor, [...] não se interessa apenas pelas façanhas ilimitadas dessa memória singular, mas também por toda a estrutura mental desse ser humano que tem consideráveis dificuldades em formar um conceito generalizado tão simples como “cachorro”, no qual têm de ser esquecidas tantas características individuais de tantos cachorros individuais” (WEINRICH, 2001, p. 150).

---

<sup>3</sup> Weinrich (2001, p. 101) relata que “segundo sua própria avaliação, Jean-Jaques Rousseau tinha ‘só um pouquinho de memória’ (*un peu de memoire*), pois no salão filosófico-literário de Paris da época não lograva muito sucesso em responder rapidamente com citações gravadas na memória para diversas ocasiões, como era o costume da época. E tanto mais se rebelava contra essa situação e esforçava por trabalhar a sua memória, tanto mais ela o abandonava, “recusando-se a prestar esses serviços antinaturais”.

<sup>4</sup> Outro personagem de Borges demonstra preocupação semelhante. Ele diz: “um rosto, uma palavra, uma bússola, um anúncio de cigarros poderiam enlouquecer uma pessoa, se esta não conseguisse esquecê-los: Não estaria louco um homem que continuamente tivesse em mente o mapa da Hungria?” (BORGES, 1998b, p. 644)

O esquecimento, portanto, é indispensável ao pensar, e isso pelo simples fato de que nosso pensamento não comporta infinitos particulares, ele exige generalizações. Trata-se de uma limitação física e psíquica muito anterior à consciência de que existem memórias dolorosas e que algumas coisas têm de ser esquecidas. Antes de enfrentar, pois, a questão de por que nos esquecemos ou nos lembramos de determinados acontecimentos, fixemos uma premissa: não é possível se lembrar de tudo, por isso a memória filtra e separa aquilo que deve ser lembrado do que precisa ser esquecido. Alcançar uma memória feliz não parece uma tarefa fácil. Lembramo-nos daquilo que queremos esquecer (por evocação, sem qualquer esforço), esquecemo-nos daquilo que desejamos lembrar (apesar do esforço para lembrar),<sup>5</sup> e isso sem mencionar qualquer aspecto moral do lembrar e esquecer. Será a memória guiada pelo *dever* de lembrar ou pela obrigação de esquecer? As determinantes morais tornam ainda mais complexas as atividades da memória, sobretudo quanto à memória coletiva, onde também se trava uma batalha entre memória e esquecimento.

A obrigação de esquecer foi uma cláusula jurídica corrente na Europa dos séculos XVII e XVIII, e normalmente impunha o esquecimento das ações de guerra num acordo de paz. A ‘ordem para esquecer’, conhecida como ‘anistia e olvido’ (*amnestie et oubli*) impunha a renúncia de todas as dívidas e punições. Até mesmo a *Paz de Vestfália* – evento muito caro ao direito internacional – previu o ‘perpétuo esquecimento e anistia’. O mesmo ocorreu após a Revolução Francesa, pois quando Luís XVIII assumiu o governo, em 1814, ele prometeu unidade e esquecimento (*union et oubli*) (WEINRICH, 2001, p. 237).

A outra determinante moral da memória, em sentido contrário, é o dever de lembrar. O dever de memória é requerido “algumas décadas após os horríveis acontecimentos de meados do século XX”, particularmente na Europa ocidental (RICOEUR, 2007, p. 99). Essa obrigação pode ser vista, em primeiro lugar, como uma resistência ao dever de esquecimento, e existe, ainda, desde Auschwitz entre Alemanha e Israel, ligando os dois povos (WEINRICH, 2001, p. 238). Na América Latina, é um fenômeno mais recente, e uma resposta posterior às anistias das décadas de 1970 e 1980.<sup>6</sup> Em diversos Estados, criam-se comissões da memória e da

---

<sup>5</sup> WEINRICH (2001, p. 238) relata a máxima do moralista espanhol Baltasar Gracián (1601-1685): “Saber esquecer! Mas ele explica que isso “é antes uma sorte do que uma arte. [...] A memória não é apenas rebelde porque nos deixa na mão quando mais precisamos dela, mas também é insensata, pois chega correndo quando não é hora”.

<sup>6</sup> São exemplos a Argentina, com a Lei do Ponto Final (Lei 23.492, de 29 de dezembro de 1986) e a Lei da Obediência Devida (Lei 23.521, de 9 de junho de 1987); o Uruguai (Lei 15.848, de 1986); e o Chile (Decreto-Lei n 2.191, de 19 de abril de 1978). No Brasil, a anistia foi concedida nos termos da Lei 6.683, de 28 de agosto de 1979.

verdade, museus, monumentos, e tudo isso ligado ao lema do “*Nunca más*”, estabelecendo, assim, uma conexão íntima entre o lembrar e o não repetir.<sup>7</sup>

O que há de mais relevante nesse dever de memória é o fato de ele veicular uma pretensão de justiça que não está presente nas batalhas travadas no campo da memória natural. “É a justiça que, ao extrair das lembranças traumatizantes seu valor exemplar, transforma a memória em projeto; e é esse projeto de justiça que dá ao dever de memória a forma do futuro e do imperativo” (RICOEUR, 2007, p. 101). Sobre a relação do dever de memória com a ideia de justiça, Ricoeur chama à atenção o fato de que nela reside tanto o bom uso como o abuso da memória, e que esse abuso está ligado exatamente ao manejo da ideia de justiça.

A constante disputa por espaço entre lembrança e esquecimento é enriquecida de novos aspectos na medida em que passa do plano individual para o coletivo. A memória é parte de identidades coletivas,<sup>8</sup> que se constroem paulatinamente e que podem também, repentinamente, desaparecer. Como a identidade é móvel e mutável (TODOROV, 2002), as mudanças são naturais, mas os traumas de grande porte às vezes fazem desmoronar, maciçamente, as memórias da família, da comunidade e dos Estados (FLORES, 2001, p. 36). A esses momentos, Remo Bodei chama de *viradas de memória* ou *apostasia coletiva*, em que o passado é abnegado como uma forma de tentar compreender, excluindo-se aquilo que estava “errado” (BODEI, 2004).

A esse propósito, o autor formula a seguinte pergunta: *Por que se esquece ou se renega, repentinamente, o próprio passado?* Para respondê-la, propõe algumas jogadas teóricas e, ao final, reformula a sua questão, em termos mais impessoais: *Por que razões o passado se esquece ou se modifica?* (BODEI, 2004).

A primeira jogada é a inversão da pergunta. Ao questionarmos por que esquecemos, estamos, na verdade, partindo do pressuposto de que a lembrança é a regra. A lembrança, mais que o esquecimento, necessita de uma justificação, uma base de sustentação. O

---

<sup>7</sup> O *Museo de la memoria y de los derechos humanos*, em Santiago, no Chile, inaugurado em janeiro de 2010, é um bom exemplo desse fenômeno. Ele tem por lema o *Nunca más* e possui uma grande quantidade de informações sobre o período da ditadura de Pinochet (1973-1990). O museu possui o seguinte domínio na Internet: <[www.museodelamemoria.cl](http://www.museodelamemoria.cl)>.

<sup>8</sup> Sobre tema da transmissão de conhecimento e cultura e a formação da identidade – questões inseparáveis, já que o ensino do idioma, da literatura entre outros conhecimentos estão imbuídos de questões identitárias – Ricoeur ressalta que: “toda sociedade tem o encargo da transmissão, através das gerações, daquilo que ela considera suas conquistas culturais. Aprender é, para cada geração, fazer a economia [...] do esforço exaustivo de reaprender tudo a cada vez” (RICOEUR, 2007, p. 75). A memória, assim, não é apenas um aspecto da identidade coletiva, é também uma necessidade para a sobrevivência na sociedade, dado que reaprender tudo (ou, como se usa dizer coloquialmente, “reinventar a roda”), não é uma opção factível.

esquecimento não é só uma amnésia ou anistia de um passado extremamente doloroso ou desagradável, mas “ele depende também, de maneira positiva, do desaparecimento das energias que (ativamente) moldam e promovem e (passivamente) sustentam e conservam a memória histórica e o sentido de pertencer a uma comunidade.” Ou seja, “o esquecimento é produzido pelo desaparecimento ou pelo recuo das forças que mantêm vivas, legitimam e transmitem as memórias e as crenças compartilhadas”. Assim sendo, o esquecimento pode ser causado pela ausência de sustentabilidade da memória no plano coletivo, e não necessariamente por uma violência ou um trauma que não podemos suportar. Ao perder a sua sustentação (em instituições, hábitos, recorrências etc.) a memória apaga-se e transforma-se em esquecimento (BODEI, 2004, p. 45-46).

A jogada seguinte denuncia uma aparente anomalia, qual seja, o paradoxo da mutabilidade do passado e de um “passado que não passa”. Mas essa aparente anomalia pode ser explicada admitindo-se que os acontecimentos impregnados de sentido não o desprendem de uma só vez, mas que continuam a soltá-lo gradativamente e ao longo do tempo. Ou seja, “há experiências que não se esgotam na primeira interpretação, dada de imediato, justamente por conterem um excesso – e não um defeito – de sentido.” Disso podemos ainda extrair uma consequência: a de que existem várias verdades ou, pelo menos, uma pluralidade de facetas do mesmo acontecimento e que, devido a certas latências de sentido, o trabalho do historiador contemporâneo nunca poderia ser substituído por um historiador hipotético num momento futuro. Este poderia extrair do acontecimento sentidos que o contemporâneo não pode, mas o contrário também ocorre (BODEI, 2004).

A imagem trazida em outra jogada pode ilustrar bem isso. Nela, o autor nos fala que o passado não conflui todo no presente e entende ser “mais produtivo conceber o presente como um regime fluvial de poucos afluentes, que avança em direção a fozes tortuosas, do tipo delta, com canais assoreados”. Isso ocorre devido aos excessos de sentido, que provocam latências e aparentes ausências, mas estas podem ter manifestações futuras, na medida em que o sentido aparece. O historiador deve estar atento a mais este detalhe: compreender não é tanto incluir como excluir elementos posteriores no nosso horizonte atual de inteligibilidade, é preciso, por isso, para compreender, saber também o que era ignorado e o que foi descartado (BODEI, 2004).

A jogada final chama a atenção para a existência de uma cumplicidade conflituosa entre memória e esquecimento. O esquecimento é indispensável para a memória tanto quanto a memória para o esquecimento. O esquecimento “não corresponde ao simples vazio [...] à sua maneira, o esquecimento também tem substância e solidez, é cheio.” O esquecimento,



portanto, não deixa espaço para as lembranças se moverem livremente. Assim, há uma disputa de espaço entre memória e esquecimento, ambos lutando para não serem derrotados, num verdadeiro campo de batalha (BODEI, 2004, p. 64).

Se memória e identidade são conceitos que se aproximam, já que uma das principais funções da memória é moldar e afirmar a identidade do indivíduo e do grupo, isso não significa dizer que a identidade se reduza à memória. A identidade é formada, também, por elementos do presente e do futuro. O passado não é a única e nem, necessariamente, a mais importante face da identidade, mas hoje, com a proliferação do culto à memória e o “boom da memória”, é principalmente no passado que se firma a identidade coletiva (WINTER, 2006). Já em períodos revolucionários, é sobretudo na expectativa do futuro e num abandono radical do passado que ela irá se fundar. Assim como a memória, também a identidade não tem nenhum valor moral intrínseco, nem tampouco os atos que a reforçam. Contudo, certo é que a identidade é um imperativo de pertencimento ao mundo e, justamente por isso, não pode ser vista como estática ou rígida, mas como móvel e múltipla (TODOROV, 2002. p. 199).

O pertencimento ao mundo é também pertencimento ao nosso tempo, à nossa época, era ou século. Mas a identidade no nosso tempo está profundamente arraigada ao passado e à memória, então, a situação é paradoxal. Resta (2008, p. 182) ressalta como uma característica do moderno ser chamado a responder sem ser responsável, a responder pelo seu passado. Como exemplo, o preâmbulo da Constituição europeia, que afirma que os povos europeus têm orgulho de sua identidade, mas estão atentos aos horrores do passado, que devem ser superados de comum acordo. Entretanto, como será abordado mais adiante, essa “responsabilidade” pelo passado se relaciona muito mais à herança – ao fato de que somos herdeiros do nosso passado, inclusive das injustiças cometidas então – que propriamente à ideia de culpabilidade (MATE, 2003; RICOEUR, 2007).

A apropriação (supra)estatal do tema memória e identidade é muitas vezes responsável pelo crescimento da consciência coletiva do passado, mas essa apropriação nem sempre é positiva. Marcello Flores (2001) compara o caso dos países que passaram pela transição democrática, em que a memória foi recuperada num momento mais intenso de passagem e depois abandonada, com os países em que a memória foi usada como instrumento de construção ou consolidação do próprio Estado. No segundo caso, foi usada para ‘cegar’ as pessoas quanto a crimes cometidos pelo poder estatal. A democracia não é garantia de uma memória não-falseada, mas é a única alternativa em que isso se torna possível, pelo menos. Há que haver um enfraquecimento da “pressão identitária”, permitindo-se à memória “que

desenvolva o seu papel no momento – não único e prevalente e, todavia, importante – da consciência coletiva” (FLORES, 2001, p. 391).

A propósito da possibilidade de reformulação do passado na (re)construção da identidade coletiva após momentos de viradas da memória, voltemos a Remo Bodei. Esse autor nos mostra como o passado é moldado para integrar a identidade, sempre mutável, do nosso tempo. Isso porque memória e esquecimento não representam, na verdade, terrenos neutros, mas verdadeiros campos de batalha, em que se decide, se molda e se legitima a identidade, especialmente a coletiva. E isso ocorre de maneira contínua, embora não linear, já que as latências do passado podem se manifestar, dando a impressão de um retorno. Diz o autor que o passado pode até mesmo “regenerar-se por meio do ‘encadeamento’ dos rastros residuais”. Assim, uma nação ou grupo poderia reencontrar sua identidade, “mesmo após um longo intervalo de opressão e de tentativas, levadas adiante pelos adversários, de cancelá-la, manipulá-la, falsificá-la, apossando-se dela”. Os fatores da identidade podem ser reprimidos até certo ponto, além do qual “explodem” (BODEI, 2004, p. 55).

A reconstrução da identidade a partir da memória do passado deve estar sempre atenta às “armadilhas” do *nativism* ou petrificação arcaica e da ideia de que a memória resume-se a um acúmulo do passado. A primeira é uma armadilha da nostalgia, que forma identidades rígidas, de acordo com a crença de que existe uma “essência”, ou uma ontologia da comunidade, que sempre foi e sempre será da mesma forma. A segunda, embora abra espaço para a reconstrução histórica, incorre no erro de imaginar um passado imutável, como se a identidade pudesse ser um acúmulo histórico, sempre mais densa e plena. A identidade defendida por Bodei (2004) é uma construção ininterrupta. Apenas assim a identidade pode dar um sentido de pertencimento ao nosso tempo. Essa ideia de identidade é definida também por Todorov (2002) quando afirma que a identidade é “móvel e múltipla”.

A memória é, portanto, um complexo de lembranças e esquecimentos, presenças e ausências do passado que, consciente ou inconscientemente, influenciam no momento presente. Esse sentido amplo da memória opõe-se ao entendimento da memória como lembrança ou consciência. Um conceito de memória amplo é mais adequado porque a memória inconsciente, a memória esquecida, é muitas vezes aquela que mais negativamente influi o momento presente, através da repetição da memória, como veremos mais adiante. Além disso, é preciso notar que mesmo aquelas lembranças que supostamente estão disponíveis para nossa consciência não estão em disponibilidade o tempo inteiro. Como nunca podemos estar seguros de não esquecer, é muito difícil traçar uma distinção ontológica entre os diversos tipos de memória enquanto eles permanecem indisponíveis para nossa ação ou

atividade consciente. Prefiro, então, um conceito ampliado por entendê-lo como mais completo e realista, já que engloba sub-conceitos (lembração, esquecimento, hábitos) essenciais à própria memória.

Memória e identidade caminham juntas e são interdependentes, mas nenhuma das duas se esgota na outra. Suas relações são profundas e, ainda assim, a memória serve a fins bem maiores que o de moldar a identidade. A identidade, por sua vez, utiliza-se da memória, mas de maneira sempre dinâmica, apostando num futuro comum, e pode, inclusive, a partir do conhecimento do passado, renegá-lo e procurar construir um futuro que não seja a sua repetição.

### *1.1.2. Perigos e abusos da memória*

A memória, em si mesma, não tem qualquer valor moral, pode ser usada para o bem ou para o mal. Nada garante que nos identificaremos sempre com a vítima, e não com o carrasco. E a exposição às atrocidades, seja na condição de vítimas individualmente consideradas, seja através da memória coletiva, não significa que a história não se repetirá, e que quem sofreu a violência não seja justamente quem a pratique depois. E se, como pergunta Todorov (2002), ser colocado ante a barbárie não for um antídoto contra ela? Ou pior: e se ser colocado ante a barbárie apenas nos torne insensíveis e incapazes de compaixão?

Os exemplos históricos em que percebemos no atual carrasco uma ex-vítima são frequentes. O sofrimento padecido parece não ter a capacidade de enobrecer quem afeta. Nada impede que possa mesmo reforçar a nova agressão, como na forma de uma vingança. No plano individual, isso é muito claro: crianças que sofrem violência têm mais chances de se tornarem violentas quando adultas (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 2009). Já é um lugar comum: violência gera mesmo violência. O problema é que, muitas vezes, as vítimas novas nada têm a ver com os antigos agressores, o que produz um ciclo de perpetuação da violência (TODOROV, 2002, p. 201).

Contudo, esse não é o único caminho possível. A memória pode ser mais que um apego nostálgico ao passado, em que se tenta explicar, sem compromissos morais ou intelectuais, os eventos traumáticos (BODEI, 2004). A memória tem algo a nos ensinar. O problema é que os benefícios que esperamos obter podem ser neutralizados ou desviados através da sacralização ou da banalização (TODOROV, 2002). Sacralizar significa isolar radicalmente a lembrança, tornando-a ideal ou sagrada, intocável, incomparável com qualquer

outro evento. Paradoxalmente, é o apego à memória em sua particularidade, em suas especificidades e minúcias. O problema da sacralização é não extrair qualquer lição para o resto da humanidade. A memória da violência sofrida pode, juntamente com os objetos e imagens que a representam, virar uma peça de museu a ser cultuada, admirada e preservada, sem, contudo, qualquer serventia para a nossa vida diária. Ao sacralizar, tornamo-nos incapazes de enxergar o que há de semelhante entre o antigo e o novo, entre o outro e o eu, e assim extrair do passado as lições que nos impediriam de repetir sempre os mesmos erros (TODOROV, 2002).

A banalização, por seu turno, é a assimilação abusiva do presente ao passado: todo e qualquer evento é equiparado à memória passada, anulando totalmente as especificidades tanto do passado quanto do presente (TODOROV, 2002). Desse modo, passado e presente se tornam ininteligíveis, misturados numa massa indistinta de eventos que não possuem qualquer lógica, que não estão contextualizadas no tempo ou no espaço e cujas implicações, por isso mesmo, seremos ainda mais incapazes de enxergar, como se não bastasse a dificuldade inerente do objeto complexo que tentamos compreender.

Os fenômenos acima descritos podem ocorrer espontaneamente. Já falsificação do passado ocorre de maneira muito menos espontânea: controlar o passado é algo que confere um importante poder a quem governa. Nesse caso, a memória é heteroguiada, controlada com o objetivo de manipular. Trata-se de um abuso, no sentido forte do termo, que resulta “de uma manipulação concertada da memória e do esquecimento por detentores do poder” (RICOEUR, 2007, p. 93). A memória é instrumentalizada ao ser mobilizada a serviço da legitimação do poder, tendo como pano de fundo a reivindicação de identidade, o que pode ocorrer tanto por excesso (abuso de memória em sentido estrito) como por uma insuficiência (abuso de esquecimento), e isso é feito, sobretudo, pela narrativa. É a “função seletiva da narrativa que oferece à manipulação a oportunidade e os meios de uma estratégia engenhosa que consiste, de saída, numa estratégia do esquecimento tanto quanto da rememoração” (RICOEUR, 2007, p. 98).

[N]arrativas de fundação, narrativas de glória e humilhação, alimentam o discurso da lisonja e do medo. [...] Nesse nível aparente, a memória imposta está armada por uma história ela mesma “autorizada”, a história oficial, a história aprendida e celebrada publicamente. De fato, uma memória exercida é, no plano institucional, uma memória ensinada; a memorização forçada encontra-se assim arrolada em benefício da rememoração das peripécias da história comum tidas como os acontecimentos fundadores da identidade comum (RICOEUR, 2007, p. 98).

Importante notar que a falsificação do passado não é característica apenas dos regimes totalitários, os regimes democráticos também a praticam, embora de modo menos concentrado e por isso mais dissimulado (FLORES, 2001). A falsificação da memória pode acontecer de várias formas: na ocorrência da apostasia coletiva, através da criação de mitos que ocupam o espaço deixado pelas antigas memórias ou através do uso das instituições que dão sustentação à memória. Assim, “o ponto decisivo está em evitar que se forme o monopólio ou o oligopólio da memória e do esquecimento” (BODEI, 2004, p. 51).

Por fim, há ainda o abuso da memória impedida, também chamado de memória ferida. Aqui, o abuso não é heteroguiado, ele acontece no nível psíquico. Para explicar esse abuso, Ricoeur baseia-se na categoria forjada por Freud, a compulsão de repetição, que consiste, em linhas muito gerais, em uma lembrança traumática que, por ser muito dolorosa, é “esquecida”. Ao invés de reproduzir o fato esquecido em forma de lembrança, o paciente o faz em forma de ação: “ele o repete, sem, obviamente, saber que o repete” (RICOEUR, 2007, p. 84).<sup>9</sup> Importante ressaltar que Ricoeur considera legítima a transposição do abuso de memória em questão ao plano da memória coletiva, evocando para isso a relação fundamental entre história e violência. “Aquilo que evocamos como acontecimentos fundadores são essencialmente atos violentos”. A celebração e a glória, a execração e a humilhação, vividas muitas vezes sem uma referência histórica consciente, poderiam, talvez, significar um exercício da repetição em nível coletivo?

[Q]uantas violências no mundo valem como *acting out* “no lugar” da lembrança! Pode-se até falar, caso se queira, em memória-repetição a respeito dessas celebrações fúnebres, mas apenas para acrescentar logo em seguida que essa memória-repetição resiste à crítica e que a memória-lembrança é fundamentalmente uma memória crítica (RICOEUR, 2007, p. 92-93).

Para esse autor, é possível se falar em traumatismos coletivos e em feridas coletivas não apenas num sentido analógico, mas nos termos de uma análise direta. “A noção de objeto perdido encontra uma aplicação direta nas ‘perdas’ que afetam igualmente o poder, o território, as populações que constituem a substância de um Estado” (RICOEUR, 2007, p. 92). Parece-me que essa análise ganha ainda uma nova perspectiva quando a relacionamos ao abuso anterior, em que a memória coletiva está mais evidente. A própria estrutura narrativa

---

<sup>9</sup> Em oposição à compulsão, o trabalho de rememoração deveria trazer à tona a lembrança impedida e enfrentá-la, buscando a “reconciliação”. Trata-se de uma categoria terapêutica sobre a qual não é possível um aprofundamento no presente trabalho.

(seletiva) da história permite o apagamento de lembranças, traumáticas ou não. Assim, o abuso (consciente) da manipulação poderia, eventualmente, potencializar o abuso (inconsciente) da repetição.

## **1.2. Memória, razão, história e justiça**

### *1.2.1. A contemporaneidade e a história*

O século XX foi marcado por mudanças radicais, inimagináveis e expectativas frustradas. O projeto da modernidade, de tudo conhecer e controlar através da ciência e da técnica, ironicamente, culminou com o século da imprevisibilidade. Onde estão as nossas capacidades de dominação e previsão? O mundo parece ter se tornado mais complexo e ininteligível. Conhecer não significa poder controlar, e a possibilidade de conhecer não é garantida. Há mais dúvidas que certezas e todas as crenças modernas desmoronam diante da magnitude das atrocidades e horrores que vivenciamos no século XX. Muita coisa para pouco tempo, gerando excessos de significado que não somos capazes de digerir. Estamos perplexos.

O século XX pode ser caracterizado de várias formas, como “século dos totalitarismos”, “século das ideologias”, “século da guerra total”. Mauriccia Salvati o caracteriza, ainda, como um século “extremamente sombrio e destrutivo, especialmente, na esfera espiritual da cultura e, em primeiro lugar, da moralidade” (SALVATI, 2008, p. 5).

Para tentar explicar esse período, várias são as metáforas. Considero particularmente desconcertante a imagem radicalizada por Anthony Giddens: o carro de Jagrená.<sup>10</sup> A simbologia transmite uma profunda insegurança e ansiedade. O autor nos mostra que o século XX produziu um mundo muito diferente daquele que o iluminismo antecipou. As revoluções modernas falharam no seu objetivo de limitar a arbitrariedade e de controlar o porvir, de controlar o nosso próprio destino (GIDDENS, 1991).

A metáfora de Remo Bodei não é menos interessante: trata-se do Prometeu reacorrentado.<sup>11</sup> A imagem denuncia o fim da ilusão decorrente de se atribuir um poder

---

<sup>10</sup> Assim explica o próprio Giddens as origens da expressão: “[o] termo vem do hindu *Jagannāth*, ‘senhor do mundo’, e é um título de Krishna; um ídolo desta deidade era levado anualmente pelas ruas num grande carro, sob cujas rodas, conta-se, atiravam-se seus seguidores para serem esmagados” (GIDDENS, 1991, p. 133). Para esse autor, podemos, como seres humanos, guiar o carro até certo ponto, mas a todo momento existe a ameaça de que a máquina saia do nosso controle. Ela também esmaga a todos que lhe resistem. (GIDDENS, 1991, p. 140)

<sup>11</sup> Essa personagem da mitologia grega é um titã que roubou o fogo de Zeus e entregou-o aos mortais, e foi aprisionado por toda a eternidade, ficando preso a uma rocha onde uma besta comia seu fígado. Na

desmedido às nossas capacidades de dominação e previsão. Hoje, volta a prevalecer certo ceticismo quanto à possibilidade do conhecer, daí o re-aprisionamento de Prometeu. Os processos sociais e a história estão fora de qualquer quadro global de inteligibilidade e intervenção. É a crise dos poderes de previsão, já que “não estamos em condições de modificar, de maneira planejada, o curso dos grandes acontecimentos, mas apenas (e no máximo) de retificar sua rota no presente e de refletir sobre elas *a posteriori* (BODEI, 2004, p. 44).

Diante disso tudo, como fazer história? Qual o papel do historiador no nosso tempo? E como, abrindo mão do mero conhecimento, e diante da crise das verdades, podemos lograr alcançar algum nível de compreensão do mundo?

As respostas a essas perguntas não estão prontas. Apenas uma coisa é certa: o paradoxo entre a proclamação do progresso e a realidade fragmentária e descontínua do século XX está, nas palavras de Rioux (1999, p. 49), “no bojo da história do presente, ele [o paradoxo] dá a ela uma singular aptidão para a provocação retrospectiva sobre o trabalho do historiador e à desconstrução das filosofias da história muito apressadas”. Dito de outra forma, não é apenas a história contemporânea que muda: junto com ela, mudam também o historiador e o modo de fazer a história.

Sem dúvida, como ensina Rioux, não sem razão o argumento da proximidade é frequentemente trazido à tona para questionar a possibilidade de se fazer uma história do presente. A questão não tem nada de simples: a produção do presente é

fenômeno atual, cujos delineamentos são confundidos nesse turbilhão denso e indistinto de mensagens, nesse imenso rumor mundializado de um ‘atual’ triturado, amassado, transformado sem trêgua, sob o triplo efeito da mediatização do acontecido, da ideologização do ato e dos efeitos de moda na nossa apreensão do curso da história (RIOUX, 1999, p. 41).

Contra esse argumento, apresentam-se duas ideias. A primeira é que, embora na história do presente essa característica seja mais evidente, ela existe inquestionavelmente em todo conhecimento pretensamente científico, e a crítica não é capaz de destruir a importância da ciência como um todo, senão apenas de fazer-nos reconhecer os seus limites e o das verdades por ele produzidas. A segunda, de ordem prático-moral, é que deixar o trabalho do historiador a cargo de jornalistas sem nenhum comprometimento científico é muito pior que

---

modernidade, Prometeu teria sido libertado, simbolizando a liberdade dos próprios mortais para pensar e planificar o futuro. A crise da modernidade, por sua vez, equivaleria ao reaprisionamento de Prometeu.

produzir uma ciência limitada, e o historiador não pode se furtar a desenvolver o seu trabalho apenas pela dificuldade própria do seu objeto. Trata-se de um compromisso ético.

Finalmente, ninguém, além do contemporâneo, seria capaz de ver o contemporâneo. Um historiador num futuro distante não enxergará o mesmo fenômeno, mas outro completamente diferente, que terá se transformado, pois está pleno de latências e excessos de significado que ainda não se manifestaram, outros que em breve irão se perder. A função do historiador vai muito além da descrição do fenômeno: ele deve revelar os significados que, num dado momento histórico, podem ser captados. Não há como fugir do momento presente.

Mas, apesar da impossibilidade de nos ausentarmos desse presente, não estamos contidos nele. Relacionamo-nos com o nosso tempo e, como nos mostra Agamben, é a forma em que essa relação se processa que permitirá o distanciamento necessário para a observação possível.

A contemporaneidade é uma relação única com o seu tempo, que adere a ele e ao mesmo tempo, toma dele distância; mais precisamente, *é aquela relação com o tempo que adere a ele através de um fosso e de um anacronismo*. Aqueles que coincidem perfeitamente demais com a época, que correspondem em cada ponto perfeitamente com ela, não são contemporâneos porque, justamente por isso, não são capazes de vê-la, não podem manter os olhos fixos sobre ela (AGAMBEN, 2008, p. 10).<sup>12</sup>

Não é apenas a proximidade, contudo, que dificulta o trabalho do historiador do presente, também a complexidade do nosso século torna a tarefa mais árdua. É a imprevisibilidade, já mencionada, um aparente resultado do fato de que não podemos controlar todas as interdependências entre os eventos. Por isso mesmo, o historiador deve saber que, diante da complexidade, não podemos controlar plenamente o impacto do conhecimento que produzimos. O desconhecimento dos efeitos que pode ter a história nesse mundo complexo é uma razão para redobrarmos a atenção. Não para deixar de produzi-la, mas sim para fazê-lo sempre com a humildade de quem sabe que o conhecimento não é a panacéia, e que a sua reflexividade pode ter resultados indesejáveis.<sup>13</sup>

As conexões e relações que podemos apontar entre memória e história não são consenso entre historiadores. A história, enquanto ciência do espírito, tem os seus métodos, mas depende profundamente da memória para existir. A memória, enquanto fenômeno

---

<sup>12</sup> Tradução livre. No original: “*La contemporaneità è, cioè, una singolare relazione col proprio tempo, che aderisce a esso e insieme, ne prende distanze; più precisamente, essa è quella relazione col tempo che aderisce a esso attraverso una sfasatura e un anacronismo. Coloro che coincidono troppo pienamente con l’epoca, che combaciano in ogni punto perfetamente com essa, non sono contemporanei perché, próprio per questo, non riescono a vederla, non possono tenere fisso lo sguardo su di essa*”. (grifos no original)

<sup>13</sup> Sobre a reflexividade da ciência, cf. GIDDENS, 1991.



psíquico, tem os seus modos de agir independentemente da existência de um conhecimento científico que lhe corresponda, mas tampouco pode prescindir da história num mundo em que a história existe.

O historiador contemporâneo Santos Juliá propõe uma clara demarcação entre os dois campos – o da memória e o da história: Para ele, memória é

*una metáfora para designar un relato sobre el pasado que, a diferencia de la historia, no esta construido sobre el conocimiento o la búsqueda de la verdad, sino sobre la voluntad de honrar a una persona, proponer como modelica una conducta, reparar moralmente una injusticia (JULIÁ, 2006).*

Há, pois, segundo essa visão, uma relação entre memória e justiça, mas não entre memória e verdade. Já o filósofo Reyes Mate, ao nos falar de uma justiça anamnética, propõe uma relação íntima entre a justiça anamnética e a verdade ao falar da figura da testemunha – não uma testemunha qualquer, mas uma que é ao mesmo tempo um sobrevivente e, portanto, uma vítima que falará por si mesma e será também a voz das vítimas que não sobreviveram – nos diz: “A testemunha não é um informador qualificado de um fato, mas sim a testemunha da verdade, ou seja, seu testemunho é fundamental para estabelecer a verdade dos fatos e a veracidade de uma teoria, por exemplo, da justiça” (MATE, 2003, p. 120).<sup>14</sup>

Há também historiadores que apresentam uma visão não-oposta entre memória e história, e essa me parece ser a mais adequada tendo em vista as influências recíprocas e inevitáveis entre ambos. Maria Doménech, por exemplo, nos ensina que “[o] conhecimento dos fatos do passado mediante a comparação de fontes, ou seja, da história erudita, não esgota a relação de uma sociedade com seu passado, nem o próprio conhecimento sobre essa relação”. Há um outro conhecimento, o da memória, “um conhecimento da marca<sup>15</sup> do passado no presente” (DOMÉNECH, 2008, p. 13).<sup>16</sup> Essa marca do passado é a herança das fortunas e infortúnios que se transmitem, geração após geração, é o passado-presente (passado contido no presente), que, ainda segundo DOMÉNECH, pode gerar uma proposta de futuro:

<sup>14</sup> Tradução livre. No original: “El testigo no es un informador cualificado de un hecho, sino que es testigo de la verdad, es decir, su testimonio es fundamental para establecer la verdad de los hechos y la veracidad de una teoría, por ejemplo, de la justicia”.

<sup>15</sup> No original, “huella”, que pode ser traduzido como pegada, vestígio, rastro ou, em sentido figurado, marca profunda.

<sup>16</sup> Tradução livre. No original: “[E]l conocimiento de los hechos del pasado mediante el contraste de fuentes [...] es decir, el relato de la historia erudita, no agota la relación de una sociedad con su pasado, ni el conocimiento mismo sobre esa relación. A esta historia habría que añadir la del conocimiento de la huella del pasado en el presente, es decir, de la memoria, no sólo como reconstrucción del pasado recordado, sino como un relato efectivo para la reparación de la violencia y la propuesta de un presente y un futuro comunes” (DOMÉNECH, 2008, p. 13).

*En este debate entre memoria e historia es importante rescatar la memoria como esfuerzo colectivo por restañar las heridas y contar con esas experiencias para proponer un futuro. Es decir, la memoria nos coloca en el tiempo, nos proporciona nuestra identidad como sujetos historicos individuales y colectivos (DOMÉNECH, 2008, p. 13).*

Assim, enquanto a história busca o conhecimento científico (a sua verdade possível, diante da crise da razão moderna), a memória, a seu modo, também pretende ser verídica, ser algo além da imaginação, ser um vínculo entre passado e presente que molda nossas identidades. Ela não tem os métodos históricos, mas igualmente incorre em abusos. Se a memória pode ser influenciada pela história – a história como narrativa, manipulada ou não, do passado; a história como ciência que tem efeito reflexivo sobre a realidade estudada – a história também depende profundamente da memória, na medida em que ela (através de testemunhos, por exemplo) é uma importante fonte histórica. Assim, entendo que história e memória não podem ser vistas como opostas, tendo em vista a interdependência entre ambas, mas tampouco se esgotam uma na outra: a seu modo, uma e outra são fundamentais para a compreensão do passado e do presente, e para ampliarmos as possibilidades do futuro.

### *1.2.2. Razão anamnética e justiça anamnética: a memória como conceito fundamental para se pensar um futuro melhor que o passado*

Como foi discutido no tópico anterior, a modernidade não foi capaz de realizar o sonho do progresso, a racionalidade moderna não foi capaz de realizar os sonhos de previsão e as catástrofes com perdas humanas e sofrimento se multiplicam sem que a racionalidade liberal seja capaz de oferecer uma solução de não repetição para elas. Nessa racionalidade, a memória não assume nenhum papel relevante. Mas a crise da ciência moderna e do projeto moderno de mundo tem a ver, para Johann Baptist Metz, com uma crise muito mais profunda: a crise da constituição anamnética do espírito, e teria suas raízes “na perda ou ocultamento [da] estrutura profunda anamnética do espírito”.<sup>17</sup> A crise da razão, crise da ilustração ou crise da modernidade em geral são um mesmo e único fenômeno, contra o qual o teólogo propõe

---

<sup>17</sup> Tradução livre. No original: “*perdida o en el ocultamiento de esa estructura profunda anamnética del espíritu*”. Metz explica essa divisão com base na história do cristianismo, cujo “espírito” também estaria dividido. Se por um lado a fé procede de Israel, por outro a razão procede de uma recepção tardia da filosofia helenística grega, que menospreza a memória em favor da universalidade. Para o filósofo, também Israel tem a oferecer um espírito e um pensamento originários para o cristianismo, qual seja, a sua constituição anamnética do espírito.

uma razão concebida como anamnética, já que “inicialmente concebida como anamnética, a razão impede que o entendimento abstrato mantenha a progressiva carência de memória, a progressiva amnésia para o próprio progresso (METZ, 1999, p. 76).<sup>18</sup> É no futuro que a ideia de progresso finca as suas raízes, é uma ideia comprometida com o esquecimento.<sup>19</sup>

O espírito concebido anamneticamente seria necessário a uma percepção adequada do que aconteceu em catástrofes como a de Auschwitz, não apenas com aqueles que estiveram lá, mas também com nós mesmos e com aquilo que chamamos de “espírito” e “razão”. O problema está, pois, no fato de que, em vez da memória, o fenômeno é visto a partir de uma “história acentuadamente evolucionista, que aceita o caráter de passado do passado e que não percebe como um desafio à razão que toda historização do passado seja também uma espécie de esquecimento” (METZ, 1999, p. 76).<sup>20</sup> É contra esse tipo de historização, que distancia a memória da razão, que se coloca a possibilidade de uma razão anamnética. Sem ir tão longe quanto Metz na propositura de uma nova razão, Reyes Mate propõe uma espécie de justiça anamnética, lembrando que a ciência [e aqui, devo acrescentar, também a história] determina o cancelamento ou vê como prescritos ou saldados direitos e reivindicações que a memória pode manter vivos (MATE, 2003, p. 115).

É contra o esquecimento que a razão anamnética se opõe, mas não contra qualquer esquecimento e sim o esquecimento do sofrimento passado, pois esse seria causador de arbitrariedades no uso público da história. Diferentemente da razão abstrata, a razão anamnética “não serve à nivelção racionalizante das descontinuidades e rupturas históricas em benefício da segurança de identidade individual e coletiva dos vivos atuais” (METZ, 1999, p. 76-77).<sup>21</sup> O que não está dito nessa passagem, mas está subentendido, é que a vítima, esta sim, é central para o tipo de racionalidade proposta. A vítima é um inocente a quem se infligiu sofrimento voluntária e gratuitamente (MATE, 2003, p. 100).

Sem dúvida, ouvir a vítima enquanto ser inocente que sofreu uma injustiça, que foi, portanto, profundamente desrespeitado, é em si uma atitude de reconhecimento e respeito, e, se não for suficiente para saldar a dívida de respeito para com ela, pode ser o primeiro passo

<sup>18</sup> Tradução livre. No original: “*primero concebida como anamnética, la razón impide al entendimiento abstracto mantener la progresiva carência de memoria, la progresiva amnesia para el propio progreso*”

<sup>19</sup> A crítica de Metz direcionada à razão ilustrada não deve ser lida como uma crítica irrestrita aos valores modernos, já que na Ilustração se manifesta também o interesse pela liberdade. A memória do sofrimento se converte, para este autor, em orientação para a ação relacionada à liberdade (METZ, 1999, p. 12-14).

<sup>20</sup> Tradução livre. No original: “[...] *historia acentuadamente evolucionista que acepta el carácter de pasado del pasado y que ya no percibe como un desafío a la razón el que toda historización del pasado es también una especie de olvido.*”

<sup>21</sup> Tradução livre. No original: “[...] *no sirve a la nivelación racionalizante de las discontinuidades y rupturas históricas en interés de la seguridad de identidad individual y colectiva de los vivos actuales*”

para o reconhecimento do seu valor e recuperação de sua estima social.<sup>22</sup> Contudo, a proposta de Reyes Mate vai muito além: ele considera que a vítima tem algo a nos ensinar, algo que ela e somente ela pode ensinar às não vítimas. Isso porque ela possui um olhar próprio sobre a realidade, “sem o qual esta não se faz visível”.<sup>23</sup> O lugar da vítima, pois, é um lugar de onde se obtém um olhar privilegiado sobre a realidade, um lugar que outra pessoa não pode ocupar. “Falar de vítimas não é só exigir justiça, mas também dispor-se a um trauma cognitivo” (MATE, 2003, p. 100-101).<sup>24</sup> Rejeitar o esquecimento, nesse contexto, passa a ser, ao mesmo tempo “a reivindicação da vigência do olhar da vítima [...] em um mundo que se constrói de costas a sua experiência” (MATE, 2003, p.101).<sup>25</sup> Construir o mundo de costas à experiência da vítima é uma expressão sem dúvida forte, mas verdadeira. A justiça nunca se interessou muito pelo sofrimento da vítima, hoje ainda é assim:

*¿Que consideración tienen ahí [na justiça dos modernos] las víctimas? Irrelevante. Si cabe, la justicia ha reflexionado más sobre el verdugo. Pensemos en la figura jurídica de la amnistía que solemos traducir como perdón al autor de un delito o de un crimen. Originariamente, sin embargo, la amnistía era el castigo por recordar desgracias pasadas. Penalizaba al recuerdo de sufrimientos pasados al tiempo que integraba al criminal en la sociedad vigente. A la justicia, como a la política, lo que le interesa son los vivos, no los muertos. Por eso está dispuesta a todo tipo de generosidad respecto a lo ocurrido si de ello se derivan bienes para los supervivientes* (MATE, 2003, p. 105).

A justiça anamnética deve, então, reverter esse quadro, garantindo à vítima também um papel definitivo na realização da justiça, não apenas, mas inclusive porque tem esse olhar privilegiado sobre a realidade. Três são as características principais da justiça chamada anamnética. Primeiramente, que estamos diante de uma nova sensibilidade moral a respeito da responsabilidade atual por crimes passados. A justiça anamnética não conhece os limites temporais – tal qual a prescrição – por um motivo simples: ela se recusa a passar por cima do passado como se ele não tivesse existido. Em segundo lugar, a justiça é uma resposta à experiência de injustiça, experiência essa que se refere a um sofrimento concreto, por isso, a experiência de injustiça é inextricavelmente ligada à memória. A experiência de injustiça será

<sup>22</sup> Isso será mais bem abordado no ponto 1.3.

<sup>23</sup> Tradução livre. No original: “sin la que esta no se hace visible”.

<sup>24</sup> Tradução livre. No original: “Hablar de víctimas no es sólo exigir justicia, sino también disponerse a un trauma cognitivo”.

<sup>25</sup> Tradução livre. No original: “la reivindicación de la vigencia de la mirada de la víctima [...] en un mundo que se construye de espaldas a su experiencia”.

“um ingrediente substantivo [...] em toda a elaboração da teoria da justiça” (MATE, 2003, p. 106-107).<sup>26</sup>

Finalmente, a justiça anamnética deve privilegiar a memória dos vencidos. Porque a razão moderna está fundada numa pretensa igualdade que mascara a desigualdade, pode parecer que a memória é uma só, mas a experiência de injustiças é a regra para os oprimidos, e o nosso presente é uma consequência da opressão do passado. Em outras palavras, “[n]osso presente está construído sobre essas injustiças passadas e nós, os presentes, somos os herdeiros desse passado injusto” (MATE, 2003, p. 111).<sup>27</sup> O olhar da vítima, resgatado pela memória, marcado pela experiência do sofrimento – e não uma justiça formal baseada na pressuposição de uma falsa igualdade – é que pode valorizar o ser humano singular em suas particularidades, é que pode revelar a injustiça acumulada na história que é a mesma injustiça do momento presente.<sup>28</sup>

O maior problema que se poderia opor a uma justiça que privilegie o olhar da vítima seria o possível descumprimento da exigência de universalidade, fundamental nas teorias modernas de justiça. Mas, para Reyes Mate, essa pretensão de universalidade não precisa, necessariamente, ser entendida na aceitação das mesmas regras do jogo para todos, “mas em um *restitutio in integrum sive omnium*, ou seja, é o reconhecimento do direito de todos e cada um dos homens, também dos mortos e fracassados, à recuperação do perdido” (MATE, 2003, p. 113).<sup>29</sup> Trata-se de uma universalidade em que “o direito será sempre requerido a beneficiar e compreender as demandas singulares” (MATE, 2003, p. 114).<sup>30</sup>

<sup>26</sup> Tradução livre. No original: “*un ingrediente substantivo[...] a toda elaboración de la teoría de justicia*”.

<sup>27</sup> Tradução livre. No original: “*[n]uestro presente está construído sobre esas injusticias pasadas y nosotros, los presentes, somos los herederos de esse pasado injusto*”.

<sup>28</sup> Ao traçar os elementos para uma relação entre o dever de memória e a justiça, Ricoeur estabelece três critérios, cuja pretensão é evitar o abuso do dever de memória, o que o romperia sua relação com a justiça. O primeiro é que “o dever de memória é um dever de fazer justiça, pela lembrança, a um outro que não o si”. Em segundo lugar, ele recorre aos conceitos de dívida e herança, já que “somos devedores de parte do que somos aos que nos precederam”. Finalmente, afirma que uma prioridade moral cabe às vítimas, ressaltando, mais uma vez, que a vítima é a vítima outra que não nós mesmos (RICOEUR, 2007, p. 101-102). Esse último critério, mais especificamente, demonstra uma preocupação com a total inversão dos papéis, em que os antigos oprimidos se tornariam os novos opressores, ou a história dos vencedores fosse substituída por uma história dos vencidos. É absolutamente relevante manter-se vigilante quanto a esse perigo, já que o objetivo da justiça anamnética não é a vingança. Sentimentos de superioridade em relação à vítima, como a piedade, a compaixão, e principalmente a autocompaixão de alguém que se identifica com a vítima poderiam alimentar o ressentimento (NIETZSCHE, 1998) e ter muito pouco a acrescentar em termos de justiça. A condição de vítima não eleva moralmente a ninguém, e a precedência das vítimas para a justiça anamnética tem o caráter de reparação, e não deve ser traduzido numa linguagem de superioridade ou inferioridade moral.

<sup>29</sup> Tradução livre. No original: “*sino en un ‘restitutio in integrum sive omnium’, es decir, es el reconocimiento del derecho de todos y cada uno de los hombres, también de los muertos y fracasados, a la recuperación de lo perdido.*”

<sup>30</sup> Tradução livre. No original: “*el derecho estará siempre requerido a beneficiar y comprender las demandas singulares.*”

Mate chega ao ponto de afirmar uma força salvacionista da memória, dizendo que a *memoria passionis* é também *memoria resurrectionis*. Evidentemente, aí ele entra no campo de uma metafísica cristã que não me interessa particularmente para as finalidades deste trabalho, inclusive porque ele não esclarece a que vítima se refere. Contudo, o exemplo é contundente: pensemos que “os prisioneiros dos campos de concentração nazista, quando explicam que o que os sustentava na vida era a necessidade de contar todo aquele horror, o que estavam considerando era a salvação das vítimas mediante a atualidade da lembrança” (MATE, 2003, p. 115).<sup>31</sup> Exemplos assim se multiplicam. Em “Diário de Fernando”, Frei Betto conta a história real de um prisioneiro – vítima do regime militar brasileiro – que por anos escrevia sua rotina na prisão (torturas, humilhações) em pedacinhos de papel com letra minúscula, que ele colocava numa caneta e assim conseguia, às vezes, transmitir sua narrativa para o exterior da prisão. A tarefa era obstinada, muitas vezes frustrada a tentativa, ele tinha que destruir os papéis, mas no dia seguinte repetia-se a mesma coisa (BETTO, 2009). Teria Fernando, também, sido salvo da loucura e do próprio esquecimento por essa necessidade de narrar suas memórias?

Não é preciso responder a essa pergunta: ainda que preferamos não falar em salvação, é importante notar a força de uma justiça anamnética no reconhecimento daquelas vítimas que continuam vivas, grupo esse formado não apenas pelas vítimas diretas que sobreviveram fisicamente à violência, mas ainda pelos herdeiros do processo de vitimização, contra quem o desrespeito do esquecimento continua a agir, perpetuando a injustiça. A memória tem, portanto, se não o poder de salvar, o poder de significar um ato de respeito para com a vítima, já que

*el recuerdo de las víctimas significa un modo de solidaridad con ellos que deja abierta la puerta a la realización de la esperanza. (...) La memoria pretende actualizar la conciencia de una injusticia pasada, mientras que el olvido la cancela, con lo que se hace cómplice de la injusticia. Éste es el punto: memoria es denuncia de la injusticia y olvido es sanción de la injusticia* (MATE, 2003, p. 117).<sup>32</sup>

Mas, para além dessa função que deve desempenhar em relação à própria vítima, a memória tem a função de impedir a repetição do mal, de sorte que, se prescreve a memória

<sup>31</sup> Tradução livre. No original: “*los prisioneros de los campos de concentración nazi cuando explican que lo que les sostenía en la vida era la necesidad de contar todo aquel horror, lo que estaban planteando era la salvación de las víctimas mediante la actualidad de su recuerdo*”.

<sup>32</sup> Mais adiante, veremos que isso pode ser lido como uma experiência de solidariedade/reconhecimento que devolve às vítimas o sentimento de autorrespeito.

dos vencidos, nada impede que o mal se siga repetindo. A justiça anamnética tem, portanto, um duplo objetivo. Quanto aos sobreviventes, deve evitar o mal futuro. “Si olvidamos la injusticia o si la damos por prescripta, entonces todo es posible, todo está permitido” (MATE, 2003, p. 117).

Um tipo de razão que não leve em conta a memória não é capaz de impedir que as vitimizações se perpetuem, porque não é capaz de aproveitar a experiência das vítimas. Essa experiência é fundamental porque o olhar da vítima é único e pode perceber aspectos da realidade de modo irrepetível. A vítima tem uma relação especial com o tempo: porque ela chega a desejar que o passado não tivesse existido. Esse olhar poderia nos projetar para um futuro em que o passado não se repita, porque o desejo de não repetição é um desejo profundo, mudar o futuro é nesse sentido mudar o passado. Fazer justiça à memória da vítima, reconhecer a vítima e sua condição de vítima é reconhecer seu desejo de transformar o passado, e quando há um reconhecimento efetivo entre a vítima e o agressor, entre a vítima e a sociedade, esse desejo e essa memória passam a ser uma memória compartilhada por todos, e então o compromisso com o futuro-diferente-do-passado pode ser um compromisso profundo.

### 1.2.3. Memória, história e justiça

Chegamos ao momento de perguntar: quando terá o historiador contemporâneo cumprido o seu papel? E ainda: que relações há entre memória, história e justiça? Como já disse nos pontos anteriores, a memória não é, em si mesma, boa nem ruim. E acredito que o papel do historiador é extrair da memória e do passado lições que possam nos servir para o presente e o futuro. O historiador contemporâneo não deve ser um ente contemplativo e nostálgico, pois ele tem um dever para com o futuro.

Também já afirmei que a memória pode servir a fins imorais, sendo manipulada, moldada e falseada. Daí a necessidade de *afastamento do imediatismo*, em relação aos usos práticos do conhecimento histórico e da memória. Somente assim o historiador poderá se aproximar da compreensão possível, sem compromissos práticos de menor importância, ou seja, distante da *chantagem prática*. “Afastar-se do imediatismo, adquirir distância com relação aos fenômenos observados, repensar e remodelar as categorias utilizadas significa fazer mais justiça ao passado e ao presente” (BODEI, 2004).

Da mesma forma, o historiador deve estar atento às transfigurações que os recursos emotivos ocasionam no passado. Apesar da constatação da interdependência entre conhecimento e imediatismo, o historiador deve “manter vigilante a consciência moral”, buscando privilegiar os recursos intelectuais em detrimento dos emotivos. Aqui, há novamente a busca da “distância do imediatismo”, só que dessa vez para afastar a emotividade, num nível mais individual que os usos práticos e imediatistas do passado, normalmente no plano coletivo (BODEI, 2004; TODOROV, 2002).

A *vocação da memória*, e isto o historiador deve ter em mente, é extrair do passado lições universalizáveis. Para possibilitar essa tarefa, ele não poderá nunca perder de vista as peculiaridades do evento histórico, sob pena de incorrer no erro da banalização. Não pode, tampouco, incorrer no vício da sacralização, ou não poderia extrair nenhuma lição para o futuro. O uso adequado da memória é o que serve a uma causa – e essa causa, para Todorov (2002), é a superação da violência, em lugar da sua reprodução vingativa –, não o que se limita a reproduzir o passado. “O passado histórico não tem sentido em si mesmo. Sentido e valor procedem dos sujeitos humanos que os examinam e os julgam” (TODOROV, 2002). Evidentemente, não é o historiador, sozinho, o responsável pelos usos do conhecimento que produz, mas ele tampouco pode eximir-se de toda a responsabilidade.

Não fosse esse papel, talvez o esquecimento valesse mais que a lembrança, evitando-se assim a perpetuação da violência pela vingança. Entretanto, embora o esquecimento possa ser visto como um direito (para a vítima, não para o historiador), ele não pode ser imposto. Esquecer (no sentido de superar uma dor ou trauma) não significa apagar de vez as recordações, que permanecem ativas, embora reprimidas. Esse foi o ensinamento da psicanálise: para nos libertarmos do sofrimento causado por uma memória, é preciso, muitas vezes, libertarmos a memória reprimida. Eis o papel do historiador: libertar a memória e libertar da memória. Em conformidade com o conceito aqui utilizado, a memória é um termo amplo, que engloba também esquecimentos e lembranças reprimidas.

O princípio da justiça histórica é alcançado pela universalidade da lição que se extrai, sem para isso negar a singularidade de cada evento particular. Assim, o sentido do estudo histórico para a justiça consistiria na passagem “do caso particular a uma máxima geral [...] que dev[e] ser legítim[a] em si mesm[a] e não por procede[r] de uma lembrança que nos é querida” (TODOROV, 2002 p. 208).

O ideal da abstração pode, às vezes, ser visto como defeito ou inconveniente. Mas não para o historiador, na medida em que ele não está desobrigado a compreender as peculiaridades do evento histórico. E ele estará muito mais livre para fazer generalizações que



o jurista, embora a atividade deste último seja essencialmente generalizar e trabalhar com abstrações: o historiador não está adstrito às terminologias judiciárias, que tipificam crimes como “genocídio” e “crimes contra a humanidade”, conceitos estes plenos de inconvenientes. Embora também trabalhe com classificações, poderá o historiador ampliar os horizontes das nomenclaturas, utilizando conceitos como o de violência política de massa, com o qual não trabalhamos no direito (FLORES, 2001).

O objetivo da abstração é fazer romper a proliferação da violência através da vingança que vem do apego nostálgico ao passado. A justiça opõe-se à vingança por ser impessoal e compensar a ruptura com a ordem social de maneira proporcional (em relação às outras penas), enquanto a vingança é individual, pessoal e compensa a ofensa sofrida na mesma medida (TODOROV, 2002).

Por fim, a história é também importante na construção da identidade, embora não seja essa a sua função principal. Deve fazer isso com o cuidado de quem sabe que as lições extraídas do passado (e possivelmente incorporadas na identidade) não estão presentes, *a priori*, no passado, construindo-se partir de nossas convicções presentes, morais e políticas (TODOROV, 2002, p. 202). O estudo crítico e comparativo da história na construção das identidades coletivas e na busca da compreensão do contemporâneo deve se guiar por uma dimensão ética, extraindo dos eventos particulares a sua lição universalizável (FLORES, 2001).

#### 1.2.4. O exemplo de Hannah Arendt: Os alemães, os nazistas e a ideia de humanidade

A filósofa alemã-júdea Hannah Arendt, sem dúvida, reunia características muito especiais, que fizeram dela uma mulher capaz de compreender o contemporâneo. Por isso, foi acusada várias vezes de desamor para com o seu povo judeu. Na verdade, Hannah não era como uma cegonha impura:<sup>33</sup> soube dispensar o seu amor (a sua dura crítica, o seu ensinamento) para além de fronteiras. Fez isso distribuindo a todos nós, homens e mulheres do mundo, a parcela de culpa que nos cabe nos crimes cometidos pelo nazismo. Em seu texto *Culpabilidade organizada e responsabilidade universal*, ela retrata o criminoso: homem moderno e internacional, com o qual nos identificamos necessariamente a partir da ideia de humanidade.

---

<sup>33</sup> A imagem da cegonha é explorada por Todorov (2002): em hebreu é chamada de *Hassida* (afetuosa), por amar os seus. Mas é também classificada como uma ave impura, justamente por dispensar o seu amor *apenas* aos seus, mas nunca aos demais.

A guerra analisada pela autora é a guerra política travada pelos nazistas contra o povo alemão, paralelamente à guerra mundial. O objetivo era associar todo e qualquer alemão ao estigma do nazismo, envolvendo-os, pelo menos, na posição de cúmplices dos crimes. A estratégia foi utilizada a partir de quando a guerra começou a ser perdida, para equiparar todos os alemães a “criminosos de guerra” aos olhos dos Aliados, evitando assim a responsabilização. A tese teve mesmo impacto no campo dos vencedores da guerra, onde se desenvolveu o *vansittartismo*, uma espécie de racismo às avessas, que consiste em identificar toda a Alemanha e todo o povo alemão com o regime nazista (ARENDDT, 2001).

Mesmo com a derrota na guerra, Arendt acreditava que o nazismo havia conseguido uma vitória no campo ideológico, pois, como previu a autora, a fronteira que separa os criminosos de guerra das pessoas normais, os culpados dos inocentes, foi a tal ponto apagada que não era possível, ao final da guerra, alguém saber se estava diante de um herói clandestino ou de um indivíduo que havia perpetrado massacres. A vitória ideológica do nazismo existiu, para Arendt, por não haver resposta política possível para a situação de responsabilidade indistinta: punir um povo inteiro não era uma alternativa. Além disso, de nada adiantaria punir milhões de alemães “responsáveis” ou tornados responsáveis pela máquina do nazismo, pois essas pessoas não tinham consciência da culpa, e “a culpa implica a consciência da culpa, e o castigo manifesta o ato de o criminoso ser uma pessoa responsável” (ARENDDT, 2001, p. 69). A responsabilização universal do povo alemão, portanto, não seria apenas impossível, seria também inútil.<sup>34</sup>

Feito esse diagnóstico, a autora passa a analisar a espantosa figura de Himmler – um homem com todas as aparências de respeitabilidade e os hábitos de um bom “pai de família” nada mais é que o típico homem do mundo moderno: o “burguês” que se ocupa exclusivamente de sua vida privada e ignora totalmente as virtudes cívicas é um fenômeno moderno e internacional, “homem das massas, não observado nos momentos de exaltação, mas em sua casa, na segurança” (ARENDDT, 2001, p. 72).

Esta é a lição que Hannah Arendt extraiu da história: nós, do resto do mundo, não somos muito diferentes do “burguês” Himmler. Mais de cinquenta anos após o seu texto, ainda é espantoso como somos semelhantes; nós, brasileiros, não praticamos os mesmos crimes, é verdade, mas padecemos da mesma falta de brio cívico, da mesma apatia moral. E praticamos outros crimes, também muito graves, na mesma condição de homem das massas,

---

<sup>34</sup> O pensamento da personagem do conto *Deutsches Requiem*, Otto Dietrich zur Linde, condenado à morte, ilustra bem essa situação: “Não pretendo ser perdoado, porque não há culpa em mim” (BORGES, 1998b, p. 641).

tomados do mesmo temor que nos faz preferir a segurança da nossa casa, a proteção da nossa família a qualquer outra coisa, e, quem sabe, a qualquer custo.

A ideia de humanidade nos faz, portanto, compartilhar com os alemães e com todos os outros povos que perpetraram crimes brutais uma parcela de responsabilidade. Nas palavras de Hannah, “a ideia de humanidade, uma vez desembaraçada de toda sua carga sentimental, comporta uma consequência de peso no plano político: de uma maneira ou de outra, devemos assumir a responsabilidade de todos os crimes” (ARENDDT, 2001, p. 74). E essa identidade mundial, a partir da (dolorosa) ideia de humanidade é, ao mesmo tempo, a única forma de vencer a guerra ideológica que ainda continua viva, afirmando, assim, que não há raças superiores ou inferiores.

A ideia de humanidade implica a consciência de que as barbáries não podem ser todas imputadas a uma pessoa ou a um povo. Nem tampouco a história pertence a apenas um grupo ou participa na construção de apenas uma identidade. Por isso, o historiador deve sempre perceber o que é particular e o que é universal em suas leituras dos eventos particulares. Ao colhermos dos casos particulares as lições que devemos levar para o futuro, estamos humanizando a ideia de humanidade, que se torna um fardo menos pesado à medida que somos capazes de nos afastar da vingança e nos aproximar da justiça.

### **1.3. Memória e reconciliação: uma análise a partir da teoria do reconhecimento**

#### *1.3.1. A teoria do reconhecimento de Axel Honneth*

Para falar de reconhecimento, iniciarei por uma imagem que me causou grande impacto. No “*Museo de la memoria y de los derechos humanos*”, em Santiago, Chile, após visitar uma exposição que tratava exaustivamente de uma infinidade de histórias particulares sobre a ditadura, fui atraída por uma obra quase discreta na superfície da *Plaza de la Memoria*, mas grandiosa à medida em que baixava às profundezas. A obra “*Geometria de la Conciencia*”, do artista Alfredo Jaar, consiste numa escada que nos leva a uma sala completamente escura. Após alguns segundos, a luz é acesa e nos revela a seguinte imagem: à nossa frente, vemos o contorno de rostos de vítimas, preenchidos por luz, mas não se podem distinguir feições, são vítimas sem rosto, por assim dizer. A ênfase está não em cada uma de suas memórias individuais, mas numa coletividade. O rosto das vítimas sem rosto chama mais a atenção porque poderia ser o de qualquer pessoa, inclusive o daquele que visita a obra.

Além disso, há um interessante jogo de espelhos em que somos refletidos, mas só se pode ver a si mesmo no primeiro nível, enquanto a imagem de outros visitantes se reproduz infinitamente. Posso vê-los em profundidade e dimensões várias, enquanto me é negado esse olhar privilegiado de mim mesma. Não sei o que o artista quis realmente dizer com o que fez. Mas em mim nasceu a certeza de que a memória não faz nenhum sentido sem a experiência da alteridade, e que essa experiência vai além de um conhecimento (cognitivo) de memórias e histórias: a ligação entre o outro e eu tem um caráter afetivo, de reconhecimento. Eu me vejo no outro, me reconheço: o outro está em mim, eu estou também no outro.

Foi justamente essa categoria de reconhecimento que Axel Honneth desenvolveu em sua obra “Luta por Reconhecimento”, em que, baseando-se em um conceito desenvolvido pelo jovem Hegel (e depois abandonado por ele) e na psicologia social de George Mead, nos apresenta uma teoria completa sobre o reconhecimento, suas várias dimensões e as experiências negativas relacionadas a elas, experiências essas que podem, eventualmente, gerar uma luta por reconhecimento, sempre que a pessoa ou o grupo desrespeitado possa verificar que existiu um não-reconhecimento, e essa luta pode, eventualmente, gerar a ampliação da esfera de reconhecimento reclamada. Faz-se necessário, aqui, expor brevemente o pensamento de Axel Honneth, que adotarei para depois aplicá-lo às relações entre memória e alteridade, já que entendo que a memória, assim trabalhada, pode nos levar a um resultado mais satisfatório em termos de justiça.

Na primeira parte do seu livro, Axel Honneth faz uma exposição da teoria de Hegel sobre reconhecimento. Tal teoria, de autoria do “jovem Hegel”, possui muitas afirmações inconclusivas, sendo carente de sistematicidade, até porque Hegel iria abandonar seus estudos sobre o tema. Por isso, não cabe aqui fazer um estudo sobre a obra de Hegel, e sim entender quais são as teses desse autor na leitura de Axel Honneth, já que ele desenvolverá seu trabalho partindo dessas teses como hipóteses não comprovadas, submetendo-as a um olhar empírico através da psicologia social de George Mead, cuja teoria ele considera “uma ponte entre a ideia original de Hegel e nossa situação intelectual” (HONNETH, 2003, p. 123). A necessidade de fazer essa ponte reside no fato de que as teses de Hegel permanecem ligadas a pressuposições da tradição metafísica.

A primeira tese de Hegel poderia ser sintetizada na ideia de que:

[a] formação do Eu prático está ligada à pressuposição do reconhecimento recíproco entre dois sujeitos: só quando dois indivíduos se veem conformados em sua autonomia por seu respectivo defrontante, eles podem chegar de maneira complementar a uma compreensão de si mesmos como

um Eu autonomamente agente e individuado (HONNETH, 2003, p. 119-120).

A segunda tese de Hegel, que constitui seu modelo conceitual, “afirma a existência de formas diversas de reconhecimento recíproco, que devem distinguir-se umas das outras segundo o grau de autonomia possibilitada ao sujeito em cada caso” As três relações de reconhecimento, em que os “indivíduos se confirmam reciprocamente como pessoas autônomas e individuadas”, seriam o “*amor*”, o “*direito*” e a “*eticidade*”, cada um representando uma medida maior de confirmação que o anterior” (HONNETH, 2003, p. 121).

Por fim, a terceira tese

[r]eivindica para a série de três formas de reconhecimento a lógica de um processo de formação mediado pelas etapas de uma luta moral: no curso da formação de sua identidade e a cada etapa alcançada da comunitarização, os sujeitos são compelidos, de certa maneira transcendentalmente, a entrar num conflito intersubjetivo, cujo resultado é o reconhecimento de sua pretensão de autonomia, até então ainda não confirmada socialmente (HONNETH, 2003, p. 121-122).

Aqui, interessa-me mais especificamente o desenvolvimento que Honneth dará às duas primeiras teses e seus problemas, ou seja, ao que ele entende por reconhecimento, em seus diversos níveis e aos correspondentes de desrespeito social. Não convém a este trabalho fazer um aprofundamento na lógica moral dos conflitos sociais, mas, tão somente, chegar a uma compreensão do fenômeno do reconhecimento que nos ajude a colocar o problema da memória de modo a perceber o valor das relações intersubjetivas que o integram.

A grande contribuição de Mead para a teoria de reconhecimento de Honneth é que ele foi capaz de traçar o caminho antes traçado por Hegel, mas com base em pressupostos naturalistas. Assim, a ideia de que os seres humanos constroem sua identidade a partir de um reconhecimento intersubjetivo ganha expressão no mundo empírico (HONNETH, 2003, p. 125). A partir daí, o olhar volta-se para os fenômenos psíquicos que conformam a identidade de acordo com as necessidades que a interação impõe para se chegar a um comportamento social bem sucedido, qual seja, “um domínio em que a consciência de suas próprias atitudes auxilia no controle do comportamento de outros” (HONNETH, 2003, p. 128). Mas, para isso, é necessário conhecer o “sentido que cabe a seu próprio comportamento na situação comum da ação para o respectivo parceiro de interação”, e aí está a chave para a constituição da autoconsciência: “o surgimento de um saber sobre o significado das próprias reações comportamentais é o fenômeno mais originário”.

Assim, os estudos de Mead fizeram-no chegar a uma concepção intersubjetivista da autoconsciência humana, segundo a qual “um sujeito só pode adquirir uma consciência de si mesmo na medida em que ele aprende a perceber sua própria ação da perspectiva, simbolicamente representada, de uma segunda pessoa” (HONNETH, 2003, p. 131). Há, portanto, uma precedência da percepção do outro em relação ao desenvolvimento da própria autoconsciência (HONNETH, 2003, p. 132). Mas a preocupação de Mead, como a de Hegel, também vai além desse momento interno de formação da autoconsciência e chega à formação da identidade prático-moral do sujeito. Ele traça, então, o mecanismo por meio do qual uma criança aprende as formas elementares do juízo moral:

Uma criança só pode julgar seu comportamento como bom ou mau quando ela reage a suas próprias ações lembrando as palavras de seus pais (...) ao se colocar na perspectiva normativa de seu parceiro de interação, o outro sujeito assume suas referências axiológicas morais, aplicando-as na relação prática consigo mesmo. (HONNETH, 2003, p. 133)

Dando seguimento ao estudo do comportamento infantil, Mead se deixa guiar por uma “generalização gradual do “Me” no curso do desenvolvimento social da criança”. A criança vai se tornando capaz de antecipar padrões de comportamento de sujeitos cada vez mais abstratos, e adquire assim “a capacidade abstrata de poder participar nas interações normativamente reguladas de seu meio”. O conceito de reconhecimento então dá um passo em direção ao pertencimento da pessoa a um contexto, e esse pertencimento é, para mim, o passo mais relevante da teoria. O pertencimento se dá devido a uma relação de reconhecimento mútuo entre comunidade e identidade: “é esta identidade que se pode manter na comunidade, que é reconhecida na comunidade na medida em que ela reconhece as outras” (HONNETH, 2003, p. 135-136). A capacidade de “conceber-se na perspectiva do outro generalizado” deve ser entendida como (auto)compreensão de uma pessoa de direito. Nas palavras de Honneth: “direitos são de certa maneira as pretensões individuais das quais posso estar seguro que o outro generalizado as satisfará” (HONNETH, 2003, p. 136/137). Mais além, o pertencimento conferido pelo reconhecimento tem efeitos positivos ainda na autocompreensão individual, de modo que a interação social também produz efeitos na autorrelação consigo mesmo.

[R]econhecer-se reciprocamente como pessoa de direito significa que ambos os sujeitos incluem em sua própria ação, com efeito de controle, a vontade comunitária incorporada nas normas intersubjetivamente reconhecidas de uma sociedade. Pois, com a adoção comum da perspectiva normativa do

“outro generalizado”, os parceiros da interação sabem reciprocamente quais obrigações eles têm de observar em relação ao respectivo outro; por conseguinte, eles podem se conceber ambos, inversamente, como portadores de pretensões individuais, a cuja satisfação seu defrontante sabe que está normativamente obrigado. **A experiência de ser reconhecido pelos membros da coletividade como uma pessoa de direito significa para o sujeito individual poder adotar em relação a si mesmo uma atitude positiva** (HONNETH, 2003, p. 138-139).<sup>35</sup>

O grau de relação positiva consigo mesmo tende a se intensificar na sequência das três formas de reconhecimento. O padrão mais básico de reconhecimento é o amor – incluídas aí as relações entre pais e filhos e relações de amizade – dependente de um equilíbrio entre autonomia e ligação (HONNETH, 2003, p. 160). A compreensão dessas relações afetivas passa pela interação entre mãe e bebê nos primeiros meses de vida deste, durante os quais a conexão intersubjetiva entre ambos passa gradativamente de uma relação simbiótica de dependência absoluta a uma relação autônoma (a dependência existe aí também, mas é relativa). No estágio da dependência relativa é que ocorre o reconhecimento, pré-requisito para o amor. Apenas quando o bebê reconhece a mãe como um ser autônomo, um “ser com direito próprio”, e vence a desilusão da perda da sua onipotência sobre ela, abre-se o caminho para o amor, “sem fantasias narcisísticas de onipotência” (HONNETH, 2003, p. 168-169).

A teoria do reconhecimento, ao analisar a relação de amor, dirige o olhar não à dedicação direcionada ao outro, mais óbvia, e sim ao efeito que isso produz na autorrelação consigo mesmo. A confiança na continuidade da dedicação do ser amado - no caso da criança pequena, a mãe – é que permite o estar só e, por conseguinte, é o que permite a realização de atividades criativas. Só “quando [a criança] pode demonstrar, mesmo depois da separação da mãe, tanta confiança na continuidade da dedicação desta [é] que ela, sob a proteção de uma intersubjetividade sentida, pode estar a sós, despreocupada” (HONNETH, 2003, p. 172).

É justamente porque a pessoa amada obtém “a força de abrir-se para si mesma na relação descontraída consigo” que ela se torna um sujeito autônomo, ou, pelo menos, capaz de autonomia. A relação simbiótica da primeira infância, substituída depois por um amor que se sabe dependente, mas que confia na dedicação do outro, propicia a segurança emotiva fundamental sem a qual nenhuma outra forma de reconhecimento poderia ocorrer. Aqui, vale a pena transcrever as palavras do próprio Axel Honneth:

[...] visto que essa relação de reconhecimento prepara o caminho para uma espécie de autorrelação em que os sujeitos alcançam mutuamente uma confiança elementar em si mesmos, ela precede, tanto lógica como

---

<sup>35</sup> Sem grifos no original.

geneticamente, toda outra forma de reconhecimento recíproco: aquela camada fundamental de uma segurança emotiva não apenas na experiência, mas também na manifestação das próprias carências e sentimentos, propiciada pela experiência intersubjetiva do amor, constitui o pressuposto psíquico do desenvolvimento de todas as outras atitudes de autorrespeito. (HONNETH, 2003, p. 177)

As duas formas distintas de reconhecimento que se seguem, o “reconhecimento jurídico” e a “estima social”, podem ser consideradas desdobramentos sucessivos de um mesmo fenômeno jurídico-social. Esse tipo de reconhecimento só se pode aplicar a todos os sujeitos na mesma medida, por definição, pois ressalta os aspectos semânticos universalistas e abstratos do direito da modernidade. Já o segundo desdobramento atenta para a comunidade de valores e reconhecimento da estima social dos indivíduos, prestigiando a sua valoração concreta como ser que desempenha atividade útil ou possui valor intrinsecamente positivo para a comunidade em seu conjunto. Sendo assim, a dicotomia entre reconhecimento jurídico e estima social consiste em que o primeiro refere-se a normas gerais, a segunda a capacidades concretas valoradas intersubjetivamente.

[...] em ambos os casos, como já sabemos, um homem é respeitado em virtude de determinadas propriedades, mas no primeiro caso se trata daquela propriedade universal que faz dele uma pessoa; no segundo caso, pelo contrário, trata-se das propriedades particulares que o caracterizam, diferentemente de outras pessoas. Daí ser central para o reconhecimento jurídico a questão de como se determina aquela propriedade constitutiva das pessoas como tais, enquanto para a estima social se coloca a questão de como se constitui o sistema referencial valorativo no interior do qual se pode medir o “valor” das propriedades características (HONNETH, 2003, p. 187).

Nem seria preciso dizer que o reconhecimento jurídico pensado por Honneth só faz sentido quando pensamos no direito moderno, pois nos remete à linguagem dos direitos (ele fala inclusive em “portadores de direitos”), característica da modernidade. O reconhecimento jurídico é aquele que “nos ensina a reconhecer os outros membros da coletividade como portadores de direitos”. O outro, nessa coletividade, não é alguém concreto, mas o “outro generalizado”, que permite uma perspectiva normativa. A nossa compreensão de nós mesmos como portadores de direitos depende, inversamente, de saber que obrigações temos perante o outro (HONNETH, 2003, p. 179). Justamente porque o outro não é alguém concreto, o reconhecimento jurídico é um tipo de respeito não afetivo – diferentemente daquele das relações primárias (amor) ou da estima social – mas sim cognitivo, embora envolva também a



confiança de que as minhas próprias pretensões jurídicas serão satisfeitas em grande parte, daí porque ele mantém o caráter de reciprocidade.

Aquilo que estrutura o reconhecimento jurídico deve ser, portanto, uma propriedade que se aplique a todas as pessoas portadoras de direitos, o que no direito moderno coincide com o universo de todas as pessoas. E tal propriedade só pode estar ligada “à nova forma de legitimação a que está ligado o direito moderno segundo sua estrutura”, já que tal ordem jurídica se justifica “na medida em que ela é capaz de reportar-se, em principio, ao assentimento livre de todos os indivíduos inclusos nela”. Nesse sentido, “toda comunidade jurídica moderna (...) está fundada na assunção da imputabilidade moral de todos os seus membros” (HONNETH, 2003, p. 187-188). Assim sendo, as propriedades concretas pelas quais os membros de uma sociedade se reconhecem como sujeitos de direitos não são estáticas. De fato, o universo objetivo e subjetivo dos direitos conhecidos como fundamentais se ampliou imensamente, tendo em vista que a imputabilidade moral é pressuposta, mas não impede – antes evidencia – os muitos conflitos existentes entre a realidade normativa e a pressuposição apontada, por isso é muito comum que indivíduos não se sintam reconhecidos juridicamente, o que gera uma demanda por reconhecimento ou “luta por reconhecimento”, sob cuja pressão ampliam-se as propriedades universais de uma pessoa moralmente imputável. Assim,

[R]econhecer-se mutuamente como pessoa de direito significa hoje, nesse aspecto, mais do que podia significar no começo do desenvolvimento do direito moderno: entretentes, um sujeito é respeitado se encontra reconhecimento jurídico não só na capacidade abstrata de poder orientar-se por normas morais, mas também na propriedade concreta de merecer o nível de vida necessário para isso (HONNETH, 2003, p. 193).

O efeito provocado pelo reconhecimento jurídico na relação de um indivíduo consigo mesmo é, para a teoria do reconhecimento, à semelhança do que ocorre nas relações primárias de amor e amizade, uma autorrelação positiva, já que a adjudicação de direitos permite que o indivíduo possa referir-se a si mesmo como pessoa moralmente imputável. Para Honneth “O sujeito adulto obtém a possibilidade de conceber sua ação como uma manifestação da própria autonomia, respeitada por todos os outros, mediante a experiência do reconhecimento jurídico.” Por esse motivo, denomina a autorrelação prática propiciada por essa categoria de reconhecimento de autorrespeito: um indivíduo pode respeitar a si mesmo por merecer o respeito dos outros.

A estima social, diferentemente do reconhecimento jurídico, deve dotar o indivíduo da capacidade de “referir-se positivamente a suas propriedades e capacidades concretas” (HONNETH, 2003, p. 198), o que depende do compartilhamento de um universo de valores por toda a comunidade. Mais uma vez, não existe paralelo entre a estima social da modernidade e aquela das sociedades tradicionais, já que a divisão estamental poderia possibilitar, no máximo, a existência de reconhecimento no interior de cada estamento, enquanto “nas sociedades modernas, as relações de estima social estão sujeitas a uma luta permanente na qual os diversos grupos procuram elevar, com os meios da força simbólica e em referência às finalidades gerais, o valor das capacidades associadas à sua forma de vida” (HONNETH, 2003, p. 207).

Interessante notar que a referência ao pertencimento a determinado grupo pode continuar existindo como um fator merecedor de reconhecimento na sociedade moderna, mas a existência desses grupos é muito mais volátil e o próprio pertencimento de um indivíduo a um grupo não é estável. Ocorre o fenômeno da individualização, que vem da já mencionada imputabilidade moral individual, de modo que um indivíduo pode valorar sua conduta individualmente, podendo gozar de respeito social fazendo referência apenas a si mesmo. Disso não podemos concluir que a valoração de grupos ou coletividades não possa ter um significado positivo para um membro do grupo. Bem ao contrário, tanto as relações coletivas são importantes nesse patamar que as demandas por reconhecimento são demandas quase sempre coletivas, como é o caso dos grupos de vítimas de regimes de exceção que lutam pelo resgate de sua memória. Contudo, o que se deve frisar é que é factível que as relações de respeito sejam simétricas não apenas dentro de grupos, mas, inclusive, fora deles, já que a imputabilidade moral é partilhada por todos os indivíduos. Axel Honneth denomina a autorrelação prática propiciada pela estima social de “autoestima”. Diferentemente do reconhecimento jurídico, o reconhecimento baseado na valoração social positiva não é meramente cognitivo, mas afetivo, e possibilita as relações solidárias

Por isso, sob as condições das sociedades modernas, a solidariedade está ligada ao pressuposto de relações sociais de estima simétrica entre sujeitos individualizados (e autônomos); estimar-se simetricamente nesse sentido significa considerar-se reciprocamente à luz de valores que fazem as capacidades e as propriedades do respectivo outro aparecer como significativas para a práxis comum. Relações dessa espécie podem se chamar “solidárias” porque elas não despertam somente a tolerância para com a particularidade individual da outra pessoa, mas também o interesse afetivo por essa particularidade (HONNETH, 2003, p. 210-211).

A solidariedade é, em certo sentido, uma síntese entre as relações de amor (que, contudo, é direcionada a uma pessoa específica), e as relações jurídicas (que, contudo, carecem do aspecto afetivo por ignorar as capacidades concretas dos indivíduos). A estima social é um modo de reconhecimento que valoriza a dignidade como componente da personalidade, pressupondo os dois níveis anteriores de reconhecimento, e alcançar esse tipo de reconhecimento possibilita o pleno gozo da vida em sociedade.

### 1.3.2. Reconhecimento, direito, memória e desrespeito

A luta pela memória assume o caráter de uma luta por reconhecimento. No campo das relações jurídicas, ainda quando não se possa falar de um “direito à memória” positivado, é inegável que existe uma demanda não reconhecida por direito à memória e que, portanto, alguém não se considera respeitado pela comunidade jurídica como um todo. Mais que isso: o passado sempre nos deixa alguma memória, ainda que essa memória seja parcial, contemple apenas uma determinada parcela da população ou tenha sido manipulada para satisfazer a interesses específicos. Nesse sentido, é possível afirmar que a memória de alguém está sendo preservada em detrimento da memória de outros, e como a comunidade jurídica pressupõe a inclusão de todos os indivíduos, decorre que a exclusão de determinado grupo ou indivíduo do gozo de um direito, enquanto outro grupo pode gozá-lo, deve ser lido como um desrespeito no nível do reconhecimento jurídico.

De fato, o direito nunca esteve alheio à formação da memória e à imposição do esquecimento. As leis de anistia contemporâneas podem ter como consequência secundária indesejada o esquecimento ou a manipulação da memória, mas antigamente tinham um papel muito distinto e até explicitamente vinculado a uma obrigação de esquecer. Na Roma Antiga, uma terrível pena *post mortem* impunha o esquecimento total de um indivíduo.

Em Roma o castigo da *damnatio memoriae* atingia sobretudo os governantes e outros poderosos que em uma mudança política, na sua morte ou depois de uma revolução, eram declarados “inimigos do Estado”. Então seus retratos eram destruídos, as estátuas derrubadas, seus nomes removidos das inscrições. Muitos de seus decretos também deixavam de valer da noite para o dia, de modo que nem esses testemunhos mais lembrassem aquela “não-pessoa”. De acordo com Suetônio, em uma de suas biografias sobre os Césares, isso aconteceu com o odiado imperador Domiciano, quando em 66 d. C. ele foi vítima de um atentado. Imediatamente por ordem do Senado seus retratos foram arrancados e as menções a seu nome removidas das

inscrições, tudo isso com o objetivo declarado de “remover do mundo qualquer lembrança” de sua pessoa (WEINRICH, 2001, p. 60).

Na prática, muitas vezes as Leis de Anistia representam leis do esquecimento (a proibição de lembrar), já que fatos deixam de ser investigados.<sup>36</sup> Os abusos da memória podem ser também abusos do esquecimento, e o mais grave abuso será o do esquecimento comandado por leis de anistia, em que palavras como esquecimento e perdão podem não aparecer, mas estão presentes ainda que subliminarmente como condições para se deixar o passado para trás e demarcar um novo começo. Contudo, pode existir perdão genuíno antes mesmo de qualquer condenação? Como nos diz Paul Ricoeur, “a proximidade mais que fonética, e até mesmo semântica, entre anistia e amnésia aponta para a existência de um pacto secreto com a denegação da memória que [...] na verdade a afasta do perdão após ter proposto sua simulação” (RICOEUR, 2007, p. 460). O Editto de Nantes, promulgado na França por Henri IV em 1598, assim prescreveu: “Artigo 1: Primeiro, que a memória de todas as coisas passadas de ambos os lados (...) permanecerá apagada como coisa não ocorrida. – Artigo 2: Proibimos a todos os nossos súditos (...) renovar a memória desse passado”.

Não há dúvida de que os tratamentos manipulados da memória e do esquecimento são formas de desrespeito para com a memória coletiva. Mas, sobretudo, é a memória das vítimas que sofre a maior agressão, porque foram elas que sofreram uma injustiça. Quer dizer, a negação da memória apenas fecha o ciclo de um sem-fim de negações de reconhecimento, em todos os níveis desde o mais primordial. A agressão física, por exemplo, é um tipo de violência que fere profundamente a confiança e a autoconfiança aprendidos no amor. E esse não reconhecimento mais primordial de que foi desprovida a vítima no momento em que sofreu a injustiça primeira se perpetua indefinidamente enquanto a memória desse desrespeito inicial é negada. Além disso, toda vez que alguém é excluído da comunidade jurídica ou não tem acesso ao grupo dos “portadores de direitos”, não sendo reconhecido nesse nível, há uma polarização entre incluídos e excluídos, ou entre vítimas e opressores, que pode ser compreendida nos termos de uma relação de dominação, tal como será explorado no capítulo seguinte.

---

<sup>36</sup> Não quero dizer com isso que o processo judicial é o único e, nem mesmo, o mais adequado local para se reconstruir a memória, mas sabemos que na prática é comum que a narrativa de uma história dos vencidos/vítimas seja difícil de ser realizada e, nesse contexto, os processos judiciais podem acabar desempenhando um importante papel. Processos judiciais podem também ser um fértil campo de batalhas onde são criadas, p. ex., ficções jurídicas que são o caminho para a posterior aquisição de um direito, como é o caso do direito à memória.

Não quero aqui afirmar que nenhum perdão é possível, se há alguma incompatibilidade entre perdão e justiça, ela não é visível em um primeiro olhar. Mas que existe uma incompatibilidade entre justiça e denegação da memória, isso sim, é possível concluir a partir da teoria do reconhecimento, pois todo desrespeito é uma denegação de reconhecimento e será sempre visto como uma injustiça por aquele que se sentiu desrespeitado. Voltamos aqui à questão da centralidade das vítimas já discutida no tópico sobre razão anamnética e justiça anamnética, já que reconhecimento e justiça são conceitos que se tocam justamente no lugar essencial ocupado pela vítima. Na medida em que o reconhecimento é uma forma de justiça, a mera punição de perpetradores de crimes contra a humanidade nesse contexto é insuficiente para a realização da justiça.

A Corte Interamericana de Direitos Humanos vem consolidando o entendimento de que as leis de anistia são incompatíveis com a Convenção Americana de Direitos Humanos, motivo porque seriam inválidas. Esse entendimento é afirmado nos casos *Barrios Altos (2001)*, *Almonacid Arellano y otros vs. Chile (2006)* e *Gomes Lund e outros vs. Brasil (2010)* (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2001; 2006; 2010). Nesses casos, as leis de anistia são vistas como empecilho à obrigação do Estado de investigar e, quando for o caso, condenar e punir os responsáveis por graves violações aos direitos humanos, obrigação esta consolidada na jurisprudência da Corte desde o caso *Velásquez Rodríguez vs. Honduras* (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 1988). A invalidade das referidas leis de anistia é fundamentada, predominantemente, no combate à impunidade gerada pelas mesmas. As sentenças, certamente, se tornaram mais abrangentes em seus fundamentos com o passar dos anos. No caso *Lund*, por exemplo, já se fala na obrigação do Estado de determinar o paradeiro das vítimas e até se menciona, *en passant*, um “direito à verdade”.

Apesar disso, a insistência da Corte Interamericana sobre o tema da impunidade e da total invalidade das leis de anistia em relação a determinados crimes não favorece o aspecto anamnético da justiça. Igualmente, autores que centram o debate das leis de anistia sobre a punição dos agentes, batizando-as de “leis de impunidade” (MOISÉS, 2008), estão tratando o problema a partir de uma ótica centrada no papel do carrasco, e por isso, de maneira apenas parcial, pois, isoladamente, a punição dos agressores não é suficiente para realizar a justiça para as vítimas. É até mesmo questionável que essa solução punitiva seja essencial em si mesma. Talvez o principal problema das chamadas “leis de anistia” na América Latina (especificamente, daquelas que anistiam violações graves aos direitos humanos, associadas aos regimes de exceção entre as décadas de 1960-1980), ao contrário do que parece entender a

Corte, não é que elas perdoam crimes bárbaros, "imperdoáveis". É que elas foram leis do *esquecimento*, que impuseram uma visão distorcida do que ocorreu e que não fazem justiça à memória das vítimas e da sociedade como um todo. Essas leis não são injustas porque elas perdoam, elas são injustas porque elas *não* perdoam nada, elas apenas buscam apagar o passado. E por serem autoanistias, representam apenas um autoperdão que não leva em consideração a vítima. É o papel da vítima que necessita ser resgatado aqui, e ela ainda é uma personagem coadjuvante – embora cada vez mais presente – nas decisões da Corte.

É preciso reconhecer, contudo, que as vítimas ganharam bastante espaço nos tribunais internacionais e, inclusive, na própria Corte Interamericana de Direitos Humanos. O Professor Cançado Trindade, no ano 2000, quando era membro da referida Corte, dedicou longas linhas às vítimas num voto em separado, no caso *Bámaca Velásquez*. A solidariedade humana (para com as vítimas) foi abordada em quatro pontos: a) o respeito aos mortos nas pessoas dos vivos; b) a unidade do gênero humano no vínculo entre os vivos e os mortos; c) os vínculos de solidariedade entre os mortos e os vivos; d) a prevalência do direito à verdade com respeito aos mortos e aos vivos. Nesse voto, ele pondera que “o respeito à memória dos mortos nas pessoas dos vivos constitui um dos aspectos da solidariedade humana”, e que “esta solidariedade, verdadeiramente intergeracional, também abarca gerações futuras, no sentido de livrá-las das violações dos direitos humanos que vitimizaram seus predecessores” (TRINDADE, 2007). Note-se que o juiz Cançado atribui, com essas palavras, um poder excepcional ao resgate da memória das vítimas na “garantia de não-repetição de violações passadas”. Se, por um lado, parece uma visão demasiado otimista em relação ao futuro – já que nunca poderemos garantir a não repetição de violações – por outro, ela evidencia a importância de um compromisso profundo a partir do reconhecimento da vítima, conforme a proposta de Reyes Mate e sua justiça anamnética.

A ideia de que existe uma relação promissora entre resgate e respeito à memória das vítimas e a perspectiva de um futuro onde não se repitam as mesmas violações, que se faz presente tanto nas palavras do professor e juiz Cançado Trindade quanto no pensamento do filósofo Reyes Mate, encontram um campo fértil ainda na temática do pedido de desculpas de caráter político ou oficial. Na definição de Tompson (2008, p. 31) “Um pedido de desculpas político é um pedido de desculpas oficial feito pelo representante de um Estado, corporação ou outro grupo organizado às vítimas ou seus descendentes, pelas injustiças praticadas pelos

oficiais ou membros do grupo”.<sup>37</sup> Para ser válido, o pedido de desculpas não pode ser apenas um ato formal que vise à restauração das relações amistosas, sob pena de poder ser acusado de falta de sinceridade. Mas a sua maior especificidade, o que o diferencia de outros tipos de atos voltados à reparação do dano experimentado pela vítima, é o modo como ele deve contemplar passado, presente e futuro. Isso porque, em primeiro lugar, aquele que se desculpa deve dar a entender três coisas à vítima: a primeira, é que ele reconhece que praticou um ato reprovável e assume a responsabilidade por isso. Trata-se, portanto, de um ato de reconhecimento da condição de vítima, ou seja, de alguém que sofreu uma injustiça e foi desrespeitado; a segunda, relacionada ao presente, é que aquele que pede desculpas deve demonstrar remorso ou arrependimento; a terceira, que é a projeção do pedido de desculpas para o futuro, é que se assume o compromisso de não voltar a cometer transgressões similares àquelas praticadas no passado (TOMPSON, 2008).

Evidentemente, o pedido de desculpas não é suficiente para reparar a injustiça praticada contra a vítima, outros tipos de reparações e restituições serão necessários, a depender de cada caso. Aliás, um pedido de desculpas não acompanhado de outros atos que busquem reparar a injustiça praticada seria facilmente interpretado como cínico, como também se o único objetivo de quem pede desculpas fosse promover a rápida reconciliação. Mas, para Tompson, o pedido de desculpas é uma parte essencial na reparação da injustiça sempre que a injustiça tiver sido praticada deliberadamente ou por negligência. Isso porque toda injustiça é também um ato de desrespeito contra a vítima e, conseqüentemente, ele deve demonstrar o respeito “pela existência, ponto de vista e interesses” da vítima (TOMPSON, 2008, p. 42).

Finalmente, é essencial estabelecer uma distinção entre a reconciliação como etapa importante da transição política de Estados de exceção a Estados democráticos, normalmente simbolizada pela anistia política, e a “reconciliação” com o próprio passado. Quanto à primeira, não está necessariamente preocupada com as questões do passado, mesmo porque trata-se de um passado que ainda não é propriamente passado (se pensarmos, por exemplo, na Anistia brasileira de 1979). Assim, reconciliação no primeiro sentido é exigida, simplesmente, “em virtude do mesmo princípio social que obriga a renunciar à violência espontânea, e é necessária a fim de evitar a prorrogação ou renovação das convulsões”. A reconciliação, assim entendida, possui um valor imperativo e é, por isso, exigível dos cidadãos, mas o

---

<sup>37</sup> Tradução livre. No original: “*A political apology is an official apology given by a representative of a state, corporation, or other organized group to victims, or descendants of victims, for injustices committed by the group’s officials or members.*”

mesmo não se pode dizer nem do perdão e nem do esquecimento. O fato de a reconciliação ser indispensável “não pressupõe a existência de um imperativo unilateral que obrigue as vítimas a perdoar ou condenar o mal sofrido, e muito menos a aceitar o esquecimento como condição necessária à reconciliação” (RESINA, 2008, p. 32).<sup>38</sup>

A outra “reconciliação”, aquela entre o passado, presente e futuro, depende justamente do enfrentamento da memória e da história desse passado, e é natural que seja menos imediata que a outra. Nesse sentido, “reconciliação” pressupõe que se condene – ou se perdoe – os culpados. Que se trabalhe a memória, ainda que seja para esquecer, se for o caso, mas para esquecer lentamente, afinal, “[p]ode ser um processo lento, mas não faz mal, pois só quem esquece lentamente (*lente desinere*) esquece de modo duradouro” (WEINRICH, 2001, p.42). Essa reconciliação só pode ser alcançada em certa medida, pois a memória é, assim como a própria identidade, “móvel e mutável” (TODOROV, 2002).

---

<sup>38</sup> Tradução livre. No original: “*La reconciliación es exigible en virtud del mismo principio social, que obliga a renunciar a la violencia espontánea, y es necesaria a fin de evitar la prolongación o renovación de las convulsiones. Ahora bien, el hecho que la reconciliación sea socialmente inexcusable no presupone la existencia de un imperativo unilateral que obligue a las víctimas a perdonar o condonar el mal sufrido, y mucho menos a aceptar el olvido como condición necesaria de la reconciliación.*”



## CAPÍTULO 2 – PRINCÍPIOS REPUBLICANOS NO DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS: O GIRO HISTORIOGRÁFICO E O PAPEL DAS TEORIAS SOBRE LIBERDADE NA CONTEMPORANEIDADE

### 2.1. Por que o passado importa?

#### 2.1.1. Preliminar metodológica: como devemos olhar para o passado

Antes de enfrentar a questão central do *porquê*, vejo-me obrigada a traçar algumas considerações sobre o modo *como* o passado deve ser estudado, pois investigar a ideia republicana sobre liberdade é uma tarefa a ser realizada com recurso à história das ideias. O modo de abordagem do passado torna-se central porque está também ligado à questão que se coloca em todo o trabalho, a começar pelo título: se é possível, e como, *aprender para o futuro*. Não é uma questão metodológica separada da pergunta sobre o *porquê*, antes o *porquê* determina o *como*, e o *como* sempre nos leva a reavaliar os nossos *porquês*. Feita essa ressalva, partirei primeiramente ao *como*, embora essa não seja uma questão anterior. O *porquê* está implícito nela, e será explicitado adiante.

Muito comumente, o estudo do passado pretende apenas conferir autoridade a uma doutrina atual, sobretudo nos estudos jurídicos. O uso de categorias do passado para explicar o presente sem as devidas contextualizações, a busca de respostas corretas a problemas supostamente perenes, a procura de constâncias e padrões eternos de comportamento ou mesmo de ideias morais são alguns dos problemas corriqueiros nos estudos sobre o passado. Especialmente quando são praticados como muleta para outras ciências que não estão preocupadas com os métodos do historiador. Isso não quer dizer que o passado não possa ser útil à compreensão do presente, mas talvez ele não deva ser usado apenas para justificar ou conferir autoridade a doutrinas do presente. Vale a pena investigar como foram forjadas ideias no passado, não para aplicá-las pura e simplesmente ao presente, mas para revelar os usos contraditórios das mesmas na atualidade.

O contextualismo na história das ideias políticas nasce no início da década de 1960, em contraposição ao pensamento ortodoxo no estudo da história, em que estava pressuposto que o estudo histórico da moral e da teoria política devia extrair dos textos clássicos *insights* que pudessem apresentar-se sobre questões gerais de sociedade e política da época presente. Nesse sentido, a preocupação com o contexto se contrapõe ao tratamento das ideias como atemporais, mas não se afasta dos textos clássicos, buscando o seu lugar em quadros de

pensamento mais amplos. Os historiadores que marcaram o início de uma nova fase no estudo da teoria política, entre eles John Pocock, ensinaram “a pensar a história da teoria política não como o estudo de supostos textos canônicos, mas sim como uma investigação mais abrangente das linguagens políticas em transformação nas quais as sociedades dialogam com elas mesmas” (SKINNER, 1999, p. 83-86).<sup>39</sup>

A afirmação de que os estudos históricos não eram capazes de revelar respostas a interesses perenes gerou um grande desconforto acerca da utilidade de um conhecimento que, não oferecendo respostas para o presente, estaria fadado a compreender o passado pelo passado. A essa acusação, Skinner responde com veemência que “[d]everíamos [...] estar dispostos a nos perguntar bem agressivamente o que se supõe ser o uso prático, aqui e agora, de nossos estudos históricos” (SKINNER, 1999, p. 87). Assim, a abordagem metodológica influencia definitivamente nas finalidades da pesquisa histórica, que, no mínimo, passariam a ser menos pretensiosas.

Ocorre que o fato de não encontrarmos através do estudo histórico respostas perenes a questões igualmente atemporais não nos libera do peso das heranças vindas do passado. Mesmo reconhecendo que existem descontinuidades,<sup>40</sup> as continuidades permanecem sendo uma realidade que desafia o historiador. Aplicamos teorias herdadas, apesar de nem sempre as compreendermos. Por isso, “temos [...] de ser capazes de ver como os conceitos que ainda invocamos foram inicialmente definidos.” Ora, apenas numa leitura apressada esse novo objetivo poderia ser visto como desimportante: trata-se da busca por uma compreensão autoconsciente de conceitos e ideias que herdamos e aplicamos de modo não autoconsciente (SKINNER, 1999, p. 88-89). Conceitos que se tornam independentes, etéreos e universais tiveram sua origem no passado e, muitas vezes, eram dependentes, efêmeros e particulares. Voltar o olhar para o passado somente faz sentido se o que procuramos descobrir são justamente as especificidades em torno de uma ideia. Mas, em última instância, trata-se de

---

<sup>39</sup> Quentin Skinner, juntamente com John Pocock, integra o grupo dos historiadores contextualistas, para o qual o significado de um documento depende radicalmente de sistemas de conceitos que estavam à disposição do seu autor no momento em que escreveu. O grupo dos textualistas também se opõe à leitura ortodoxa da história, sendo mais cético quanto à possibilidade de apreender o contexto já que, assim como o texto, ele também será interpretado de acordo com as nossas crenças atuais (FISHER III, 1996-1997). Pessoalmente, acredito que ambas as correntes tenham a sua parcela de razão e as suas falhas. Entretanto, mesmo reconhecendo que o estudo do contexto é limitado pelo nosso próprio contexto, ele não se torna por isso inútil, e tem o potencial de revelar conexões insuspeitadas a partir de um olhar do presente lançado sobre o passado sem censuras ao próprio presente.

<sup>40</sup> O próprio Skinner afirma interessar-se, atualmente, mais pelas descontinuidades que pelas continuidades que foram objeto do *The foundations of Modern Political Thought*, em que ele enfoca o desenvolvimento da ideia de Estado soberano da modernidade. No artigo que escreve para o *Rethinking the foundations of modern Political Thought*, entretanto, Skinner reafirma a validade da pesquisa histórica dos momentos de continuidade. Cf. SKINNER, 2006. Sobre a questão das descontinuidades, Cf. POCOCK, 2004; KOSKENNIEMI, 2001; FISHER III, 1997.

uma questão existencial, porque nós somos, em parte, as nossas heranças, e compreendê-las melhor equivale a compreendermo-nos e, possivelmente, reavaliarmos as escolhas feitas no passado.

Não obstante hoje em dia o estudo da história tenha absorvido as leituras críticas de estruturalistas, contextualistas, pós-modernos/textualistas e outras, o uso dos métodos históricos, em regra, não é bem manejado por juristas, que, na maioria das vezes, recorrem à história como fonte de autoridade para seus argumentos. Não que a busca de autoridade seja em si algo reprovável – aliás, faz parte da natureza do trabalho do advogado a busca de autoridade para seus argumentos – mas os métodos da história são quase sempre ignorados pelas disciplinas jurídicas e a história transformada em mera ferramenta para os objetivos do jurista (GALINDO, 2011a).

Galindo identifica três atitudes do jurista em relação à história. Uma estática, que “normalmente assume que uma norma legal ou regra ou prática tem um significado fixo estabelecido pelo uso passado”;<sup>41</sup> uma dinâmica, que promove “a ideia de que a interpretação de textos jurídicos, regras e princípios muda e deve mudar no tempo para se adaptar às condições cambiantes”;<sup>42</sup> e uma terceira crítica, que enfoca as descontinuidades da história para destruir a relação entre passado e presente. As duas primeiras atitudes incorrem no erro de buscar legitimar a partir da história - e sem os métodos próprios para isso - um argumento ou ideia do presente (GALINDO, 2011a). A terceira, com baixa representatividade entre juristas de todo o mundo, embora não incorra no mesmo erro das duas primeiras, volta as costas à possibilidade de compreender melhor o presente desde uma leitura das heranças vindas do passado, o que implicaria a existência de continuidades históricas (ainda que em convivência com as descontinuidades).

Os juristas internacionalistas dos séculos XIX e XX recorreram frequentemente ao passado. A relação entre teoria e método era problemática porque não havia um esforço metodológico de aproximação dos dois. Se por um lado a história servia apenas para conferir autoridade a uma teoria, por outro, ela não pressupunha um ponto de partida teórico. Ou seja, “teóricos do direito internacional olhavam regularmente para o passado, mas aparentemente eles o faziam apenas para confirmar suas hipóteses – para provar a existência do direito que,

---

<sup>41</sup> Tradução livre. No original: “normally assumes that ‘a legal norm or rule or practice has a fixed meaning that has been established by past usage’” (GALINDO, 2011a, p. 2).

<sup>42</sup> Tradução livre. No original: “the idea that ‘the interpretation of legal texts and rules and principles does and must change over time to adapt to changing conditions’” (GALINDO, 2011a, p. 2).

para eles, regulava ou deveria regular as sociedades do presente (ou a sociedade internacional)” (GALINDO, 2011a, p. 6).<sup>43</sup>

Nem mesmo teóricos da estatura de Kelsen e Lauterparcht ficam imunes à crítica. O uso prático da história com a função de legitimar determinada teoria é vastamente praticado ainda nos dias de hoje.

Juristas internacionalistas referem-se à história para conferir autoridade a sua obra. Eles sentem que teorias só podem ser legitimadas se profundamente fundadas em um autor, uma doutrina, um princípio ou uma instituição do passado. Infelizmente, tal uso prático da história é feito, muitas vezes, sem o devido respeito ao historiador [...]. Normalmente, as ‘origens históricas’ ou a ‘experiência histórica’ em um tema específico são apresentados para dar espaço ao argumento principal do autor (GALINDO, 2011a).<sup>44</sup>

Entre os juristas que se preocupam em lançar um olhar cuidadoso ao passado, destaca-se o autor Martti Koskenniemi, que, sobretudo na obra *The Gentle Civilizer of Nations*, propõe uma releitura total da história da disciplina, desde sua origem.<sup>45</sup> Nessa obra magistral, Koskenniemi provoca, segundo Galindo, um giro historiográfico com potencial para impactar todo o estudo do direito internacional a partir de então. Tal giro refere-se a uma necessidade de revisar a história e (re)estabelecer as conexões entre o passado e o presente das normas, instituições e doutrinas do direito internacional, além de superar as barreiras que separam a história da teoria (GALINDO, 2005, p. 541).

### 2.1.2. Por que devemos olhar para o passado: um aprendizado para o exercício da liberdade

A história é capaz de, como já foi dito, possibilitar uma compreensão mais autoconsciente das heranças do passado, o que significa dizer que crenças presentes podem desmoronar, abrindo espaços para novas escolhas em relação ao futuro. Isso porque podemos nos deparar com a realidade de que alguns dos valores atuais são cristalizações de

<sup>43</sup> Tradução livre. No original: “[t]heorists of international law regularly looked to the past, but apparently they did so only to confirm their hypothesis—to prove the existence of the law that in their minds ruled or should rule present societies (or the international society)”.

<sup>44</sup> Tradução livre. No original: “International lawyers refer to history to give authority to their work. They feel theories can only be legitimised if deeply grounded in an author, a doctrine, a principle, or an institution of the past. Unfortunately, such a practical need for history many times is made without proper respect for the historian [...]. Normally, the ‘historical origins’ or the ‘historical background’ of a specific issue are presented to give space to the author’s main argument”.

<sup>45</sup> Segundo Koskenniemi, a disciplina surge com a fundação do *Institut de Droit International*, em 1870, muito depois das datas defendidas pelas historiografias dominantes até o momento, que apontam as publicações de autores como Hugo Grócio (primeira metade do século XVII) ou a celebração dos tratados da Paz de Vestfália (1648-59) como marcos iniciais do Direito Internacional como disciplina jurídica. Cf. KOSKENNIEMI, 2001.

“repositórios de valores que não mais endossamos”. O papel do historiador seria trazer à tona, como um arqueólogo, ideias e valores enterrados, “possibilitando-nos reconsiderar o que pensamos deles” (SKINNER, 1999, p. 90). Se os valores incorporados – nem sempre conscientemente – em nosso atual modo de vida, em nossa maneira de agir e pensar esses valores, refletem uma série de escolhas feitas no passado entre diferentes mundos possíveis, então a consciência desse passado

[...] pode ajudar a libertar-nos do domínio de qualquer uma das explicações hegemônicas desses valores e de como eles devem ser interpretados e compreendidos. Munidos de uma possibilidade mais ampla, podemos nos distanciar dos compromissos intelectuais herdados e exigir um novo princípio de investigação sobre esses valores. [Podemos assim obter] informação relevante para a elaboração de critérios sobre [...] valores e crenças atuais [...]. (SKINNER, 1999, p. 93-94)

A possibilidade de quebrar as continuidades numa realidade injusta é a promessa de teorias que, no estudo do direito internacional, buscam se aproximar da história com um olhar atento às limitações e potencialidades da relação entre passado e presente. As limitações consistem, sinteticamente, no fato de que não é possível encontrar o presente no passado (GALINDO, 2011a), e tampouco é possível trazer de volta o passado, que não é acessível a não ser através do olhar a partir do presente. As potencialidades estão na possibilidade de romper com as ideias hegemônicas cujas bases ruíram (porque não mais as endossamos) mas cuja ruína desconhecíamos. De fato, as hegemonias apoiam-se em amnésias – o conceito de liberdade liberal, por exemplo, é hegemônico, em parte, porque aparenta ser o único disponível, já que o ideal republicano enquanto filosofia política praticamente desapareceu do repositório de valores atuais. A história não é panacéia, porque não pode nos salvar das nossas escolhas passadas nem determinar as futuras, mas pode, sim, ampliar o espaço para novas escolhas, o espaço para se romper com hegemonias injustas.

Se, por um lado, o projeto moderno de mundo tem na liberdade um dos seus valores fundamentais, por outro, o que ele despreza é justamente o tipo de liberdade que a tarefa do historiador amplia: as fundações da liberdade moderna, iluminada, são construídas sobre o esquecimento do passado para o progresso. Já a proposta da razão anamnética é capaz de ampliar o espaço da liberdade de escolha entre diversos mundos possíveis no futuro, mas de uma maneira diferente daquela conhecida por progresso. Trata-se de uma liberdade atenta ao passado, para um “progresso” atento ao futuro. Uma liberdade e um progresso, portanto,

menos livres no sentido de que têm mais compromissos e amarras com o passado, porém mais livres no sentido de que suas escolhas são mais bem informadas e autoconscientes.

Nas palavras de Galindo (2011a, p. 18-19), “Se a situação corrente das normas jurídicas internacionais é injusta para milhões de pessoas, possibilidades de interromper esse continuum de injustiça são bem vindas” (GALINDO, 2011a, p. 18-19).<sup>46</sup> Se fazer da história um “campo de força” onde ideias hegemônicas podem ser rediscutidas não é uma tarefa isenta de perigos, por outro lado é mais promissora em termos de justiça que a continuidade das hegemonias erguidas sobre os corpos de milhões de vítimas.

O uso da história deve trazer consigo um novo modo de pensar sobre a ideia de razão, a fim de permitir que a memória seja incorporada a ela. A razão somente pode se tornar verdadeiramente histórica quando se tornar anamnética, quando tiver consciência dos infortúnios que causou. É por isso que, como diz Johann Metz, ‘a razão anamnética, portanto, não é conduzida acima de tudo por um a priori de comunicação e acordo, mas por um a priori de sofrimento (GALINDO, 2005, p. 558).<sup>47</sup>

Se, no século XIX e primeira metade do século XX, importantes juristas recorriam comumente ao passado em busca de autoridade para suas teorias, a fase seguinte foi marcada por um distanciamento tanto das teorias como da história. Sobretudo após a Segunda Guerra Mundial, quando o direito internacional sofreu forte influência do “espírito pragmático”,<sup>48</sup> estudos históricos e teóricos foram relegados ao segundo plano. A ausência de autoconsciência da disciplina acerca do próprio passado foi responsável, então, por possibilitar a fácil manipulação por diferentes agendas (GALINDO, 2005; KOSKENNIEMI, 2001).

O direito internacional é descrito por Martti Koskenniemi em vista dessa possibilidade de manipulação do discurso, não como estritamente oposto à hegemonia, mas, ao contrário, como uma técnica hegemônica. Isso porque seus conceitos mais centrais não têm um conteúdo fixo. Assim, tanto a defesa da unidade como da diversidade podem ser usadas de

---

<sup>46</sup> Tradução livre. No original: “*If the current situation of international legal rules is unjust to millions of people, possibilities for interrupting such a continuum of injustice are welcome.*”

<sup>47</sup> Tradução livre. No original: “*The use of history must bring with it a new way of thinking about the idea of reason in order to allow memory to be incorporated into it. Reason can only become truly historical when it becomes anamnestic, when it is aware of the misfortunes it has caused. That is why, as Johann Baptist Metz says, ‘anamnestic reason, therefore, is not primarily led by an a priori of communication and agreement, but by an a priori of suffering’.*”

<sup>48</sup> O pragmatismo no direito internacional fortalece-se nessa época como uma tentativa de oferecer uma resposta mais efetiva aos horrores da Segunda Guerra. Com o objetivo de limitar a ação dos Estados, defende uma série de posturas objetivistas (não-voluntaristas) que passam a ser a principal corrente de pensamento no direito internacional. Para uma síntese do pensamento dessa corrente, cf. AGO, 1957.

modo hegemônico. Unidade pode ser tanto “unidade global” quanto “uniformidade opressora”, enquanto a diversidade pode tanto ser “egoísmo soberano” como “autodeterminação e identidade” (KOSKENNIEMI, 2004). A soberania foi um argumento usado tanto pelo terceiro mundo contra a dominação colonialista/imperialista quanto para justificar a ausência de apoio do Chile à prisão de Pinochet na Inglaterra e a posição dos Estados Unidos contra o Tribunal Penal Internacional. Não se trata de um compromisso definitivo com um dos dois lados, pois, como explica Koskenniemi, “Essas posições não ficam permanentemente fixas [...]. Porque nem soberania nem comunidade internacional têm qualquer conteúdo fixo, a escolha entre os dois não pode ser feita como um compromisso ético, mas apenas como estratégia hegemônica” (KOSKENNIEMI, 2004, p. 201-202).<sup>49</sup>

A luta entre essas visões pode ser lida em termos de um processo de contestação hegemônica na medida em que os atores envolvidos invocam normas jurídicas nas quais projetam suas próprias preferências. Ou seja, a disputa política é colocada em termos jurídicos como “autodeterminação”, “terrorista” ou “*jus cogens*” com o objetivo de que uma visão particular apareça como uma visão do todo, uma preferência específica apareça como uma preferência universal. Daí tratar-se de uma estratégia hegemônica, baseada numa visão pragmática do direito potencializada pelo desconhecimento do passado da disciplina (KOSKENNIEMI, 2004, p. 199).

O giro historiográfico permite que se veja a presença dos conflitos políticos de maneira mais clara no desenvolvimento do direito internacional, embora cada individualidade reclame a sua posição como aquela universalmente válida. O direito, então, é “uma superfície sobre a qual adversários políticos engajam-se em práticas hegemônicas” (KOSKENNIEMI, 2004, p. 200).<sup>50</sup> Tais práticas são determinadas por agendas políticas intimamente ligadas aos principais temas do direito internacional, como o uso da força e a segurança na ordem mundial. Problemas sem dúvida de grande relevância, mas que, possivelmente, não são os únicos e talvez nem mesmo os mais relevantes do ponto de vista da maior parte da população mundial.

Os principais problemas da ordem mundial não são aqueles com os quais o poder hegemônico está obcecado – uso da força e segurança nacional – mas problemas econômicos, sendo a pobreza o exemplo mais marcante, ou seja, problemas que o poder hegemônico, normalmente, joga para fora da regulação pelo direito internacional público. No entanto, é importante ver

---

<sup>49</sup> Tradução livre. No original: “[T]hese positions do not remain permanently fixed. [...] Because neither sovereignty nor world community has any fixed content, the choice between the two cannot be made as a principled commitment, only as hegemonic strategy”.

<sup>50</sup> Tradução livre. No original: “Law is a surface over which political opponents engage in hegemonic practices”

que, enquanto a pobreza massiva do Terceiro Mundo é sustentada por negociações não representativas de governos de Terceiro Mundo com corporações privadas internacionais, isso não é independente do sistema internacional que fornece os meios para esses governos, que têm competência para tomar emprestados fundos dos mercados financeiros internacionais e celebrar contratos de concessão com empresas ocidentais, com força obrigatória, contra os interesses de seus Estados e populações pelas próximas décadas. Por esse ponto de vista, a ordem pública internacional – seus princípios de reconhecimento de governos, força obrigatória e não intervenção – está inteiramente implicada no que só pode ser visto como um sistema profundamente injusto de distribuição material e espiritual de valores (KOSKENNIEMI, 2004, p. 213-214).<sup>51</sup>

Evidentemente, a crítica do direito internacional e suas hegemonias não pode resultar numa rejeição do próprio direito ou na sua equiparação à política, tal qual fizeram autores como Morgenthau ao discutir a primazia do político (KOSKENNIEMI, 2001). Fazer isso equivaleria a negar o direito como um campo cuja maior qualidade talvez consista na possibilidade de fazer demandas em termos universais, ainda que essa característica tenha o defeito de permitir as ditas manipulações – sobretudo onde está ausente o conhecimento acerca do passado. O giro historiográfico presente no *“The Gentle Civilizer of Nations”* pode nos levar, isso sim, a um giro histórico: a uma crítica da razão ilustrada que, por muito tempo, ignorou a história. Essa crítica não deve implicar tão somente que descartemos a razão, mas que a encaremos de outro modo, uma razão que faça a crítica do próprio passado (GALINDO, 2005).

O giro histórico traduz, no fundo, a capacidade de incorporação da crítica ao pensamento hegemônico, como um par do qual não logra desvencilhar-se. Um direito internacional que olhe para o passado, portanto, seria mais capaz de refletir sobre suas próprias falhas. Esse conhecimento talvez nos sirva para um melhor exercício da liberdade. O uso hegemônico de certas ideias é facilitado pelo desconhecimento do passado em que essas hegemonias se formaram, e o seu conhecimento pode ser até mesmo libertador, na medida em que atualiza a necessidade de legitimação que não poderá mais se basear num passado desconhecido e falseado. A memória traz consigo a experiência da injustiça e do sofrimento

---

<sup>51</sup> Tradução livre. No original: “[T]he main problems of world order are not those the hegemon is obsessed with – use of force and national security – but economic problems, poverty being the most striking example, that is, problems the hegemon usually casts as outside regulation by public international law. Yet, it is important to see that as massive Third World poverty is sustained by the dealings of unrepresentative Third World governments with private transnational corporations, it is not unrelated to the international legal system that provides those governments with the competence to borrow funds from the international financial markets and to conclude concession agreements with Western companies with binding force against the interests of their country and populations for decades to come. In this regard, the global public order—its principles of recognition of governments, binding force and non-intervention—is fully implicated in what can only be seen as a deeply unjust system of distributing material and spiritual values”.



que foram neutralizadas no presente por uma igualdade pressuposta, fictícia. Entretanto, o pensamento hegemônico não incorpora esse sofrimento sequer como um aprendizado, apoiando-se, assim, numa amnésia em relação ao passado.

A dimensão cognitiva (científica), para Galindo, é essencial, mas insuficiente. “O giro historiográfico só fará sentido se permitir o giro histórico, se for capaz de garantir que o direito internacional é eminentemente histórico e que se torne um direito internacional eminentemente anamnético” (GALINDO, 2005, p. 559).<sup>52</sup> A postura histórica, portanto, é mais que uma exigência metodológica no estudo da disciplina: a razão anamnética, incorporada ao giro historiográfico seria capaz de uma crítica ainda mais contundente e constante dos mesmos pressupostos historiográficos aos quais se vincula (GALINDO, 2005). A razão anamnética que não apenas conhece - mas antes se reconhece - no sofrimento das vítimas, gerando uma possibilidade de aprendizado.

## **2.2. Republicanismo: o resgate de uma teoria... esquecida?**

Na primeira parte deste item, tratarei de ideias e princípios republicanos associados ao republicanismo contemporâneo. A que nos referimos, comumente, quando falamos em república ou republicanismo? Na segunda parte defenderei, baseando-me nas ideias de Pettit e Skinner,<sup>53</sup> que ao republicanismo contemporâneo – ao menos àquele que tem bases efetivas no mundo jurídico para além do pensamento – falta justamente o essencial: o ideal de liberdade. Daí porque o liberalismo, enquanto ideal político, tornou-se predominante na sociedade contemporânea, e mais ainda no âmbito internacional, o que será explorado no último item.

### *2.2.1. Republicanismo, aristotelismo e particularismo*

O termo “republicanismo” é bastante utilizado e assume um papel importante entre as doutrinas contemporâneas sobre o fundamento de validade das normas jurídicas. Ele congrega muitos conceitos nem sempre coerentes entre si, embora sua essência, a liberdade republicana,

<sup>52</sup> Tradução livre. No original: “*The historiographical turn will only make sense if it allows the historical turn, if it is able to ensure that international law is eminently historical and that it become a truly anamnestic international law*”.

<sup>53</sup> Muitos autores debruçam-se sobre o tema do republicanismo. Embora a literatura seja ampla, restringirei a minha análise às posições de Quentin Skinner e Philip Pettit, por considerá-las mais adequadas ao escopo deste trabalho. Para outras visões sobre o Republicanismo, cf. VIROLI, 2002a; MICHELMAN, 1988.

não tenha sido incorporada aos usos correntes do termo ou, ao menos, tenha se enfraquecido em grande parte. Os usos correntes podem ser vistos no debate contemporâneo sobre distintas concepções de bem comum, que nos remete a duas tradições antagônicas, o platonismo e o aristotelismo. Elas convivem no pensamento ocidental, e seus pontos de encontro estão justamente na exigência fundamental da busca do bem comum. Como ensina o professor Marcus Faro de Castro,

[E]m ambos os casos (platonismo e aristotelismo), a consciência do bem comum permanece como fundamento da política à qual se quer atribuir um caráter ético, contraposto ao da política escravizada às meras circunstâncias ou acidentes da vida e às tradições. Mas [...] há uma diferença importante entre o platonismo e o aristotelismo, no que diz respeito ao método de aquisição da consciência do bem (CASTRO, 2005, p. 88).

Trata-se de duas tradições filosóficas que têm visões de mundo distintas: uma aristotélica ou particularista, outra platônica ou universalista. A diferença no método da aquisição da consciência do bem comum referida no trecho acima consiste, essencialmente, em que, no paradigma universalista, é feita pelo treinamento do espírito em diversas áreas do conhecimento, da aritmética à dialética (PLATÃO, 2005). O legado platônico corresponde “ao compromisso com uma noção abstrata, una e eterna do bem moral” (CASTRO, 2005, p. 87). Já no paradigma particularista, “a formação da consciência do bem comum faz-se mediante a interatividade social ampla, sob regras referentes a modos de convívio social, sejam as regras de retórica, sejam as das instituições sociais e políticas” (CASTRO, 2005, p. 88).

O republicanismo pode ser classificado, para fins de se obter uma melhor visão dos seus pressupostos filosóficos, na corrente aristotélica, pois se sustenta na pressuposição de que o bem comum – ou pelo menos a consciência desse bem comum – é particular e histórico. Distancia-se, assim, da ideia de que valores universais, alheios à deliberação humana, possam ter validade. Não significa, necessariamente, que se negue a existência de valores universais, pois a deliberação humana pode ser entendida como meio para “descobrir” a lei natural. De qualquer maneira, é a deliberação – que tem um lugar no *espaço* e no *tempo* – que confere validade ao direito. O *particularismo* do republicanismo é uma fórmula que nos remete, assim, a uma tradição aristotélica. Os textos de Aristóteles foram, inclusive, essenciais para a formulação teórica das repúblicas italianas a partir do final do século XIII, quando foram redescobertos. Eles ajudaram a legitimar e conceituar as práticas de autogoverno que já existiam desde o século XII na região (SKINNER, 1993, p. 121).

Por isso, embora já no pensamento platônico estivesse presente a preocupação com o bem comum, é também verdade que o termo passou a ser associado muito mais à tradição republicana de base aristotélica.<sup>54</sup> E que embora o “republicanismo” tenha sobrevivido e tido momentos de grande influência nas revoluções francesa e americana, inspirando várias repúblicas que surgiram depois disso, grande parte da antiga origem dessa filosofia política foi deixada de lado posteriormente, e o termo passou a ser equiparado, sem maiores cuidados, a “democracia”, “estado de direito” (*rule of law*), e para alguns significou até mesmo a mera ausência de reis ou apoio para a revolução, independente do modo como fosse realizada (SELLERS, 2003).

Porque estava preocupado com a *res publica* ou “coisa pública”, Kant costuma ser identificado por alguns autores como um pensador republicanista (SELLERS, 2003; 2006). Ele defendeu a república como forma de governo representativa, em contraposição a governos despóticos (KANT, 2004). Contudo, o que ele descreve ao usar o termo “república” dificilmente poderia enquadrar-se na visão particularista. Isso porque, em Kant, os direitos individuais adquirem uma dimensão pré-política, de direitos inatos ou inalienáveis, portanto, fundados numa metafísica. Na medida em que defende que ser livre, moralmente, significa evitar a influência de qualquer inclinação do mundo sensível, permitindo a total autodeterminação de cada indivíduo para construir a sua própria concepção de bem, Kant alinha-se mais à corrente liberal, embora defenda a República como forma de governo (KANT, 2005). Isso porque os direitos inalienáveis, protegidos de maneira negativa – o Estado não deve interferir na realização da concepção individual de bem – implicam a possibilidade de um direito não histórico, atemporal, livre de determinantes culturais, econômicas, regionais ou de qualquer outra natureza. A razão é a tal ponto distinta do mundo empírico que, para Kant, o ideal de liberdade moral é poder distanciar-se completamente do mundo sensível e guiar-se apenas pela razão.

Com o desenvolvimento das repúblicas modernas, o republicanismo passou a ser um termo associado, principalmente, à deliberação pública de representantes, através de instituições que protegessem o bem comum dos interesses privados ou de partes da sociedade. Eis o teste de legitimidade: a deliberação serve, tão somente, como o meio para se “descobrir” o bem comum (SELLERS, 2006). Disso conclui-se que o bem comum pode ser aferido por

---

<sup>54</sup> Skinner (1993) explica que a definição de bem comum estava intimamente ligada ao ideal de justiça de autores das cidades-repúblicas italianas ainda no século XIII, e autores daquela época basearam-se amplamente em Roma. O ideal de justiça consistia em que cada um recebesse o que lhe era devido (*ius suum cuique*) e isso significava, para eles, que o interesse de alguém nunca poderia ser excluído ou injustamente submetido aos interesses de outrem. Apenas agindo de acordo com esse ideal de justiça se alcançaria o bem comum.

meio da razão, cujo método de aferição é a deliberação. O debate sobre o republicanismo vai se preocupar, portanto, com as instituições capazes de possibilitar e proteger a adequada aferição pela deliberação. Essa é, entretanto, uma visão apenas procedimental do fenômeno republicano, que deixa de lado questões sobre a república enquanto ideal político. A preocupação com o bem comum está presente, mas essa é uma preocupação compartilhada com o paradigma universalista.

O republicanismo contemporâneo, por sua vez, é uma leitura muito mais dedicada à validade do direito e exige que suas bases não sejam metafísicas. Eis a definição apresentada por Daniel Vargas, na sua dissertação de mestrado:

Ao abandonar tanto a versão clássica do republicanismo (que admite um bem comum enquanto base da sociedade) como o pluralismo liberal (que explica a unidade social a partir de uma noção metafísica acima e fora do controle dos seres humanos), o republicanismo contemporâneo rompe com uma visão *objetivista* de mundo e passa a aderir a um modelo de ordem capaz de legitimar a autoridade do direito sem recorrer a valores externos à própria sociedade. Esse é o ideal normativo que será incorporado no constitucionalismo republicano contemporâneo (VARGAS, 2005, p. 79).

Se, no ideal normativo republicano, a metafísica não tem lugar, é na comunidade histórica concreta que o direito encontrará seu fundamento de validade. O ideal não-objetivista republicano abre mão de valores externos porque se baseia na vontade, mutável, seja espacial ou temporalmente, de acordo com cada cultura e realidade concretas. A deliberação, para além de um método de aferição do bem comum, torna-se um método de aferição da vontade conformadora do bem comum. Logo, a historicidade dos valores e do próprio direito é pressuposto do republicanismo contemporâneo. Porque bem comum significa bem comum *de uma determinada comunidade histórica concreta*, tal ideal normativo não tem compromissos com o universal, mas com o histórico, com o particular.

A centralidade do ideal normativo do republicanismo contemporâneo, qual seja, a autodeterminação da comunidade concreta de acordo com a sua vontade, convive com outro ideal normativo de grande impacto: o liberalismo. A tensão entre os dois ideais se expressa no constitucionalismo contemporâneo no debate sobre alguns conceitos centrais à democracia no mundo ocidental, com predomínio de um ou de outro a depender do caso. Já no direito internacional, pode-se dizer que existe um predomínio mais claro do liberalismo, mas não sem presenças do republicanismo, que geram contradições difíceis de solucionar.<sup>55</sup>

---

<sup>55</sup> As presenças do republicanismo no direito internacional serão mais bem discutidas no item 2.3.

Se uma das características mais marcantes do legado platônico é “uma postulação da necessidade de que os governantes possuam determinadas qualidades morais [...] para que a política seja ‘justa’”, o liberalismo, herdeiro do universalismo platônico, estende “a todos os indivíduos na forma dos ‘direitos naturais’, as qualidades morais, correspondentes ao bem abstrato, [que se tornam] o fundamento da idéia de autogoverno típica da modernidade” (CASTRO, 2005, p. 87). Para os liberais, o pluralismo descreve a diversidade de concepções individuais acerca da vida digna, protegida por direitos naturais inerentes a cada ser humano. Os autores liberais veem as democracias modernas como sociedades onde coexistem distintas concepções do bem, a serem protegidas da vontade política da comunidade histórica. O componente universal/platônico está presente no direito individual, que não deve sofrer restrições devido a interferências do ‘particular’, representado pela vontade datada de uma comunidade histórica. Direitos naturais são, assim, direitos universais e perenes, imunes às variações morais da comunidade, e protegidos por liberdades negativas que resguardam o espaço de decisões do indivíduo na sua insubordinação moral. Eis a definição da professora Gisele Cittadino sobre o ideal de justiça liberal:

No que diz respeito aos liberais, na medida em que o pluralismo está associado à compreensão das democracias contemporâneas como sociedades onde há uma multiplicidade de concepções individuais a respeito do bem, o ideal de justiça delineado busca assegurar a cada indivíduo a realização de seu projeto pessoal de vida. Ao mesmo tempo, é possível conformar, segundo os liberais, uma concepção de justiça que, a despeito do “fato do pluralismo”, de que fala Rawls – ou do desacordo razoável para usar a expressão de Charles Larmore – possa não apenas garantir a autodeterminação moral dos indivíduos, mas também ser compartilhada por todos (CITTADINO, 2000, p. 6).

A visão contrária, defendida por autores comunitaristas, é que por estarem livres de qualquer dogmatismo jusnaturalista, podem utilizar o conceito de “abertura constitucional”, a ser preenchido pela vontade: “Para estes autores, se o constitucionalismo liberal tomava a lei como razão, o constitucionalismo ‘comunitário’ a toma como vontade: vontade política de uma comunidade histórica” (CITTADINO, 2000, p. 24). Aí identifica-se, facilmente, o legado do paradigma aristotélico também encontrado no republicanismo, pela sua “ênfase sobre a diferença ou o pluralismo social e político, e sobre o papel das instituições em propiciar o comportamento moderado e assim o convívio pacífico” (CASTRO, 2005, p. 87).

### 2.2.2. Princípios republicanos: soberania popular, periodicidade das eleições, separação de poderes, freios e contrapesos

Já nas repúblicas italianas do final do sec. XII era possível visualizar o princípio da responsabilidade do governante perante o corpo de cidadãos.<sup>56</sup> O ideal de liberdade republicano devia ser realizado pelo autogoverno, e mesmo aquele que desempenhava o papel de posição mais alta na administração da república não passava de um serviçal público: a *potestá*. Nas palavras de Skinner, “todos os membros de tais conselhos [que conduziam a administração da cidade junto com a *potestá*] incluindo a própria *potestá*, gozavam de *status* de serviçais públicos da comunidade que os elegeram”. A *potestá*, geralmente vinda de outras localidades, prestava seus serviços por um curto período de tempo, às vezes não mais que seis meses. Era obrigada a prestar contas para que fosse liberada para voltar a sua cidade de origem. “O sistema representava o completo repúdio aos princípios medievais de senhorio (*lordship*) e governo hereditário (SKINNER, 1993, p. 121).<sup>57</sup>

Esse é um princípio que, até certa medida, sobrevive no ideário republicano dos nossos dias, por exemplo, na exigência de *periodicidade das eleições*. Evidentemente, se comparados à *potestá*, os chefes de Estado e de Governo de todo o mundo contemporâneo – mesmo dos Estados mais “republicanos” – se distanciam muito da imagem de serviçais públicos. Em diversos Estados, a exemplo do próprio Brasil, é absolutamente legítimo que um Presidente se mantenha por oito anos no poder. Em regimes presidencialistas como o nosso, a delegação de poder do povo ao Presidente da República impede que o próprio povo, através de seus representantes eleitos, exija a entrega do cargo pelo Chefe de Estado e Governo, exceção feita apenas às hipóteses em que é cabível o processo de *impeachment*. Além disso, a pessoalidade e o poder carismático dos representantes cumprem um inegável papel, o que Pettit afirma tratar-se não de republicanismo, mas de populismo democrático (PETTIT, 1997).

A preocupação, já visível no caso da *potestá*, de que o controle da política permanecesse nas mãos dos cidadãos continua ativa e transforma-se com o passar do tempo. A garantia da liberdade do povo (cidadãos), seu poder de decisão e soberania são protegidos por princípios que chamamos de republicanos. A teoria política ocupou-se, de maneira crescente, com questões institucionais capazes de cumprir com o papel de controlar o poder

<sup>56</sup> Skinner localiza as fundações das ideias republicanas ainda em meados do sec. XII, na organização política e social das cidades do norte da Itália (SKINNER, 1993).

<sup>57</sup> Tradução livre. No original: “The system thus represented a complete repudiation of the familiar Medieval principles of lordship and hereditary rule.”

dos governantes para o melhor exercício da política, preocupando-se em impedir o abuso de poder e a corrupção por parte dos representantes, o que poderia ocasionar a desnaturação de uma democracia em um governo autoritário ou tirânico.

Montesquieu talvez seja o mais importante nome dessa tradição a partir do século XVIII, e seu pensamento teve um impacto real nas repúblicas e democracias desde então. Ele foi responsável, segundo SHKLAR (1993), por colocar os termos nos quais o republicanismo deveria ser discutido modernamente. O repúdio ao despotismo e à dominação é a motivação da *separação de poderes*<sup>58</sup> e do mecanismo de *freios e contrapesos*, os dois mais importantes princípios institucionais nesse sentido. A visão republicana permanece, pois, uma visão antidespótica, mas com forte viés institucional, centrada no equilíbrio entre os poderes (freios e contrapesos), tal como apresentado por Montesquieu (2001). A preocupação desse autor com a prevenção do abuso de poder leva-o a afirmar a importância de certa organização institucional em que o poder possa ser controlado. A virtude, ele entende, é insuficiente para evitar o abuso. “A própria virtude precisa de limites [...] é necessário pela própria natureza das coisas que o poder cheque o poder” (MONTESQUIEU, 2001, p. 172).<sup>59</sup> A autolimitação institucional do poder visa, em Montesquieu, à prevenção do abuso de poder com a finalidade de se alcançar a liberdade. Os poderes (que detêm o poder) devem, assim, regular uns aos outros, limitando-se reciprocamente, para que o governo não caia numa condição de abuso de poder e perda da liberdade (CASTRO, 2005, p. 62).

O repúdio ao despotismo traduz-se num importante princípio do republicanismo contemporâneo, a *autodeterminação dos povos*, associada, externamente, à ideia de *soberania*. A autodeterminação dos povos é um princípio previsto na Carta da ONU.<sup>60</sup> O republicanismo baseia-se, ainda, numa convicção de que as ideias sobre o bem podem ser mais bem harmonizadas através da deliberação de cidadãos bem intencionados (SELLERS, 2006). De fato, a teoria republicana apoia-se numa virtude de caráter que contrasta com o comportamento servil típico de bajuladores e corruptos que servem a seus interesses pessoais. A liberdade republicana refere-se, sobretudo, “à de falar e agir em conformidade com os ditames da consciência em nome do bem comum” (SKINNER, 1999, p. 74).

---

<sup>58</sup> São três os poderes para Montesquieu (2001, p. 173): “*In every government there are three sorts of power: the legislative; the executive in respect to things dependent on the law of nations; and the executive in regard to matters that depend on the civil law*”.

<sup>59</sup> Tradução livre. No original: “*Is it not strange, though true, to say that virtue itself has need of limits? To prevent this abuse, it is necessary from the very nature of things that power should be a check to power*”.

<sup>60</sup> Carta da ONU, Artigo 1º: Os propósitos das Nações Unidas são: (2) Desenvolver relações amistosas entre as nações, baseadas no respeito ao princípio de igualdade de direitos e de autodeterminação dos povos, e tomar outras medidas apropriadas ao fortalecimento da paz mundial.

Por fim, o *pluralismo jurídico*, já abordado em tópico anterior, também é um princípio republicano, na medida em que valoriza concepções particulares, em contraste com uma visão universalista sobre o bem. Contudo, trata-se de uma expressão já bem mais recente que as ideias de Montesquieu. O republicanismo é uma teoria dinâmica que incorporou diversas ideias ao longo da sua história, desde ideais normativos e de justiça até princípios institucionais. Mas todos eles, segundo entendo, convergem no princípio basilar de que a soberania é do povo (corpo de cidadãos). O princípio da *soberania popular* determina uma relação de subordinação entre povo e governante de maneira invertida àquela que ocorre em governos despóticos.

Diante do exposto nos últimos dois tópicos, o ideal republicano contemporâneo parece, à primeira vista, mais adequado para se pensar um mundo em que a memória e a história teriam um papel relevante, inclusive, na própria racionalidade, quando comparado à tradição do liberalismo. Considero, contudo, que o republicanismo contemporâneo remanescente é insuficiente para repensarmos a nossa relação com o passado através de uma racionalidade anamnética. Republicanismo e liberalismo convivem enquanto ideais políticos,<sup>61</sup> porém num mundo em que a racionalidade é eminentemente liberal. Algo ficou esquecido no republicanismo do passado e parece faltar à concepção de justiça anamnética. Parece faltar ao nosso pensar sobre o passado e, sobretudo, parece faltar às nossas relações intersubjetivas. Trata-se da liberdade autenticamente republicana, que não foi contemplada no ideário liberal contemporâneo. Chego a pensar que esse conceito de liberdade é fundamental, ainda, por outro motivo: ele é capaz de resgatar a dimensão universal da liberdade sem abandonar a dimensão particular da política e da história. Ele tem um compromisso de reconhecimento com o outro, seja esse outro a vítima, o governante ou os demais cidadãos, pois a liberdade como não-dominação impõe o olhar da igualdade, o “olhar nos olhos”. Liberdade não é, no ideal republicano, um conceito que convive com a igualdade. Liberdade é igualdade, é, portanto, respeito mútuo e reconhecimento. É uma ideia universal que, conjugada ao particularismo da tradição republicana contemporânea, *poderia* nos ajudar a *aprender para o futuro*.<sup>62</sup>

---

<sup>61</sup> Tanto Skinner como Pettit apresentam republicanismo e liberalismo como ideais antagônicos. Nessa questão, Viroli mostra um ponto de vista um tanto contrastante com os dois autores com os quais trabalho aqui, afirmando: “*From the theoretical point of view, liberalism can be considered an impoverished or incoherent republicanism, but not an alternative to republicanism*” (VIROLI, 2002, p. 61).

<sup>62</sup> Volto, aqui, a um tema que já foi abordado no ponto 2.1, pois considero importante destacar que a proposta deste trabalho, que a esta altura pode soar bastante idealista, é um desafio a se repensar ideias cristalizadas e resgatar outras que ficaram perdidas, para ampliar a possibilidade de reflexão sobre elas e os valores por elas representados e, assim, ampliar o espaço para o exercício da liberdade autoconsciente. Não é, de nenhum modo, a apologia a uma ideia salvacionista. Os termos hipotéticos em que coloco os conceitos e os conjugo



### 2.2.3. A teoria neo-romana: liberdade como não-dominação

Apesar de a concepção republicana de liberdade ter sido suplantada no século XVII por uma ideia de liberdade que seria posteriormente absorvida pela teoria liberal – e embora esta última carregue no nome a própria raiz da palavra *liberdade* – a disputa entre as duas ideias, no despertar da modernidade (século XVI) foi intensa. Havia, então, boas razões para associarmos a liberdade moderna/liberal e a defesa de regimes autoritários, não obstante esse ideal tenha passado, depois, a ser usado em defesa de ideais democráticos. O próprio Estado, conceito que desde o século XVII permaneceu “no centro da autocompreensão prática do ocidente moderno” (SKINNER, 1999, p. 88-9), e a ideia de soberania associada a ele estão umbilicalmente ligados a uma concepção de liberdade não republicana. Porém, “[c]om a ascensão da teoria liberal a uma posição hegemônica, a concepção republicana de liberdade ficou tão perdida de vista que a análise liberal veio a ser amplamente considerada como a única maneira coerente de pensar sobre o conceito envolvido” (SKINNER, 1999, p. 91).

A liberdade republicana ainda é um objeto de valor na medida em que ele nos revela “um conflito no interior de nossas tradições herdadas de pensamento sobre o caráter do Estado liberal.” Claramente, a liberdade é uma meta em ambas as tradições políticas em choque e, para as duas, o Estado deveria respeitar e preservar a liberdade de seus cidadãos individuais (SKINNER, 1999, p. 95). Mas a pergunta objeto de tanta controvérsia não é uma pergunta qualquer, e ainda hoje é capaz de mobilizar as paixões mais intensas em torno de si. A liberdade é sem dúvida um ideal. Mas, afinal, o que é a liberdade?

Abordar aqui a liberdade republicana faz sentido por dois motivos. O primeiro diz respeito à nossa autocompreensão: já que muitos valores republicanos existem no mundo contemporâneo, é relevante saber de onde eles vieram, até mesmo para observarmos se eles ainda fazem algum sentido. O segundo diz respeito à hegemonia do pensamento liberal: é importante compreendermos que o conceito de liberdade que adotamos não é o único disponível, para assim ampliarmos o espaço da nossa liberdade (de escolha) entre possíveis “liberdades” no futuro.

O liberalismo – no sentido específico aqui estudado – associou-se, nos duzentos anos de seu desenvolvimento, à concepção negativa de liberdade como ausência de interferência, ou seja, com a ideia de que não há nada de inerentemente opressivo em que alguém tenha

---

pretende, tão somente, promover um repensar sobre ideias do passado no presente e ressaltar potencialidades esquecidas. A preocupação com o ideal de justiça que está por detrás do trabalho não tem nada de original: ela é compartilhada por todos que levam o direito a sério, seja qual for o ideal de justiça pretendido.

poderes de dominação sobre outrem, desde que não o exerça. Segundo Pettit, essa indiferença em relação à dominação é responsável por fazer do liberalismo uma teoria tolerante ao tipo de relação travada em várias esferas da vida (a opressão do marido sobre a mulher, do empregador sobre o empregado etc) que o republicanismo denunciaria como relações onde está ausente a liberdade (*unfree relations*). Questões como pobreza, ignorância e insegurança agridem diretamente o ideal de liberdade republicano. Por outro lado, se autores liberais vierem a reportar como injustas essas mesmas situações, não é porque elas interferem em sua liberdade, mas por outras inclinações, alheias ao ideal de liberdade (PETTIT, 1997).

A dominação (*mastery* ou *domination*) é um conceito desenvolvido a partir da relação entre senhor e escravo/servo. É uma relação que implica que a parte dominante tem poder de interferir arbitrariamente nas escolhas da parte dominada, particularmente com base em interesses que não precisam ser partilhados com a pessoa afetada. E ainda, a prática dessa interferência arbitrária não é sujeita a uma sanção, porque o senhor tem um poder de interferência (PETTIT, 1997, p. 22). A liberdade republicana, inspirada na dominação, é sempre colocada em termos de *liber* e *servus*, cidadão e escravo, o que não ocorre no caso da liberdade moderna. “A condição de liberdade é explicada como o status de alguém que, diferentemente do escravo, não está sujeito ao poder arbitrário de outro: isto é, alguém que não é dominado por ninguém” (PETTIT, 1997, p. 31).<sup>63</sup>

A diferença entre ser dominado e sofrer interferência é evidente pelo fato de que é possível haver dominação sem interferência. Para seguir no exemplo da relação entre senhor e escravo, é possível que o senhor não interfira nas escolhas do dominado, por exemplo, se ele tiver uma disposição de não interferir ou se o dominado for suficientemente esperto para driblar o senhor de modo a fazer o que quer. A dominação acontece na medida em que estou sujeito a essa relação, e a não-interferência está presente sempre que realize minhas próprias escolhas. A dominação, assim, pode ocorrer sem que exista efetiva interferência porque ela requer, apenas e tão somente, que alguém tenha a capacidade de interferir arbitrariamente na vida do dominado, e não que esse alguém efetivamente exerça seu poder. A interferência, por sua vez, também pode ocorrer sem que haja dominação, porque ela pode existir no espectro de uma capacidade muito mais restrita (a interferência pode não ser arbitrária, por exemplo) (PETTIT, 1997, p. 23). A condição de escravo é dada pelo “estar dentro do poder de alguém”

---

<sup>63</sup> Tradução livre. No original: “*The condition of liberty is explicated as the status of someone who, unlike the slave, is not subject to the arbitrary power of another: that is, someone who is not dominated by anyone else*”

(*in potestate domini*), e essa condição não é elidida ainda que o escravo consiga evitar ser coagido (interferência) (SKINNER, 1999, p. 43).<sup>64</sup>

O gozo da não-interferência, portanto, pode ser devido a contingências precárias, quando aquele que tem poder para interferir, digamos, tenha afeição pelo dominado, e por isso não interfira nas suas escolhas. Nesse caso, o gozo da não-interferência não está protegido e não tem nenhum grau de segurança contra os poderosos, e basta que a condição precária seja alterada para que a interferência arbitrária volte a ocorrer. É justamente a precariedade descrita que o ideal de liberdade como não-dominação procura evitar. Nas palavras de Pettit,

[e]nquanto o ideal de não-interferência envolve essa contingência inerente, o ideal de não-dominação a evita. Pois [...] se você não está sujeito a uma capacidade de interferência arbitrária de nenhuma pessoa, segue-se que a não-interferência desfrutada no mundo real é desfrutada com certa resiliência ou segurança (PETTIT, 1997, p. 24).<sup>65</sup>

A segurança que deve servir de barreira à interferência, contida no conceito de não-dominação, não diz respeito a qualquer tipo de interferência. Isso fica muito claro na medida em que uma interferência não intencional, assim como um acidente ou catástrofe natural que limite a liberdade de escolha, não é considerada interferência para fins de proteção no ideal de não-dominação (PETTIT, 1997, 2002; SKINNER, 1998). A dominação pode ser, então, definida como uma relação em que alguém tem (1) a capacidade de interferir, (2) arbitrariamente, (3) em certas escolhas que a outra pessoa está em posição de fazer (PETTIT, 1997, p. 52).

A capacidade de interferir, como já foi dito, não implica o efetivo exercício do poder sobre a parte dominada. A interferência engloba uma série de atitudes que vão desde a coerção física até a categoria – não presente nos séculos anteriores, mas acrescentada por Pettit - da manipulação, “normalmente encoberta e que pode tomar a forma de fixação de agendas, a conformação irracional e dissimulada das crenças e desejos [...]” (PETTIT, 1997, p. 52).<sup>66</sup> A capacidade de interferir não deve ser entendida apenas nos extremos exemplificados pela relação de senhor-escravo, mas suporta várias intensidades, onde o grau

<sup>64</sup> A expressão *in potestate domini* é extraída diretamente do *Digesto* romano, que preservou a tradição legal romana tomada de empréstimo por autores neo-romanos responsáveis pela ideia de liberdade em questão. (SKINNER, 1999, p. 41)

<sup>65</sup> Tradução livre. No original: “Where the ideal of non-interference involves this inbuilt contingency, the ideal of non-domination avoids it. For [...] if you are not subject to a capacity of arbitrary interference by anyone else, then it follows that the non-interference you enjoy in the actual world, you enjoy it with a certain resilience or security”.

<sup>66</sup> Tradução livre. No original: “usually covert and may take the form of agenda-fixing, the deceptive or non-rational shaping of people’s beliefs or desires”

de dominação e de liberdade pode ser maior ou menor. São exemplos a dominação que há entre marido e mulher numa sociedade em que seja aceito que ele a castigue fisicamente ou o caso do empregador que pode demitir livremente seus empregados e ainda submetê-los a situações vexatórias sem que nenhuma reprovação recaia sobre seu ato. O poder de causar vexação entre professores e alunos e de intimidar os vizinhos são também exemplos, de menor intensidade, mas desde que esse poder possa ser exercido sem constrangimento pelo próprio dominador, o que implica que a interferência por ele exercida esteja pressuposta como um ato previsto dentro de seus poderes de dominação. Por fim, o que se infere da terceira característica da dominação é que basta que o poder de interferência recaia sobre certas escolhas para que seja caracterizado, ou seja, ele não precisa ser um poder de dominação total em todas as esferas e momentos da vida (PETTIT, 1997).

O conceito de liberdade republicana de que PETTIT (1997) e SKINNER (1999) tratam não equivale ao conceito de liberdade positiva consagrado por Isaiah Berlin:

Ele [Berlin] pensa em liberdade positiva como domínio sobre si mesmo e em liberdade negativa como ausência de interferência de outros. Entretanto, domínio e interferência não são a mesma coisa. Então, que seria a possibilidade intermediária de que a liberdade consista em uma ausência, como entende a concepção negativa, mas em uma ausência de domínio, e não de interferência? (PETTIT, 1997, p. 21-22).<sup>67</sup>

A liberdade republicana como não-dominação está, de certo modo, entre a liberdade negativa e a positiva. Na realidade, ela se aproxima mais da liberdade positiva no sentido em que a sua censura é direcionada para as relações onde existe dominação. Mas, se enfocarmos sob o aspecto da presença/ausência de algo, trata-se de um tipo de liberdade também negativa, só que a ela interessa a ausência de dominação ao invés de intervenção. Esse “terceiro tipo de liberdade”, argumentam Pettit (1997) e Skinner (1999), não apenas é uma construção lógica entre os dois tipos de liberdade, a positiva e a negativa, mas foi a concepção dominante entre romanos e, para usar uma expressão de Skinner, *neo-romanos*. A concepção acabou suplantada e a liberdade negativa – ou aquela que ficou conhecida como negativa, embora não seja a única propriamente negativa – triunfou.

A liberdade como ideal de não-interferência apareceu, pela primeira vez, em obras de autores como Hobbes e Filmer e ganhou popularidade entre aqueles que se opunham à independência Americana. Como diz Pettit, “difícilmente um começo auspicioso”, mas essa

---

<sup>67</sup> Tradução livre. No original: “*He [Berlin] thinks of positive liberty as mastery over the self and of negative liberty as the absence of interference by others. Yet mastery and interference do not amount to the same thing. So what of the intermediate possibility that freedom consists in an absence, as the negative conception has it, but in an absence of mastery by others, not in an absence of interference?*”

noção logo atingiu um status respeitável também entre os defensores da democracia (PETTIT, 1997, p. 45). As ideias modernas de liberdade vieram a se disseminar, sobretudo, através de Jeremy Bentham e William Paley, se afastando das suas origens autoritárias, e se consagraram no que veio a ser conhecido como o ideal liberal de liberdade. A difusão da liberdade como não-interferência chegou, enfim, ao ponto de suplantar a liberdade republicana de modo a torná-la não apenas “perdida para pensadores e ativistas políticos [mas ainda] invisível para os historiadores do pensamento político” (PETTIT, 1997, p. 50).<sup>68</sup>

Da premissa de que a liberdade negativa/liberal é prejudicada apenas por interferência coercitiva “segue-se que a dependência e falta de autogoverno não podem ser interpretadas como falta de liberdade”. Exatamente aí está a precariedade do conceito que herdamos: o Estado pode ter prerrogativas de interferência e, desde que não as utilize, está perfeitamente de acordo com o ideal de liberdade. Mas, como nos mostra Skinner, “isto se segue apenas porque a conclusão já estava inserida na premissa”, ou seja, a relação de dominação é, *a priori*, incorporada ao conceito. É essa premissa – a de que a liberdade individual é uma questão meramente de interferência – que a liberdade republicana põe em discussão. (SKINNER, 1999, p. 93)

Assim, enquanto liberais argumentam que o Estado pode esperar cumprir a promessa de liberdade “simplesmente assegurando que seus cidadãos não sofram nenhuma interferência injusta ou desnecessária na busca dos objetivos que escolheram”, republicanos afirmam a insuficiência dessa estratégia – asseveram que ela é, na verdade, uma promessa vazia na medida em que a condição de não interferência é uma condição precária - e que o Estado deve assegurar, “que seus cidadãos não caiam numa condição de dependência evitável da boa vontade de outros” (SKINNER, 1999, p. 95). O benefício de viver livremente, de viver em segurança, seria, segundo Maquiavel, “poder gozar livremente suas posses sem nenhuma ansiedade, de não ter de temer pela honra de sua esposa, filhos, ou por si mesmo” (MAQUIAVEL, 2004, p. 94).<sup>69</sup> Hobbes, muito ao contrário, afirma “liberdade e medo são compatíveis; como quando o homem joga seus bens ao mar com medo de que o navio afunde, ele poderia muito bem recusar-se a fazê-lo, se assim quisesse” (HOBBS, 2004, p. 146).<sup>70</sup>

<sup>68</sup> Tradução livre. No original: “*liberty as non-domination – republican liberty – had not only been lost to political thinkers and activists; it had become invisible to the historians of political thought*”.

<sup>69</sup> Tradução livre. No original: “*to be able freely to enjoy one’s own without apprehension, to have nothing to fear for the honor of his wife and daughters, or for himself*”.

<sup>70</sup> Tradução livre. No original: “*Feare and Liberty are consistent; as when a man throweth his goods into the Sea for Feare the ship should sink, he doth it neverthelesse very willingly and may refuse to doe it if he will*” [sic]

Para ele, “o que liberdade significa (propriamente) é ausência de oposição; (por oposição, quero dizer impedimentos externos de movimento)” (HOBBS, 2004, p. 146).<sup>71</sup>

O ideal republicano é, segundo entendo, muito mais exigente que o ideal liberal. Isso porque, ao se preocupar com a dominação, está também preocupado com a interferência, ainda que esta, isoladamente, possa não ser considerada suficiente para comprometer a liberdade. O ideal republicano não se satisfaz com qualquer estado precário onde a interferência seja iminente. O que ele quer promover é um estado de não interferência (arbitrária) permanente, seguro e estável. E para garantir isso, ele propõe que se restabeleça a própria relação entre os envolvidos. Ao transformar relações onde existem dominador e dominado em relações entre iguais, e nisso fundar seu conceito de liberdade, o ideal republicano promete mais estabilidade e segurança.

Embora as relações de dominação sejam o alvo prioritário contra o qual se dirige a liberdade republicana, há um desacordo entre Pettit (1997) e Skinner (1999) quanto ao que representaria a interferência sem dominação. Pettit (2002), em artigo intitulado *Keeping republican freedom simple: on a difference with Quentin Skinner*, contesta a complexificação proposta por Skinner, defendendo que o ideal republicano não exige a não-interferência. Em síntese, enquanto Pettit (1997; 2002) afirma que a liberdade republicana consiste na não-dominação, Skinner afirma que o mesmo ideal deve ser lido como não-dominação e não-interferência. Não se trata de uma diferença fundamental, porque a prioridade do conceito continua sendo atacar a dominação. O próprio Pettit reconhece que a interferência efetiva (para além do poder de interferência da dominação) condiciona o exercício da liberdade, embora não o comprometa.

Interpretar a liberdade como não-dominação não nos força a pensar, então, que nós estamos livres pelo fato de obedecermos a leis não arbitrárias ou pelo fato de que leis não arbitrárias nos são impostas. Pode ser que, como os anticorpos no meu sangue constituem minha imunidade a certas doenças, os preceitos de um direito não arbitrário sob o qual eu viva constituam meu *status* de um cidadão livre e não dominado. Mas, na medida em que restringem a mim, assim como a outros, ainda condicionam a minha liberdade. Se não forem arbitrários, não irão comprometer ou prejudicar a minha liberdade na forma de um agente dominador, mas ainda irão ofendê-la de uma maneira secundária (PETTIT, 2002).<sup>72</sup>

<sup>71</sup> Tradução livre. No original: “*What liberty, or freedom, signifieth (properly) the absence of Opposition; (by Opposition, I mean external Impediments of motion)*” [sic]

<sup>72</sup> Tradução livre. No original: “*Construing freedom as nondomination does not force us to think, then, that we are made free by the act of obeying a nonarbitrary law or by the act whereby a nonarbitrary law is imposed on us. It may be that as the antibodies in my blood constitute my immunity to certain diseases, the ordinances of nonarbitrary law under which I live constitute my status as a free, undominated citizen. But so far as it restricts me as well as others, the law still conditions my freedom. If it is nonarbitrary, it won't compromise*

Diante da impossibilidade de, neste trabalho, fazer-se uma investigação mais ampla sobre o modo como esse conceito foi pensado pelos “neo-romanos”, contento-me aqui em ressaltar que essa controvérsia não é capaz de comprometer o aspecto da liberdade que tenho por objetivo destacar, como, inclusive, ambos os autores admitem.<sup>73</sup> Inclino-me, porém, ao pensamento de Pettit, com base em um argumento que não é contestado por Skinner – é, aliás, confirmado por ele – e que me parece essencial: a lei/direito (*law*), para os republicanos, não se opõe à liberdade, embora seja um tipo – não arbitrário – de intervenção. “[A tradição republicana enfatiza] que, enquanto a lei apropriadamente constituída – a lei que responda sistematicamente aos interesses e ideias gerais das pessoas – representa uma forma de interferência, não compromete a liberdade delas; ela constitui um interferente não-dominador” (PETTIT, 1997, p. 35-36).<sup>74 - 75</sup>

Os modernos/liberais veem a lei de maneira distinta, entendendo que embora ela reduza a liberdade, compensa o dano causado ao prevenir interferências que ocasionem um dano ainda maior. A lógica de que a lei é um mal menor, mas ainda assim, um mal, não está de acordo com o ideal republicano pelo simples fato de que a lei não representa um tipo de interferência arbitrária na esfera de decisões do cidadão. Claramente, a escusa não se refere a qualquer lei, mas “desde que ela respeite os interesses e ideias comuns das pessoas e se conforme à imagem da lei ideal: desde que elas não sejam instrumento para nenhuma vontade arbitrária individual ou de um grupo” (PETTIT, 1997, p. 36).<sup>76</sup>

A linha seguida por republicanos aparece em sua concepção de liberdade como cidadania ou *civitas*. Cidadania é um *status* que existe, necessariamente, sob um regime legal apropriado. [...] Mas cidadãos e liberdade são representados, por todos os republicanos, de acordo com um precedente romano: ‘em Roma e em relação aos romanos, *libertas* coincide com *civitas*’. Então, a liberdade é vista, na tradição republicana, como um

---

*or undermine that freedom in the manner of a dominating agency, but it will offend against it in a secondary manner”.*

<sup>73</sup> Embora Skinner ressalte que uma das formas de perder a liberdade seja a interferência, ele realça que a principal tese dos autores neo-romanos é a da liberdade enquanto não-dominação. A outra não estava, portanto, no foco do debate travado por eles (SKINNER, 1999, p. 62-63).

<sup>74</sup> Tradução livre. No original: “[Republican tradition emphasizes] that while the properly constituted law – the law that answers systematically to people’s general interests and ideas – represents a form of interference, it does not compromise people’s liberty; it constitutes a non-mastering interferer”

<sup>75</sup> A posição republicana sobre a relação entre lei e liberdade está clara em Montesquieu, para quem “political liberty does not consist in an unlimited freedom. In governments, that is, in societies directed by laws, liberty can consist only in the power of doing what we ought to will, and in not being constrained to do what we ought not to will” (MONTESQUIEU, 2001).

<sup>76</sup> Tradução livre. No original: “so long as they respect people’s common interests and ideas and conform to the image of an ideal law: so long as they are not instruments of any one individual’s or any one group’s arbitrary will.”

status que só existe sob um regime jurídico adequado. Como as leis criam a autoridade do governante, também criam a liberdade que os cidadãos compartilham (PETTIT, 1997, p. 36).<sup>77</sup>

A compatibilidade entre lei e liberdade foi contestada no século XVII por Hobbes (2004), para quem as pessoas se tornam “não livres” (*unfree*) pela coerção (física ou por ameaça). Esse modo de conceber a liberdade levou-o a defender que a lei era uma invasão à liberdade, ainda que fosse benéfica a longo prazo (PETTIT, 1997, p. 36). Essa visão, ao sustentar que a lei é uma forma de interferência, leva-o a ridicularizar os ideais republicanos, na medida em que num Estado despótico, sem leis, os “cidadãos” poderiam ser mais livres que numa república, onde as leis, ironicamente, comprometeriam a liberdade.<sup>78</sup> “Quanto às outras liberdades, dependem do silêncio da lei. Nos casos em que o soberano não tenha estabelecido uma regra, o súdito tem a liberdade de fazer ou de omitir, conforme a sua vontade” (HOBBS, 2004, p. 152).<sup>79</sup> Assim, “[s]e a lei deseja que você aja ou abstenha-se de agir de alguma maneira específica, ela vai cuidar de aterrorizá-lo à conformidade. Em contraste, desde que não haja lei à qual sua vontade deva se conformar, o súdito se mantém em plena posse de sua liberdade” (SKINNER, 1999, p. 21).

É importante ressaltar que a liberdade republicana (ou neo-romana, como prefere Skinner) não equivale a uma liberdade positiva, e que isso é essencial. A liberdade positiva coloca toda sua evidência na ideia de participação democrática, forma de garantir o autogoverno ou *self-mastery*. Esse é, sem dúvida, um aspecto relevante, talvez mesmo essencial, da liberdade republicana, mas o seu foco principal é alcançar a não-dominação, o que equivale a, de modo seguro, evitar os males da interferência. A ênfase no mal da interferência já estava presente na concepção romana de *libertas* (liberdade), que equivalia a *civitas* (cidadania). Ocorre que os romanos não tinham nenhuma dificuldade em aceitar que

<sup>77</sup> Tradução livre. No original: “*The line taken by republicans comes out in their conception freedom as citizenship or civitas. Citizenship is a status that exists, of necessity, only under a suitable regime of law. [...] But citizen and freedom are represented by all republicans, under the established Roman precedent: ‘at Rome and with regard to Romans full libertas is conterminous with civitas’. And so freedom is seen in the republican tradition as a status that exists only under a suitable legal regime. As the laws create the authority that ruler enjoy, so the laws create the freedom that citizens share*”.

<sup>78</sup> A questão central é que, para Hobbes, a liberdade consiste, essencialmente, na liberdade natural. A lei restringe a liberdade, com a finalidade de atingir fins comuns. Isso fica claro na seguinte passagem: “*But the Right of Nature, that is, the naturall Liberty of man, may by the Civil Law be abridged, and restrained: nay, the end of making Lawes, is no other, but such Restraint; without the which there cannot possibly be any Peace. And Law was brought into the world for nothing else, but to limit the naturall liberty of particular men, in such manner, as they might not hurt, but assist one another, and joyn together against a common Enemy [sic]*” (HOBBS, 2004, p. 186).

<sup>79</sup> Tradução livre. No original: “*As for other liberties, they depend on the Silence of the Law. In cases where the Sovereign has prescribed no rule, there the Subject hath the Liberty to do, or forebeare, according to his own discretion*”



cidadãos que viviam em colônias distantes e não podiam votar mantinham sua condição de cidadãos e, o que era dizer o mesmo, de pessoas livres, sendo conhecidos como *cives sin suffragio* (PETTIT, 1997, p. 27-29).

O foco no mal da interferência continua em vigor na obra de Maquiavel, o principal arquiteto do pensamento republicano no mundo pré-moderno. Do mesmo modo que a plebe romana [...] procurou proteção ou segurança privada, em geral, diz Maquiavel, a avidez por liberdade vem de um desejo não de governar, mas de não ser governado. [...] Enquanto James Harrington segue Maquiavel em ver os controles democráticos como importantes para a liberdade, ele vê claramente a liberdade das pessoas como sendo algo distinto da participação no governo (PETTIT, 1997, p. 28).<sup>80</sup>

O problema da construção que prega a equivalência entre republicanismo e democracia majoritária é que, ao invés de agregar uma qualidade ou uma “exigência” ao valor da liberdade, ela provoca uma mudança crucial no seu sentido, “pois ela [a liberdade] deixa de ser um protesto contra formas arbitrárias de interferência (PETTIT, 1997, p. 31).<sup>81</sup> Assim, a liberdade positiva, num sentido importante, é algo menos que a liberdade concebida como não-dominação. Se a tradição republicana reconhece o valor da participação democrática é por vê-la como necessária à promoção da liberdade como não-dominação, e não porque reduza a liberdade ao direito de participação democrática (PETTIT, 1999, p. 8). O valor do *self-government* era reconhecido, antes de mais nada, como um meio para se alcançar um modo de vida livre, ou seja, sem submissão ou dependência. Assim, o governo livre (*free government*) garantiria a todos a possibilidade de viver num Estado livre (*free State*) e atingir a igualdade (a ausência de dominação de um por outro), esta sim equivalente à liberdade (SKINNER, 1993, p. 133-134).

O próprio Maquiavel, representante máximo do republicanismo tradicional, reconheceu que a servidão não era inevitável sob as formas monárquicas (não tirânicas) de governo,<sup>82</sup> mas traçou uma clara distinção, especialmente, entre a liberdade das repúblicas e a escravidão imposta por governos tirânicos (SKINNER, 1993, p. 140-141). Já para Pettit, não é que a forma de autogoverno fosse necessária à liberdade, mas que a forma monárquica tendia

<sup>80</sup> Tradução livre. No original: “*The focus on the evil of interference remains in place in the work of Machiavelli, the principal architect of republican thought in the early modern world. As the Roman plebs [...] sought to protection or private security, so in general, Machiavelli says, peoples eagerness for freedom comes of a desire, not to rule, but rather not to be ruled. [...] While James Harrington follows Machiavelli in regarding democratic controls as important for liberty, he clearly sees people’s liberty as consisting in something distinct from participation in government.*”

<sup>81</sup> Tradução livre. No original: “*for it ceases to be a protest against arbitrary forms of restraint.*”

<sup>82</sup> Em *O Príncipe*, Maquiavel explica que um príncipe que preserve a liberdade dos cidadãos perderá, inevitavelmente, a sua reputação (MAQUIAVEL, 2004, p. 43-45). Assim, ele poderia fazê-lo, mas como os resultados políticos podem ser desastrosos, a Monarquia teria dificuldades de conviver com a liberdade.

a estabelecer uma relação desigual entre monarca e súdito. O que a liberdade requer, em última instância, é a emancipação de qualquer relação de subordinação, dominação ou dependência. Dito de outro modo, “ela requer a capacidade de ficar *olho no olho* com seus concidadãos, com a consciência partilhada de que ninguém tem o poder de interferir arbitrariamente sobre o outro” (PETTIT, 1999, p. 5).<sup>83</sup>

A aspiração por democracia do republicanismo, então, pode ser vista como essencial na extensão em que ela reflete a igualdade sem a qual não pode existir liberdade. Qualquer democracia majoritária que se esqueça desse ideal de igualdade que impõe o olhar no olho, ou seja, uma ausência de hierarquia típica das relações de dominação, não satisfaz o ideal de liberdade republicano, e por isso a equiparação é equivocada. Que a democracia é essencial à liberdade, isso pode ser afirmado, pois “[s]e, e apenas se, todos permanecerem iguais na elaboração das leis, será possível assegurar ‘a liberdade não apenas da comunidade, mas de todos os homens’”. (SKINNER, 1999, p. 67).

O que quero destacar, por fim, é que o ideal de liberdade republicano é um ideal igualitário (PETTIT, 1997, p. 110-113), mas que a igualdade aqui presente não é exatamente a mesma igualdade eternizada pelo lema da Revolução Francesa, uma igualdade que, em grande parte, se opõe à liberdade porque é formal e mascara a desigualdade material. O ideal republicano congrega liberdade e igualdade, pois ser livre é, precisamente, ser “igual”. Igualdade, aqui, tem o sentido de diminuir as assimetrias de poder e as relações de dependência. Olhar no olho de alguém significa, ainda, reconhecê-lo – com amplas implicações na autorrelação consigo mesmo em todos os níveis.<sup>84</sup> O conceito implica, finalmente, a existência de uma relação de respeito mútuo entre iguais (mas o respeito não implica a inexistência de discordância, fundamental à política).

No primeiro item deste capítulo, vimos que o uso público da história – coincidentemente a história acerca de conceitos de liberdade – pode viabilizar o exercício da liberdade por ampliar as possibilidades de escolha entre diferentes futuros possíveis. A abordagem metodológica proposta defende um olhar sobre o passado que amplie a liberdade. Uma vez delineados os traços conceituais de duas liberdades alternativas, a liberal e a republicana, é chegado o momento de inverter essa relação, e responder a uma questão que até aqui esteve implícita: por que o republicanismo e o ideal de liberdade republicana são capazes de viabilizar o uso público da memória e da história?

---

<sup>83</sup> Tradução livre. No original: “*It requires the capacity to stand eye to eye with your fellow citizens, in a shared awareness that none of you has a power of arbitrary interference over another.*”

<sup>84</sup> Aqui, remeto ao ponto 1.3.

Em primeiro lugar, no republicanismo, a autoridade do direito não é fundamentada a partir de valores externos à sociedade, o que ocorre no liberalismo. Neste, o recurso à razão liberal, pré-política, tem por consequência uma “cultura política da má-fé”. Como a autoridade do direito nem sempre pode ser fundamentada em termos racionais (algo que será mais bem explicado mais adiante), há momentos em que o próprio racionalismo torna-se irracional, de acordo com os próprios parâmetros (KOSKENNIEMI, 1999). Assim, a racionalidade liberal não consegue se desvencilhar da metafísica que ela mesma combate, ainda que essa metafísica seja um último recurso, o que determina um nível de precariedade inevitável da liberdade (salvaguardada por direitos). Essa precariedade do ideal de não-interferência não é corroborada pelo ideal republicano, como visto.

Em segundo lugar, a razão liberal, sempre que se comporta como uma metafísica, impõe um limite ao debate público, inclusive aos argumentos históricos. Aliás, a tendência de usar a história de modo instrumental, justamente para conferir autoridade aos argumentos supostamente racionais, pode ser observada claramente no direito internacional, tipicamente liberal (KOSKENNIEMI, 2001; 2006; GALINDO, 2005). Isso ocorre, possivelmente, porque às vezes apenas a razão é insuficiente como fundamentação, ou seja, é um uso instrumental da história que, como visto, sequer respeita as metodologias da historiografia (GALINDO, 2005).<sup>85</sup> O republicanismo, ao contrário, não exclui do debate público os argumentos históricos, assim como não exclui nenhum argumento *a priori*.<sup>86</sup> A história e a memória podem desempenhar o papel, inclusive, de leituras críticas do passado, e o recurso a ela ganha importância na medida em que, diferentemente do liberalismo, o republicanismo não depende de um esquecimento do passado para o progresso, ou seja, existe lugar para a memória – e para a razão anamnética – no republicanismo, espaço esse que sofre uma limitação *a priori* no liberalismo.

Em terceiro lugar, a memória só pode ser a memória de algo particular, algo que ocorreu, concreto, histórico, com lugar no espaço e no tempo. A história, por sua vez, vai estudar e narrar esses mesmos eventos concretos, ainda que busque interpretá-los de acordo com contextos mais amplos (mas ainda assim, particulares) ou extrair deles lições universalizáveis. O universal, para a história, nunca pode ser um ponto de partida, embora possa ser um objetivo, um destino final, uma reflexão, algo a se aspirar. Isso torna a relação entre história e liberalismo difícil, porque este tem no universal o seu ponto de partida. Assim,

---

<sup>85</sup> Talvez fosse adequado aqui falar em “abuso da história”, nos termos em que falamos de “abuso da memória”.

<sup>86</sup> No republicanismo, ao invés da racionalidade dos argumentos, o enfoque do debate público está na retórica, na eloquência e na persuasão (VIROLI, 2002)

na hipótese em que a história negasse o universal, se ele, digamos, não pudesse ser comprovado historicamente, não poderia ser abandonado, porque ele é o pressuposto. Logo, sempre que a história tem algo de diferente a nos dizer, ela tem de ser eliminada.<sup>87</sup> O republicanismo, por sua vez, é uma tradição particularista, ou seja, a condição histórica é inescapável para a República. O seu ideal não tem universais como pontos de partida.

Em quarto lugar, a respeito da liberdade republicana e a memória das vítimas: porque o ideal de liberdade republicano é um ideal igualitário, ele exige a desconstrução da dicotomia entre vítimas e carrascos, o que deve ocorrer não apenas formalmente, mas profundamente. A autorrelação da vítima tem que ser considerada na desconstrução, ou seja, a própria vítima tem que voltar a se reconhecer como um membro digno de respeito, e todos os membros da sociedade têm de enxergá-la dessa forma também (HONNETH, 2003). Somente assim, a ex-vítima pode voltar a olhar nos olhos dos outros cidadãos e, ao mesmo tempo, voltar a ser um cidadão republicano, igual aos demais, ou seja, não sujeito a relações de dominação. Para isso, faz-se necessário que a demanda da vítima por respeito e por memória enquanto justiça seja satisfeita (MATE, 2003).

Por fim, enquanto o ideal de liberdade como não-interferência é um ideal precário, preocupado apenas com o momento presente (quem não sofre interferência, é livre), o ideal de liberdade como não-dominação possui historicidade. Não ser precário quer dizer estar seguro da continuidade da liberdade no tempo. Nesse sentido, ele depende da memória para unir passado e presente e assim, projetar o futuro: o uso público da memória é benéfico à liberdade porque a memória nos ensina sobre as injustiças (sobre as vezes em que a liberdade foi perdida) e nos ajuda a projetar um futuro em que ela não corra os mesmos riscos. O passado, assim, pode servir a um projeto de futuro mais livre.

### **2.3. Estados “livres”, direito internacional e direitos humanos: a liberdade na Era dos Direitos**

#### *2.3.1. A liberdade e as soberanias*

Como nos mostra Skinner, os autores republicanos do século XVII estabeleciam uma íntima relação entre a liberdade do cidadão, individual, e a liberdade de uma associação civil, chamada liberdade comum, governo livre ou liberdade de uma comunidade. “[A] principal

---

<sup>87</sup> No item 2.1. abordei a questão de que a própria história das ideias políticas buscava *insights* universalmente válidos, o que ocorreu pelo menos até a década de 1960.

aspiração de todos esses autores era vindicar ‘a excelência de um Estado livre’” (SKINNER, 1997, p. 31). Eles trabalham com a metáfora do corpo político. Corpo natural (indivíduo) e corpo político (coletividade) são considerados igualmente capazes de possuir e perder sua liberdade.

Do mesmo modo que os corpos humanos individuais são livres, alegam eles, se e apenas se eles são capazes de agir ou eximir-se de agir à vontade, assim os corpos das nações e Estados são igualmente livres se e apenas se eles são similarmente desimpedidos de usar seus poderes de acordo com suas próprias vontades na busca de seus fins. [...] Um Estado livre é uma comunidade na qual as ações do corpo político são determinadas pela vontade dos membros como um todo (SKINNER, 1997, p. 32-33).

A perda da liberdade do corpo político é analisada nos mesmos termos que a da liberdade individual, o que mostra quão a sério essa analogia era levada. No caso do corpo político, cair numa condição de escravidão ou servidão poderia se dar tanto por conta de uma contingência interna do próprio Estado (a dominação poderia vir de um tirano da própria comunidade, um grupo, parte dos cidadãos que não fossem a comunidade como um todo) como de alguém de fora da comunidade, o que poderíamos traduzir, na linguagem de hoje, como uma interferência externa. Os *Discorsi* de Maquiavel fornecem uma inspiração óbvia para essa linha de pensamento, já que “[e]le [...] fala de corpos políticos sob monarquia como vivendo uma *servidão detestável* sob *cativo* *régio* e jugo de escravidão (SKINNER, 1997, p. 40-41).

Também quanto à definição da liberdade do corpo político, não há mudanças significativas em relação à liberdade individual. A não-dominação continua sendo o ideal aqui. Assim, a mera situação de dependência, ainda quando não haja interferência efetiva nas decisões de um Estado, seria suficiente para caracterizar a perda da liberdade. “[U]m Estado ou nação pode ser privado de sua liberdade se for simplesmente sujeito ou propenso a ter suas ações determinadas pela vontade de alguém que não os representantes do corpo político como um todo” (SKINNER, 1997, p. 48-49).

Contra a interdependência republicana entre liberdade individual e liberdade do corpo político, segundo a qual só é possível ser livre num Estado livre, e vice-versa, muitas críticas foram direcionadas, a mais importante delas, e talvez em sua forma mais influente, no *Leviatã* de Hobbes, para quem “[é] a mais simples confusão, [...] supor que há alguma conexão entre o estabelecimento de Estados livres e a manutenção da liberdade individual” (SKINNER, 1997, p. 55).

É preciso ressaltar que a ascensão à glória e à grandeza foi sempre um tema subsidiário nos textos antigos e renascentistas. O próprio Maquiavel estava preocupado com a *grandezza*, e essa é uma preocupação comum entre os *Discorsi* e *o Príncipe*, que em outros pontos se afastam muito (SKINNER, 2008; MAQUIAVEL, 2004). Nos *Discorsi*, Maquiavel diz que “certamente é maravilhoso pensar na grandeza que Atenas atingiu no espaço de cem anos depois de ter se libertado da tirania de Pisistratus” (MAQUIAVEL, 2004, p. 149).<sup>88</sup> Ele defende, assim, que a República é o melhor meio para se atingir a grandeza, pois “todos sabem não apenas que nasceram num estado de liberdade e não como escravos, mas também que podem ascender por meio de sua *virtú* a posições de proeminência” (SKINNER, 1999, p. 60). Essa é uma preocupação que vai, progressivamente, se afastar do pensamento de autores republicanos, pois, para viver em liberdade “deve assegurar-se de que vive sob um sistema político no qual [não exista] nenhuma possibilidade de que seus direitos civis possam ser dependentes da boa vontade de um governante, ou grupo governante, ou qualquer outro agente do Estado.” Até mesmo a manutenção de exércitos permanentes vai ser, depois, entendida como inconsistente com a preservação da liberdade (SKINNER, 1997, p. 65).<sup>89</sup>

Os princípios republicanos positivados no constitucionalismo contemporâneo, sobretudo no mundo ocidental e em Estados que se autodefinem como democráticos, convivem com princípios liberais, mas, sem dúvida, ocupam o seu espaço. Autodeterminação dos povos, princípio democrático (participação popular, eleição de representantes etc) são concebidos como essenciais em grande parte do mundo, embora outra significativa parte não abrace os mesmos valores. Contraditoriamente, no nível internacional há uma ruptura do discurso, já que a *Paz de Vestfália*, ao consagrar a soberania dos Estados, os afirmava como sujeitos cuja ideia de representatividade não tinha nenhuma relevância nas suas relações externas. Assim, enquanto na República o Estado está submetido à Constituição, no nível externo é a Constituição que é submissa ao Estado, o soberano. Aí reside a aporia da *soberania interna e soberania externa*, apontada por Ferrajoli (2007).

Mesmo considerado apenas internamente a cada Estado, o discurso republicano incorpora ou convive com discursos nem sempre conciliáveis. Isso ocorre, em primeiro lugar, porque o próprio republicanismo se transformou para adotar ideias liberais, sendo a mais relevante a de direitos naturais, inerentes ao ser humano, de matriz jusracionalista. Os direitos

---

<sup>88</sup> Tradução livre. No original: “*And certainly it is wonderful to think of the greatness which Athens attained within the space of a hundred years after having freed herself from the tyranny of Pisistratus*”

<sup>89</sup> Maquiavel foi um entusiasta da ideia de formação de um exército permanente para Florença, para que a República não mais dependesse da atividade dos exércitos mercenários e, assim, ficasse menos vulnerável às disputas políticas com as outras repúblicas e reinos contemporâneos dela (VIROLI, 2002b).

humanos se coadunam com o ideal de liberdade liberal, a não-interferência, que não impede a perpetuação da dominação. Em segundo lugar, a própria ideia de direitos humanos passou a integrar o discurso republicanista, que, na sua origem, não era expresso em termos de direitos. Nada mais natural: a modernidade tem dificuldade de se expressar em uma linguagem alheia ao conceito de direito subjetivo. Se essa é uma linguagem capaz de expressar todas as demandas humanas é uma questão das mais relevantes para as relações entre direito internacional e política, a ser abordada mais adiante.

Os direitos se tornaram, ao mesmo tempo, pressuposto e limitadores da república na busca do bem comum. Em outras palavras, os direitos humanos, a um só tempo, garantem e limitam a liberdade republicana do cidadão. Invertendo a questão, há certa ironia em se enxergar a democracia como um direito humano, *quase natural*, que se ampliou e se expandiu também para o plano internacional, e que motiva certos desenvolvimentos imperialistas como a *imposição da democracia*, ou é usada em discursos que justificam guerras para garantir a “autonomia” do Estado invadido, como ocorreu na guerra dos Estados Unidos contra o Iraque e no estabelecimento do eixo do mal (ANGHIE, 2009). “Direitos” como *defesa preventiva* (que só quem efetivamente pode exercer são os Estados fortes) e *direito de proteção* são exemplos de intervenção externa onde o princípio republicano ao mesmo tempo está e não está presente, a depender do enfoque ser externo ou interno.

O influxo de ideias e princípios republicanos para o direito internacional, feito de maneira tão incompleta, possibilita muitas vezes uma manipulação da teoria, sem que, efetivamente, isso reflita uma democratização do direito internacional. A crença de que Estados democráticos teriam um respeito inerente pelos direitos humanos e pelo direito internacional não tem suporte na realidade.<sup>90</sup> A carência democrática pode nos levar ao extremo de questionar se deveria, então, esse direito ter precedência sobre outro, que seja mais republicano. Há uma busca de legitimação do direito internacional, tendo havido, inclusive, novos desenvolvimentos nesse respeito.<sup>91</sup> Contudo, os Estados, internamente

---

<sup>90</sup> Anguie assim explica a suposta relação entre democracia e respeito ao direito internacional: “*The democratic peace argument, as adapted by international law scholarship, is based on the assumption that democratic states have an inherent respect for international law: Democracy is a fundamental prerequisite for all human rights, and, further, democratic states are run in accordance with the rule of law. It is broadly presumed that respect for the rule of law in the internal realm of a democratic state corresponds with a respect for the rule of law in the external realm of international law and relations. However, the empirical and theoretical relationship between democracy and international law is more complex than much of the literature might indicate because, as another important body of scholarship suggests, it is precisely in the name of democracy that states may justify departures from international law*” (ANGUIE, 2009, p. 303).

<sup>91</sup> A participação de ONGs nas discussões de projetos pode ser um mecanismo capaz de aproximar os cidadãos de conferências internacionais onde atuam os Estados, na medida em que agregam informações e ampliam o

republicanos ou não, ao atuarem no direito internacional, não estão preocupados em fundamentar suas decisões no “bem comum”. É uma exigência óbvia que, de acordo com o paradigma republicanista, os Estados deveriam atuar em nome do bem comum. No caso do direito internacional, uma forma de ver esse princípio seria que os Estados não podem atuar em nome apenas dos seus próprios cidadãos, mas sim em busca de um bem comum ainda mais amplo, que envolvesse também os outros Estados e seus respectivos cidadãos. Não obstante, essa é uma hipótese muito distante da realidade de que, no Direito Internacional dos Tratados o que se busca é proteger interesses dos Estados. E se a atuação internacional de um Estado reflete os interesses de seus cidadãos internamente é uma questão que fica fora do alcance da regulação do direito internacional.

Contra essa tendência, Sellers (2006) faz uma longa investigação acerca dos princípios republicanos e condiciona a legitimidade do direito internacional ao republicanismo. Para ele, o direito internacional só deveria levar em consideração a voz daqueles Estados que são internamente legítimos. Estados tirânicos, opressores, ou cujos “representantes” não sejam reais representantes do povo não deveriam ter voz, voto ou poder de decisão sobre os rumos do direito internacional.<sup>92</sup> O direito internacional, seguindo uma tradição muito diferente daquela idealizada por Sellers, é responsável pela legitimação de relações de poder muito injustas do ponto de vista da distribuição material pelo globo terrestre. A ausência de representatividade interna dos Estados não é invocada, em regra, para proteger os interesses dos cidadãos que eles deveriam representar.<sup>93</sup> Ao contrário, ela é usada como fundamento para atitudes que agridem diretamente as populações já oprimidas internamente (vide o caso da Guerra do Iraque, declarada pelos Estados Unidos, que invocou o “direito de defesa *preventivo*” para atacar o Estado iraquiano. A investida não foi autorizada pelo Conselho de Segurança da ONU, mas que consequências sofreram os EUA pelo seu ato?).

A crítica de Sellers ao sistema internacional é pertinente, mas excessivamente idealista. Ela desconsidera que, ao invocarem direitos, os Estados estão, em grande parte, fazendo política. A fragilidade do argumento desse autor não está, porém, no seu idealismo,

---

debate. Nesse sentido, cf. CHARNOVITZ, 2006. Ainda sobre a participação das ONGs, para uma visão menos otimista, cf. BOYLE, CHINKIN, 2007.

<sup>92</sup> O argumento de Sellers poderia ser lido como legitimador da postura dos Estados ocidentais democráticos, sobretudo os EUA, e deslegitimador da participação dos Estados do Oriente Médio. É interessante observar que, não obstante, há grandes Estados não-democráticos que logram ter uma voz de grande potência no direito internacional, sendo o exemplo mais notório a China, que ocupa uma das cinco cadeiras permanentes com poder de veto no Conselho de Segurança da ONU.

<sup>93</sup> Como nos mostra Koskeniemi (2004, p. 213-214), governos corruptos e não representativos têm acesso a investimentos do Fundo Monetário Internacional, por exemplo, e comprometem os cidadãos com o pagamento de dívidas com as quais não há qualquer garantia de que se beneficiariam.



bem vindo num mundo já muito desiludido. Ele só enxerga o problema de fora para dentro, ou seja, do direito internacional para o direito interno. Para ele, um Estado não-republicano não deveria ter voz no direito internacional, então, uma tirania não deveria participar de qualquer deliberação internacional por não traduzir a vontade daqueles que, teoricamente, representa. A questão que Sellers não enfrenta é que mesmo os Estados republicanos, quando criam o direito internacional, não respeitam os princípios republicanos que, na sua visão, são obrigatórios para todos. E isso não ocorre apenas porque há muitos Estados - sujeitos de direito internacional – que não são republicanos. Como argumentei até aqui, não existe um republicanismo puro. Nem mesmo os Estados republicanos respeitam os princípios do republicanismo quando estão atuando no nível internacional.

Os Estados dificilmente poderiam ser vistos como membros de uma comunidade internacional, na medida em que não se preocupam sequer em fundamentar suas atitudes no bem de todos os membros da sociedade/comunidade internacional.<sup>94</sup> No direito internacional, parece não existir uma moral republicanista – tal qual existe internamente nos Estados que se auto-definem como repúblicas – pois o Estado que toma uma postura defendendo apenas e tão somente os seus próprios interesses não parece estar violando nenhuma norma moral, e muito menos jurídica de direito internacional. Não há nenhuma regra que determine que um Estado esteja obrigado a fundamentar suas atitudes com base no bem comum de todo o mundo ou de todos os Estados envolvidos. Para ele e para toda a “comunidade internacional” que o assiste, fundamentar suas atitudes nos seus próprios interesses parece ser suficiente. Apesar disso, o discurso republicanista pontualmente ganha força na fundamentação de decisões e atos de Estados ou Organismos Internacionais, sem levar em conta a incoerência que existe em se exigir um comportamento republicano dos Estados internamente, mas não quando atuam no direito internacional.

O republicanismo pode, portanto, ser visto em dois momentos distintos: de fora para dentro – o direito internacional possui normas que exigem que os estados adotem comportamentos republicanos internamente, como pode exemplificar a ideia de “direito à democracia”.<sup>95</sup> – ou de dentro para fora, ou seja, na própria formação do direito internacional

---

<sup>94</sup> Ainda que não seja possível conhecer o que seja “bem comum de todos os membros da comunidade internacional”, e mesmo que ele seja inalcançável, isso não impede que exista uma obrigação para os Estados de tentar aproximar-se dele e de fundamentar nele os seus atos perante a comunidade internacional. Não importa tanto se o bem comum existe, mas a ideia de que o Estado deve almejá-lo parece conferir alguma capacidade de controle por parte das pessoas afetadas. Isso porque o bem comum, numa visão republicana, não é externo à própria comunidade, ainda que essa comunidade seja a internacional.

<sup>95</sup> A ideia de um “direito à democracia” desenvolve-se, inicialmente, a partir da associação entre direitos humanos e manutenção da paz (presente na Carta das Nações Unidas, art. 55). A declaração universal dos direitos humanos, por sua vez, prescreve no seu art. XXI que “toda pessoa tem o direito de tomar parte no

– onde as presenças republicanistas são mais débeis, pois a vontade da comunidade internacional se expressa através de atores nem sempre legítimos, e os interesses individuais muitas vezes são predominantes nos processos deliberativos.

O duplo aspecto do direito internacional em relação ao princípio democrático e outros princípios republicanos se relaciona com uma questão mais ampla e fundamental para a compreensão do que é o Estado dos pontos de vista interno e externo: a existência das “duas soberanias”, apontada por Luigi Ferrajoli, no livro “A soberania no mundo moderno”, e amplamente aceita na doutrina jurídica, que conhecemos por soberania interna e externa. Essa bipartição pode ser mais bem delineada a partir da *Paz de Vestfália* com a afirmação da soberania dos Estados-Nações, mas antes mesmo disso alguns contornos eram visíveis ali onde nascia o republicanismo, nas cidades-Estado italianas dos séculos XII e seguintes. Enquanto se organizavam internamente na forma de Repúblicas, externamente pregavam a tese de que tinham o direito de preservar a sua liberdade contra qualquer interferência externa. Nas palavras de Skinner, observa-se a existência de

duas idéias bastante claras e distintas quando defendiam sua ‘liberdade’ contra o Império: uma era a idéia do direito a não sofrerem qualquer controle externo de sua própria vida política – ou seja, a afirmação de sua soberania; outra era a idéia do direito, conseqüente do primeiro, a se governarem conforme entendessem melhor – ou seja, a defesa de suas constituições republicanas (SKINNER, 1996, p. 29).

Como já foi dito, a perda da liberdade do corpo político poderia dar-se tanto por interferência interna (governo de pessoa ou grupo que não fosse o corpo dos cidadãos) como por interferência externa. A divisão em “duas” liberdades, entendo, é uma forma diferente de expressar o que, na sua origem, é uma coisa apenas: a liberdade. O progressivo distanciamento entre a liberdade/soberania interna e a externa vai ocorrer, precisamente, na medida em que o conceito de liberdade passa a ser o liberal, porque aí já não há uma exigência de não-dominação quer nas relações internas, quer nas externas. A consequência inevitável disso é que o Estado, em suas relações externas, vive um estado de insubordinação

---

governo de seu país, diretamente ou por intermédio de representantes livremente escolhidos”. Contudo, foi na década de 1990 que o direito à democracia (ou princípio da soberania democrática) passou a ser mais amplamente discutido. Em 1991, o Conselho de Segurança da ONU repreendeu o Haiti pela deposição do presidente democraticamente eleito, o que seria prejudicial à manutenção da paz. Por fim, uma série de direitos individuais podem ser relacionados à forma de governo democrática, como a liberdade de expressão. Sobre a emergência de um “direito à democracia” no direito internacional, cf. ANGUIE, 2009.

equiparável ao estado de natureza de Hobbes. Já internamente, o estado de natureza é elidido, mas sob a “cruel” disposição legal, que acaba com a liberdade.<sup>96</sup>

A fratura entre as duas ideias de liberdade (ou entre as ideias de *libertas* e *libertá*) traduz-se na divisão entre soberania externa e soberania interna. Hoje, já distanciados muitos séculos das antigas repúblicas italianas, seria descabido fazer uma ligação direta entre os fenômenos, tendo em vista que a ideia de soberania não poderia existir, então, como ligada ao Estado-Nação. Contudo, devemos estar atentos ao fato de que o conceito de soberania contém em si uma aporia, que fica clara justamente nessa bipartição do conceito de liberdade política, dividida em soberania externa e interna. Ferrajoli (2007) nos leva a refletir sobre as incongruências desse conceito. Para ele, o mundo moderno está baseado num resquício pré-moderno e, por isso, é contraditório.

A primeira aporia diz respeito ao significado filosófico da ideia de soberania. Como categoria filosófico-jurídica, a soberania é uma construção de matriz jusnaturalista, que tem servido de base à concepção juspositivista do Estado e ao paradigma do direito internacional moderno; logo, um resquício pré-moderno que está na origem da modernidade jurídica e, simultaneamente, em virtual contraste com esta (FERRAJOLI, 2007, p. 2).

Segundo entendo, Ferrajoli está correto no seu diagnóstico se admitirmos que a liberdade em questão é a liberal, e não a republicana. O termo *soberania*, utilizado por Skinner na citação anterior, não pode ser entendido do mesmo modo que aquele proposto por Ferrajoli, mais corrente, em que a soberania está diretamente associada ao Estado liberal. Estabelecida essa premissa, a soberania pode ser entendida como uma construção de matriz jusnaturalista, e é contraditória quando confrontada com o Estado juspositivista. Mas também é verdade que a modernidade não é puramente positivista: um positivismo puro não existe no mundo real. Os direitos humanos, por exemplo, têm a sua origem em direitos naturais, e são, afirma-se amplamente, “inerentes ao ser humano”.<sup>97</sup>

A segunda aporia definida por Ferrajoli aprofunda as contradições. Trata-se do já mencionado distanciamento entre a soberania interna e a soberania externa. À medida que a soberania externa crescia e se afirmava enquanto insubordinação absoluta do Estado, fundada até mesmo no direito à guerra (*jus ad bellum*), a soberania interna se apequenou (FERRAJOLI,

<sup>96</sup> Aqui, remeto à discussão desenvolvida no ponto 2.2.3, em que sigo o entendimento de Pettit de que, para os republicanos, a lei não compromete a liberdade, mas para os críticos desse pensamento, em especial Hobbes, sim.

<sup>97</sup> O uso de qualificativos de cunho naturalista, tais como “inerentes” ou “essenciais” é típico de documentos internacionais como a Declaração Universal dos Direitos do Homem, a Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem e o Pacto de São José da Costa Rica. A mesma linguagem é vista em diversos autores, como ÂNGELO (1998), PIOVESAN (2004) e MAZZUOLI (2007).

2007). O abatimento da ideia de soberania interna relaciona-se à absorção parcial de princípios republicanos (sobretudo o democrático), mas não se estende a todos os Estados.

Ferrajoli (2007) afirma que ocorreu o desaparecimento da soberania interna, pois a relação que antes era de soberano e súditos passou a ser a relação entre sujeitos, ambos com soberania limitada, ou seja, sem soberania. Nos termos de Ferrajoli, “[a] divisão dos poderes, princípio de legalidade e direitos fundamentais correspondem a outras tantas limitações e, em última análise, a negações da soberania interna”. (FERRAJOLI, 2007, p. 28). Dito de outra forma, o republicanismo moderno acabou com a soberania interna. Essa conclusão, segundo entendo, pode ser correta em termos macroscópicos em Estados republicanos, porém, não há um desaparecimento completo da soberania interna (ou melhor, sua completa transformação em soberania popular) na medida em que relações de dependência, sobretudo entre governantes e governados, existem.

Por fim, ele chega a afirmar que nem mesmo o povo é soberano, já que até mesmo ele, assim como o legislador, estaria adstrito aos limites constitucionais dos direitos fundamentais. Nesse momento, fica evidente a sua filiação à matriz do constitucionalismo liberal, que ele irá declarar mais adiante ao propor um constitucionalismo de direito internacional (FERRAJOLI, 2007). Na realidade, a “filiação” ao liberalismo nos dias de hoje não é uma opção da qual se possa escapar. Autodeterminação, independência, consentimento e, notavelmente, a ideia de Estado de Direito (*Rule of Law*) são todos temas liberais. Delimitar um espaço interno de ação do Estado e, ao mesmo tempo, forçar certas preferências coletivas em questões de direitos humanos, como faz o constitucionalismo internacional, também é um problema eminentemente liberal (KOSKENNIEMI, 2006). O que nos resta não é abolir o liberalismo, e sim fazer a sua crítica.

O conceito de soberania, tão fundamental ao direito internacional, é um conceito problemático. Independentemente das conclusões a que chega Ferrajoli, seu diagnóstico é preciso em identificar a evolução do conceito e as aporias acerca dele. Além disso, permite a observação de como o conceito de liberdade bipartido se relaciona à soberania, uma ideia quase sempre associada a poder insubordinado (inclusive pelo próprio Ferrajoli), quase nunca relacionada à liberdade. Se o ideal de liberdade adotado pelo direito internacional fosse o republicano, soberania jamais poderia ser lida apenas como poder insubordinado ou ilimitado, justamente porque, como visto, trata-se de um ideal de liberdade igualitário. Ideal, ressalte-se, não uniformizador, porque igualdade tem apenas o sentido de inexistência de assimetrias de poder.

### 2.3.2. *Direitos humanos, constitucionalismo internacional e liberdade*

O excelente diagnóstico de Ferrajoli sobre a soberania toma um rumo evidentemente pragmático nas conclusões. Para ele, a grande transformação no plano da soberania externa (e, portanto, do direito internacional) identifica-se com o fim da Segunda Guerra Mundial, quando “[o] paradigma da soberania externa atinge seu máximo fulgor e, simultaneamente, sua trágica falência.” Os documentos que se seguiram (a Carta da ONU de 1945 e a Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948) inauguram, segundo ele, um novo período na ordem jurídica do mundo. Nesse novo período, as aporias apontadas ficam mais evidentes e, por isso, o próprio conceito de soberania externa perde sustentação. A proposta dele é que se assumam os princípios do direito internacional “como vinculantes e seu projeto normativo como perspectiva alternativa àquilo que de fato acontece”, inaugurando assim um “constitucionalismo de direito internacional” (FERRAJOLI, 2007, p. 46).

O constitucionalismo global é uma ideia recorrente entre juristas internacionalistas. Embora não proponham uma constituição global, fundamentam o constitucionalismo em valores compartilhados pela comunidade internacional, em instituições e documentos como a Carta das Nações Unidas, em um sistema normativo comum (em especial as normas *jus cogens*) ou na analogia entre constituições de vários Estados. Essas modalidades de constitucionalismo são, respectivamente, o constitucionalismo social, institucional, normativo e analógico, sendo os três primeiros de maior repercussão entre acadêmicos (SCHWÖBEL, 2010).

Todos esses tipos de constitucionalismo têm em comum a dependência a um sistema liberal-democrático e estão sujeitos a algumas críticas também comuns. Eles assumem, por exemplo, que certa homogeneidade na esfera internacional existe, ou está progressivamente se desenvolvendo. O problema é que tal homogeneidade, se existe, pode ser atribuída em grande parte a práticas hegemônicas que, se nos levam à uniformidade, é sob o alto custo de esmagar as diversidades. A outra crítica relevante é que talvez a própria ideia de constitucionalismo global não seja universal. A ideia fascina, sobretudo, a acadêmicos europeus e, principalmente, alemães, enquanto apenas um pequeno número de acadêmicos em outros continentes faz deferência a ela. Trata-se de uma ideia eminentemente européia (SCHWÖBEL, 2010).

Certamente, o constitucionalismo global está preocupado, sobretudo, com os problemas tipicamente europeus, e por isso os direitos humanos são centrais em qualquer que seja o enfoque. Mas esse enfoque não dá conta de problemas periféricos em relação à Europa,

por exemplo, o problema da fome. Segundo relatório da ONU, 22 países do mundo, e mais de 900 milhões de pessoas, sofrem de fome (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 2010). Em 1998, morreram 588.000 pessoas em guerras, 736.000 em homicídios e violência social. No mesmo ano, a fome e doenças que poderiam ter sido evitadas mataram o inacreditável número de 18 milhões de pessoas (HURRELL, 2003). Em 2010, o número de subnutridos é próximo de um bilhão de pessoas no mundo, quase a sexta parte da população global (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 2011). Não por acaso, o constitucionalismo mundial, quaisquer que sejam os seus méritos - e são muitos - não é uma ideia universal, pelo menos em um plano não-metafísico. A linguagem central, não por acaso, é a linguagem dos direitos subjetivos (KOSKENNIEMI, 1999).<sup>98</sup>

Os direitos situam-se, segundo Koskenniemi, em um lugar entre o positivismo e o naturalismo. Eles reclamam a autoridade de uma razão objetiva, afastando-se das “paixões políticas do dia” (das quais, aliás, é o seu objetivo proteger-nos), aparecendo como a-históricos e universais. Mas são traduzidos em constituições positivas para garantir o seu caráter democrático. “Daí o extraordinário poder retórico dos direitos: por um lado, eles estão ‘fora’ da comunidade política”, a tarefa do legislador seria tão somente declarar sua presença no direito positivo. Por outro, eles estão positivados e, portanto, dentro da comunidade (KOSKENNIEMI, 1999, p. 101-102).<sup>99</sup> A pergunta que tal ambivalência pode gerar – e para a qual não existe uma resposta pronta - é como justificar a existência pré-política de direitos em termos não metafísicos. A retórica dos direitos depara-se, assim, com o paradoxo da impossibilidade de fundamentação ou, para usar um termo benquisto pelos liberais, a sua irracionalidade.

[...] Na medida em que direitos são tidos como fundamentais (e esse [é] o argumento por trás da visão dos direitos como ‘trunfos’), não pode existir perspectiva de onde justificá-los (ou examiná-los/criticá-los). Qualquer justificação relegaria o direito a uma posição secundária, como um instrumento para o motivo que o justifica. Se o motivo não estiver presente, ou não for válido, então o direito também não é válido ou aplicável. Assim, o recurso ao direito permanece um aspecto irracionalista dentro da teoria liberal – ou talvez mesmo um irracionalismo de má-fé (‘bem, nós sabemos que não podemos realmente defendê-los’). Pois direitos são constantemente

<sup>98</sup> Sobre o tema da universalidade dos direitos humanos, independentemente da questão do constitucionalismo global, cf. DONNELLY, 2003. Esse autor argumenta que os direitos humanos alcançaram uma universalidade normativa (não metafísica).

<sup>99</sup> Tradução livre. No original: “Hence the extraordinary rhetorical power of rights: on the one hand, they are ‘outside’ the political community in the sense that the legislator’s task is merely to declare their presence in positive law, not to create them. On the other hand, they are also ‘inside’ the community by being fixed in constitutions and other positive legal enactments and thus amenable to objective confirmation.”

examinados, limitados e criticados da perspectiva de diferentes noções de bem (KOSKENNIEMI, 1999, p. 105).<sup>100</sup>

Se, por um lado, a retórica dos direitos foi usada como um argumento de peso para grandes conquistas (digamos, o sufrágio universal e o fim do *apartheid*), por outro, tem o viés de que, uma vez institucionalizados, os direitos perdem o seu efeito transformador e passam a funcionar como uma contenção à política e, ainda, tornam-se um paradigma que resiste a valores e interesses que não possam ser traduzidos na mesma linguagem, colonizando a cultura política. O uso dos “direitos” no discurso é feito com o objetivo explícito de limitar a política (e os abusos que poderiam advir dela), funcionando como barreiras pré-políticas universais e que não estão sujeitas a negociação. A linguagem dos direitos (ou do par direito-dever) não é capaz, ainda, de expressar todas as demandas normativas de uma sociedade. Religião e nacionalismo são exemplos de valores que a teoria liberal tende a qualificar como irracionais, assim como relações com a terra que não possam ser traduzidas em termos de um direito de propriedade. Essa linguagem também falha em expressar a injustiça de causas estruturais (econômicas e sociais) (KOSKENNIEMI, 1999). Outro exemplo relevante é o do conflito entre igualdade formal e material.

Para o movimento feminista, por vezes pareceu importante defender o direito à igualdade (igualdade de direitos de voto, por exemplo), enquanto em outros casos, o fato de que a neutralidade formal poderia beneficiar os interesses do sexo masculino parece tê-lo obrigado a reclamar o direito de uma discriminação positiva. Da perspectiva da retórica dos direitos, isso aparece como incoerência; mas do ponto de vista das lutas políticas, essa incoerência se traduz em necessidade política (KOSKENNIEMI, 1999, p. 109).<sup>101</sup>

Outra característica importante dos direitos é que eles sempre deixam espaço para a ação política na delimitação do seu significado, por mais que busquem evitar isso, o que ocorre porque os direitos são conflituosos entre si e a linguagem é indeterminada. O choque

<sup>100</sup> Tradução livre. No original: “[...] *To the extent that rights are assumed as foundational (and this [is] the argument behind the view of rights as ‘trumps’) there can exist no perspective from which to justify (or examine/criticize) them. Any justification would relegate the right to a secondary position, as an instrumentality for the reason that justifies it. If the reason is not present, or not valid, then the right is not valid, or applicable, either. Thus recourse to rights remains an irrationalist strand in liberal theory – or perhaps a bad faith irrationalism (‘well, we know we cannot really defend them’). For rights are constantly examined, limited, and criticized from the perspective of alternative notions of the good.*”

<sup>101</sup> Tradução livre. No original: “*For the women’s movement, it has sometimes seemed important to argue for the right to equality (equality of voting rights, for instance), while in other cases the fact that formal neutrality may advance male interests has seemed to compel arguing in favor of (reverse) discrimination. From the perspective of rights rhetoric, this appears as incoherence; while from the perspective of political struggles, incoherence translates into a political necessity.*”

entre direitos das partes em oposição e a solução de questões como ‘o que é o direito à vida’ (permite-se o aborto? A eutanásia? A legítima defesa? A pena de morte?) são exemplos de situações que levam a decisão ao balanceamento contextual, sempre dependente das decisões políticas sobre o que é o bem da sociedade. “Todo balanceamento vai envolver amplas suposições [sobre o que é o bem para a sociedade]” (KOSKENNIEMI, 1999, p. 107-108; 2004, p. 208).<sup>102</sup>

O discurso objetivista dos direitos é uma consequência da sua justificação liberal e do propósito de funcionar como uma barreira normativa para bloquear a discricionariedade da política. Na realidade, o próprio sentido do direito se baseia na sua validade acontextual, e isso produz alguns efeitos negativos (KOSKENNIEMI, 1999, p. 114). O primeiro é que a faceta naturalista dos direitos ocasiona a diminuição do caráter imaginativo e criativo da política, e a cidadania é resumida à linguagem técnica dos direitos. “Nenhuma ideia de virtude cívica ou participação política pode se sustentar com a insistência da prioridade do direito sobre o bem” (KOSKENNIEMI, 1999, p. 115).<sup>103</sup> O segundo efeito é que o enfoque no indivíduo e nos direitos dos indivíduos não alcança o momento de formação do próprio indivíduo, e a cidadania vista apenas em termos de direitos individuais reduz a tomada de decisão política a uma oscilação entre ética individual e economia (KOSKENNIEMI, 1999, p. 115).

A consequência final que a crítica de Koskenniemi traz é que, se os direitos não são imunes à política, eles também são argumentos políticos. Argumentos esses que gozam de grande privilégio nas democracias liberais contemporâneas, e cuja linguagem, pretensamente neutra, encobre a inescapável dimensão política. Evidentemente, não se trata de abandonar a linguagem dos direitos, não há sequer outra linguagem tão ampla a ponto de ser capaz de substituir essa. Trata-se de estar atento para a insuficiência dessa retórica na tradução de um grande número de demandas politicamente legítimas e, ainda, para os efeitos nefastos que a adoção acrítica dessa linguagem eminentemente liberal pode ter sobre o exercício político e sobre a cultura cívica sem a qual a própria democracia não pode sobreviver. Trata-se, enfim, de reconhecer que a sociedade política - particular, histórica, contextual, temporal - não pode incessantemente e satisfatoriamente se resumir a uma linguagem universal, a-histórica, acontextual e atemporal.

---

<sup>102</sup> Tradução livre. No original: “Any ‘balancing’ will involve broad cultural and political assumptions [about what is good for the society]”.

<sup>103</sup> Tradução livre. No original: “No idea of civic virtue or political participation can be sustained through insistence on the priority of the right over the good”.



A crescente tendência à “constitucionalização” amplia cada vez mais o uso da linguagem dos direitos, e parece estar imbuída de uma grande fé no progresso, no controle do futuro e na racionalidade tipicamente iluminista (GALINDO, 2011b). Os direitos devem ser acumulados, impedindo, assim, a repetição de atrocidades cometidas no passado. Ocorre que, como foi discutido no primeiro capítulo desta dissertação, nem a modernidade foi capaz de concretizar seus planos de dominação e previsão, e nem a racionalidade iluminista, *amnésica*, enxerga o sofrimento passado, porque ele é esquecido para o progresso. A dimensão universal dos direitos esconde uma leitura particular e política sobre eles, promovida como universal (KOSKENNIEMI, 2004). Se fizéssemos uma leitura republicana sobre eles, seríamos obrigados a admitir que de nada serve uma constituição mundial repleta de direitos, se eles representam um tipo de imperialismo ou, para usar a expressão de Pettit, dominação, que escraviza Estados inteiros. Essa escravização, segundo entendo, não é decorrente daquilo que os direitos são capazes de promover, mas sim de todas as demandas que eles são capazes de calar.

Como nos mostra Koskenniemi em *The Gentle Civilizer of Nations*, Schmitt e Morgenthau estavam corretos em apontar que juristas internacionalistas e outros liberais “tentaram evitar o irredutível caráter da política, presumindo que a boa sociedade pode derivar de [boas] leis.” Mas o fato de que essa simples “derivação” seja impossível é uma condição essencial à política democrática (KOSKENNIEMI, 2001, p. 504).<sup>104</sup>

Morgenthau seguiu Schmitt na interpretação do direito internacional como parte da estratégia liberal de despolitização. O liberalismo, ambos alegaram, via o conflito internacional como um resíduo atávico de eras primitivas, que deveria ser substituído por uma gestão racional do sistema de Estados, da economia e da harmonia de interesses. O direito internacional canalizaria as tensões políticas para comitês, assembleias e mecanismos formais de resolução de conflito. Tudo isso era ilusão. A despolitização era uma política dos poderosos para consolidar suas vantagens (KOSKENNIEMI, 2001, p. 461-462).<sup>105</sup>

---

<sup>104</sup> Tradução livre. No original: “As Schmitt and Morgenthau correctly pointed out, international lawyers (among other liberals) have tried to do away with the irreducibly conflictual character of politics by presuming that the good society can be derived from ethically, sociologically, or scientifically constructed laws. But the fact that they cannot be so derived is an essential condition of democratic politics”.

<sup>105</sup> Tradução livre. No original: “Morgenthau followed Schmitt in interpreting international law as part of the liberal strategy of depoliticization. Liberalism, both argued, saw international conflict as an atavistic residue of primitive ages that was to be replaced by rational management of States system, economics and the harmony of interests. International law would channel political tensions into committees, assemblies, and formal dispute settlement mechanisms. All of this was illusion. Depoliticization was a politics by the status quo powers to consolidate their advantages”.

É precisamente contra a transformação do formal (leia-se, do direito) “em uma fachada para o substancial [para o poder de fato]” que Martti Koskenniemi se insurge ao propor a cultura do formalismo (KOSKENNIEMI, 2001, p. 501).<sup>106</sup> A sua ideia é buscar uma universalidade não imperialista. A cultura do formalismo consiste em buscar o universal numa “falta” (*lack*). Por exemplo, se o que falta é segurança, a necessidade de segurança deve ser interpretada como uma regra universal, logo, aquele que sofre de insegurança não poderia, por princípio, infligir o mesmo mal a outra vítima no futuro. Se o que falta é distribuição de bens materiais, essa “falta” também deve ser entendida como uma aspiração aplicável a todas as pessoas e Estados (KOSKENNIEMI, 2001).

A cultura do formalismo é uma cultura de “resistência ao poder, uma prática social que envolve responsabilidade, abertura para a igualdade e cuja importância não pode ser reduzida a posições políticas das partes em oposição” (GALINDO, 2005, p. 546).<sup>107</sup> Como o próprio nome já diz, não é uma regra ou princípio jurídico, antes uma atitude ou cultura que oferece um horizonte de possibilidades inalcançáveis, mas que servem como guia. “Nesse sentido, a universalidade funciona como o meio pelo qual muitos particularismos podem ser articulados” (GALINDO, 2005, p. 547).<sup>108</sup>

O que faz da cultura do formalismo uma proposta verdadeiramente original, segundo entendo, é a sua capacidade de aliar à dimensão universal do direito o sofrimento concreto de vítimas, oprimidos, enfim, daqueles que experimentaram a mencionada “falta”. Como não poderia deixar de ser, a proposta – na verdade, uma sugestão inspiradora muito mais que uma proposta concreta – demonstra uma preocupação central desse autor em toda a obra: a história. Ao buscarmos as “faltas”, está implicado o olhar para o passado, e, em especial, um passado negativo, não apenas no sentido de uma ausência, mas, no fundo, de algum tipo de opressão. E toda opressão, em última análise, também pode ser lida como falta de liberdade, sobretudo se pensarmos liberdade como ausência de dominação, desigualdade ou escravidão.

---

<sup>106</sup> Tradução livre. No original: “*Now this is precisely what a culture of formalism cannot tolerate – the transformation of the formal into a façade for the material in a way that denies the value of the formal as such*”.

<sup>107</sup> Tradução livre. No original: “*a culture of resistance to power, a social practice that involves responsibility, openness and equality, whose importance cannot be reduced to political positions of the competing parties*”.

<sup>108</sup> Tradução livre. No original: “*In this sense, universality functions as the means by which the many particularisms may be articulated*”.

### CAPÍTULO 3 – ESTUDO DE CASO: O CHILE

Neste capítulo, serão estudados os processos judiciais contra Augusto Pinochet Ugarte e outros processos relacionados. O ex-ditador foi penalmente processado por crimes internacionais com fundamento na jurisdição universal na Espanha; enfrentou um processo de extradição na Inglaterra, onde ficou preso enquanto aguardava o julgamento; perdeu a imunidade parlamentar no Chile, onde foi réu em outros processos penais. Após os processos contra Pinochet, diversas pessoas foram acusadas da prática de crimes relacionados à repressão do regime ditatorial chileno (1973-1990), dentre os quais selecionei dois casos representativos da mudança de postura dos tribunais chilenos. Os tribunais passaram a não mais aplicar a lei de anistia, dando precedência ao direito internacional em relação ao direito interno.

Em todos os casos, tribunais nacionais, domésticos ou estrangeiros, aplicam o direito internacional dos direitos humanos. De acordo com o que foi estudado de maneira mais abstrata nos capítulos anteriores, veremos que o direito internacional de tradição liberal e, em especial, a linguagem dos direitos humanos, não lidam bem com questões sobre memória. Quanto à tradição liberal do direito internacional, ela é percebida na prática dos tribunais na medida em que não se nota qualquer preocupação com a vontade dos sujeitos envolvidos e a sua qualidade de cidadãos. A liberdade nunca é um argumento relevante, ainda quando, segundo entendo, ela pudesse ser um bom argumento para se chegar a conclusões por vezes semelhantes, como ocorre no Chile quando seus tribunais internos deixam de aplicar a lei de anistia.

A racionalidade eminentemente liberal também tem por consequência o papel periférico que a memória assume enquanto ideal de realização de justiça: as decisões não estão preocupadas com o reconhecimento da condição das vítimas porque absolutamente focadas na busca de condenação para os responsáveis pelos crimes. Inevitavelmente, sua memória é trazida à tona, mas de maneira apenas coadjuvante.

### 3.1. O direito internacional visto de fora para dentro: jurisdição universal, imunidade e extradição no caso Pinochet

#### 3.1.1. Pinochet enfrenta a jurisdição universal na Espanha

A Espanha é um Estado de tradição romano-germânica onde o poder jurisdicional é exercido, em nível nacional, pela Audiência Nacional<sup>109</sup> e pelo Tribunal Supremo. Para instruir as ações cujo julgamento compete à Audiência Nacional foram criados os Juzgados Centrais (*Juzgados Centrales*), em conformidade com o art. 88 da Lei Orgânica, situados em Madrid e com jurisdição em toda a Espanha. Os juízes de instrução dos *Juzgados* preparam o processo para o julgamento pela Audiência Nacional (ESPANHA, 1985a).<sup>110</sup>

Em 28 de março de 1996, o procurador espanhol Carlos Castresana, em nome da *Unión Progresista de Fiscales*, denunciou os Generais argentinos Jorge Videla e Antônio Bussi e o Almirante Emilio Massera, por crimes cometidos durante a ditadura militar argentina (1976-1983). A ação foi distribuída para o 5º Juizado Central, responsável pela instrução dos processos de competência da Audiência Nacional, cujo juiz era Baltazar Garzón. Em julho de 1996, logo depois do juiz Garzón afirmar que a Espanha tinha jurisdição no caso, uma ação semelhante, referente aos crimes praticados durante o regime do General Pinochet no Chile, tem início, mais uma vez por iniciativa da *Unión Progresista de Fiscales*. A ação é distribuída ao juiz Manuel García-Castellón (ESPANHA, 1996). As investigações nos dois processos desenvolveram-se, a partir de então, simultaneamente. Enquanto o processo contra o regime argentino possuía mais de cem denunciados, o processo contra Pinochet concentrava-se apenas no alto comando, ou seja, Pinochet e os dirigentes da DINA,<sup>111</sup> não mais que trinta pessoas. Isso se devia à própria estrutura da repressão nos dois Estados, que na Argentina ocorreu de forma descentralizada, dividida em zonas com

---

<sup>109</sup> A Audiência Nacional, com jurisdição em toda a Espanha, tem competência para julgar, originariamente certas causas que envolvam mais de uma província, ou que sejam particularmente graves, como tráfico de drogas, ou ainda contra o titular da Coroa. Suas competências são estabelecidas pelo art. 65 da Lei Orgânica. À Audiência Nacional também compete processar e julgar os “delitos cometidos fora do território nacional, quando conforme às leis ou aos tratados corresponda seu ajuizamento aos Tribunais espanhóis”. O referido artigo assim prevê: “*La Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional conocerá: 1º Del enjuiciamiento, salvo que corresponda en primera instancia a los Juzgados Centrales de lo Penal, de las causas por los siguientes delitos: [...] e) Delitos cometidos fuera del territorio nacional, cuando conforme a las leyes o a los tratados corresponda su enjuiciamiento a los Tribunales españoles*” (ESPANHA, 1985a).

<sup>110</sup> *Artículo 88. En la Villa de Madrid podrá haber uno o más Juzgados Centrales de Instrucción, con jurisdicción en toda España, que instruirán las causas cuyo enjuiciamiento corresponda a la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional o, en su caso, a los Juzgados Centrales de lo Penal y que tramitarán los expedientes de ejecución de las órdenes europeas de detención y entrega, así como los expedientes de extradición pasiva, en los términos previstos en la Ley.*

<sup>111</sup> *Dirección de Inteligencia Nacional* (Policía secreta chilena durante a ditadura de Pinochet).

comandantes com alto grau de autonomia, e no Chile, de forma bastante centralizada (ROHT-ARRIAZA, 2006).

Recebida a ação penal, o *Fiscal* (equivalente ao membro do Ministério Público no Brasil) Javier Balaguer manifestou-se favoravelmente à jurisdição das cortes espanholas, e argumentou que a ditadura chilena continuou após 1985, quando a jurisdição universal da Espanha passou a ser prevista em lei (ROHT-ARRIAZA, 2006). O fundamento da jurisdição espanhola estava no art. 23 (4) da Lei Orgânica do Poder Judiciário (ESPANHA, 1985a; 1985b), que permite o processamento de certos crimes cometidos fora da Espanha contra não-espanhóis, incluindo genocídio, terrorismo e outros crimes tipificados em tratados ratificados pela Espanha. Além da jurisdição criminal territorial (art. 23 (1)), da jurisdição baseada na nacionalidade (art. 23 (2)), e da jurisdição pelo princípio protetor (art. 23 (2)), a lei espanhola prevê a jurisdição universal para julgar uma série de crimes internacionais. A lista prevista no artigo 23 da lei não é taxativa, já que a alínea *i* deixa em aberto a possibilidade de a jurisdição estender-se a qualquer outro crime previsto em tratados ou convenções internacionais.

#### Artículo 23.

- a. Genocidio.
- b. Terrorismo.
- c. Piratería y apoderamiento ilícito de aeronaves.
- d. Falsificación de moneda extranjera.
- e. Los delitos relativos a la prostitución y los de corrupción de menores o incapaces.
- f. Trafico ilegal de drogas psicotrópicas, tóxicas y estupefacientes.
- g. Y cualquier otro que, según los tratados o convenios internacionales, deba ser perseguido en España (ESPANHA, 1985).<sup>112</sup>

Em decisão de 15 de setembro de 1998, García-Castellón confirmou a jurisdição espanhola para julgar a ação pelos crimes de genocídio e terrorismo, com base no referido dispositivo legal. O juiz afastou a aplicação do art. 9º da Convenção para a Prevenção e Repressão do Crime de Genocídio de 1948, acerca da atribuição da Corte Internacional de Justiça na solução de controvérsias sobre aplicação do tratado, já que a Espanha ratificou a Convenção, mas opôs reserva ao referido artigo.<sup>113</sup>

<sup>112</sup> Essa era a redação do artigo como vigente à data do início do processo na Espanha. O art. 23 da *Ley Orgánica nº 6/1985, del poder judicial* sofreu diversas modificações no decorrer dos anos, inclusive com o acréscimo, em 2005, da jurisdição universal para os casos de mutilação genital feminina (ESPANHA, 2005); em 2007, para o tráfico de pessoas (ESPANHA, 2007); e, finalmente, em 2009, para os crimes contra a humanidade (ESPANHA, 2009);

<sup>113</sup> O artigo mencionado assim prescreve: As controvérsias entre as Partes Contratantes relativas à interpretação, aplicação ou execução da presente Convenção, bem como as referentes à responsabilidade de um Estado em

Com o avanço das investigações, o Juiz Baltazar Garzón, do Juizado Central de Instrução nº 5, até então responsável pelo processo referente ao caso da Argentina, entendeu serem conexos os fatos relativos às ditaduras do Cone Sul.<sup>114</sup> Em 16 de outubro, ele expediu mandado de prisão para Pinochet (trata-se de uma prisão provisória para casos urgentes, que antecede o pedido oficial de extradição) por crimes de genocídio e terrorismo, baseado nos fatos referentes à Operação Condor (ESPANHA, 1998a).

Em 18 de outubro de 1998, Garzón emitiu outra ordem, ampliando o mandado de prisão (*provisional warrant*), com o objetivo de melhor enquadrar os crimes de acordo com a legislação do Reino Unido. Considerava, então, que a Inglaterra é um país extremamente dualista e que fundamenta a quase totalidade das suas decisões nas normas internas ou nas normas externas somente a partir do momento da sua incorporação (ERAZO, 1999; ROHT-ARRIAZA, 2006). A ordem de prisão de 18 de outubro tinha fundamento na acusação de autoria dos seguintes crimes: tortura e conluio para tortura entre janeiro de 1988 e dezembro de 1992; tomada de reféns e conluio para tomada de reféns entre janeiro de 1982 e janeiro de 1992; e conluio para assassinatos entre janeiro de 1976 e dezembro de 1992. Garzón tomou por base as datas em que os respectivos tratados passaram a integrar o ordenamento britânico (ROHT-ARRIAZA, 2006). Em 20 de outubro, o juiz García-Castellón declinou sua competência em favor do juiz Garzón, prevento no caso. Em 21 de outubro de 1998, o Parlamento Europeu aprovou a Resolução B4-0975/98, em reconhecimento à jurisdição universal espanhola e em apoio ao pedido de extradição (UNIÃO EUROPÉIA, 1998). Finalmente, em 3 de novembro, o juiz Baltazar Garzón solicitou a extradição de Pinochet com base na Convenção Europeia sobre Extradição de 1957 (ESPANHA, 1998b).

Em 5 de novembro de 1998, a Sala Penal da Audiência Nacional, decidindo recurso interposto contra a decisão do juiz García-Castellón, confirmou a jurisdição espanhola na causa chilena para admitir a ação referente aos crimes de genocídio e terrorismo (ESPANHA, 1998c).<sup>115</sup> Para tanto, o *Pleno de lo Penal* enfrentou a alegação de que o artigo 6º da Convenção para a Prevenção e Repressão do Crime de Genocídio afastaria a jurisdição da Espanha. O dispositivo estabelece:

---

matéria de genocídio ou de qualquer dos outros atos enumerados no art. 3º, serão submetidos à Corte Internacional de Justiça, a pedido de uma das partes na controvérsia (BRASIL, 2008).

<sup>114</sup> A Operação Condor envolvia a inteligência militar de seis países: Chile, Argentina, Uruguai, Paraguai, Bolívia e Brasil, cujo maior estrategista era Augusto Pinochet. (ROTH-ARRIAZA, 2006).

<sup>115</sup> Em 4 de novembro, o mesmo órgão havia julgado a apelação referente à causa argentina, e também lá confirmou a jurisdição espanhola com base em fundamentos bastante semelhantes (ESPANHA, 1998d).

Art. 6. As pessoas acusadas de genocídio ou de qualquer dos outros atos enumerados no art. 3º serão julgadas pelos tribunais competentes do Estado em cujo território foi o ato cometido, ou pela Corte Penal Internacional competente com relação às Partes Contratantes que lhe tiverem reconhecido a jurisdição (BRASIL, 2008).

No entendimento da Audiência Nacional, o artigo 6º não excluía a jurisdição espanhola, o que seria até mesmo contrário ao espírito da Convenção, já que esta buscava um compromisso das Partes para reprimir o genocídio e evitar a impunidade. A jurisdição espanhola justifica-se, segundo a decisão, por ser um delito de transcendência em todo o mundo e que afeta toda a humanidade. Assim, a Audiência Nacional interpreta que o art. 6º impõe a subsidiariedade das jurisdições nacionais em relação a uma jurisdição internacional, e com fundamento na reserva ao art. 6º, a Espanha não reconheceria a prioridade de nenhuma jurisdição em relação à sua própria (ESPANHA, 1998c).

Outro importante tema enfrentado nessa decisão é se haveria coisa julgada, afastando a jurisdição espanhola. Realmente, vários dos fatos imputados a Pinochet na Espanha já haviam sido objeto de ação penal no Chile, tendo sido aplicado o Decreto-Lei 2.191 de 1978, que anistiou os responsáveis por crimes perpetrados entre 11 de setembro de 1973 e 10 de março de 1978. Essa questão é relevante para a configuração da jurisdição espanhola, que é excluída quando o réu tiver sido condenado, absolvido ou indultado (ESPANHA, 1985a). Contudo, no entendimento da Audiência Nacional, o referido Decreto-Lei contrariava o *jus cogens* internacional, tratando-se de norma despenalizadora por conveniência política, e por isso não estaria configurado o instituto da coisa julgada. O Decreto-Lei, segundo a decisão, era, portanto, inválido, e por isso a anistia, ainda que aplicada num processo judicial no país de origem, não deveria ser reconhecida pela comunidade internacional (ESPANHA, 1998c).

A jurisdição penal de um Estado é determinada, na maioria dos casos, pelo princípio da territorialidade ou aderência ao território (*ratione loci*), decorrente da ideia de que cada Estado é soberano e manifesta a sua soberania nos limites do seu território (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 1994). A própria ideia de reconhecimento internacional dos Estados engloba o reconhecimento de suas respectivas jurisdições. A limitação territorial decorre logicamente do reconhecimento recíproco entre Estados no intuito de evitar-se o choque entre jurisdições que, em última análise, levaria a um conflito de soberanias. O domínio reservado à jurisdição interna de um Estado pode ser limitado pelo direito internacional, hipótese em que um Estado pode ter sua jurisdição não reconhecida em determinada matéria (BROWNLIE, 1997).

A jurisdição penal, em regra, segue o princípio da territorialidade, ou seja, é o local do crime que vai determinar que Estado tem jurisdição para o caso. Esse tipo de jurisdição territorial é de ampla aceitação, devido à sua conveniência para investigação dos fatos e envolvimento de interesses do próprio Estado onde o crime é praticado (*lex loci delicti*). No caso de o crime ser praticado em vários Estados, costuma prevalecer o lugar da consumação; mas, como cada Estado define sua própria jurisdição, não é impossível que haja choques mesmo tomando-se por base apenas o princípio da territorialidade (BROWNLIE, 1997).

Há ainda alguns outros princípios que convivem com a territorialidade. O princípio da nacionalidade, podendo referir-se a situações em que o nacional é agente (*active nationality jurisdiction*) ou vítima (*passive nationality jurisdiction*) de crime (ROHT-ARRIAZA, 2006).<sup>116</sup> A nacionalidade é compreendida como característica da soberania e pode estender-se pelo recurso à residência ou outros elementos que coloquem o indivíduo em conexão com o Estado (BROWNLIE, 1997).

O princípio protetor ou da segurança, por sua vez, excetua a aderência ao território por homenagear interesses diretos do Estado, em geral de ordem econômica/comercial (“*local effects*” *jurisdiction*) (DERBY, 2006). Esse é um tipo de jurisdição adotada por quase todos os Estados, para crimes praticados no estrangeiro quando a sua segurança é afetada, o que inclui várias infrações políticas, mas também defesa da moeda, imigração e infrações econômicas (BROWNLIE, 1997).

Nesses dois tipos de jurisdição, alguns conflitos podem se apresentar, não sendo difícil imaginar jurisdições concorrentes nas mais diversas hipóteses, como no caso de um nacional do Estado “A” que comete um crime no Estado “B” contra um nacional do Estado “C”. A depender das normas internas de cada um e dos tratados internacionais recíprocos dos quais sejam partes, podemos ter um caso em que haja um, dois ou, até mesmo, três Estados a reclamarem jurisdição.

Por fim, há uma terceira exceção ao princípio territorial, bastante peculiar: trata-se da jurisdição universal, em que determinado Estado reclama para si o direito de processar alguém por um ato cometido fora do seu território, sem a afetação de seus nacionais quer como agentes, quer na condição de vítimas, e sem que haja qualquer interesse atribuível ao

---

<sup>116</sup> Brownlie (1997) considera tratar-se de dois princípios distintos. O primeiro, da nacionalidade, refere-se apenas ao agente do crime, aplicável apenas para crimes mais graves. É um princípio necessário, sobretudo, quando o critério territorial não se aplica, como no caso da Antártica. O segundo princípio seria o da personalidade jurídica passiva, quando o crime, praticado por estrangeiro, causa prejuízo a nacionais do Estado do foro. A personalidade passiva é um critério pouco aplicado isoladamente, mas que se confunde em parte com o princípio protetor e pode ser exercido nos casos em que se justifica a jurisdição universal (BROWNLIE, 1997).



próprio Estado. A jurisdição, nesse caso, baseia-se na configuração de um crime internacional.<sup>117-118</sup> Há pelo menos 25 crimes internacionais claramente definidos em múltiplos instrumentos internacionais, entre eles os crimes de agressão, pirataria, crimes de guerra, apartheid, alguns atos contra o meio ambiente etc (BASSIOUNI, 1999). É questionável, contudo, que a jurisdição universal possa ser exercida indistintamente em todos esses crimes. Para além dos casos em que expressamente prevista em tratados internacionais, a doutrina internacionalista costuma aceitá-la, também, nas hipóteses de crimes contra a humanidade (BROWNLIE, 1997; DERBY, 2006), e daqueles crimes que integram o *jus cogens* internacional, entre os quais estariam a tortura, o apartheid e o genocídio (CASSESE, 1993). Identificar todos os crimes que se inserem nesse conceito, entretanto, é uma tarefa sobre a qual muitos juristas se debruçam sem chegar a um consenso.<sup>119</sup>

Apesar de não existir uma lista exaustiva dos crimes que integram o *jus cogens* internacional, a prática da tortura e de crimes contra a humanidade estão entre aqueles mencionados por toda a doutrina, embora alguns autores insistam em ampliar essa lista a um número muito grande de condutas.<sup>120</sup> Por esse motivo, será satisfatório para o propósito deste trabalho afirmar que, dentre os crimes pelos quais a Espanha processou Pinochet, havia crimes cujo status de normas imperativas é pacífico na doutrina. A jurisdição universal, estabelecida nesses termos restritos, é geralmente aceita, mas existe hesitação dos tribunais nacionais em exercê-la, especialmente contra representantes dos Estados que se beneficiam de algum tipo de imunidade (DINH; DAILLIER; PELLET, 2003, p. 732; BROWNLIE, 1997). A jurisdição universal é complementar às jurisdições estatais, e entende-se que o Estado onde o crime foi praticado tem uma jurisdição direta ou preferencial, enquanto os demais Estados teriam uma jurisdição subsidiária, que entraria em ação na inércia daquele. (GUERRA, 2006) Contudo, é questionável que um Estado que não tenha a custódia do indivíduo possa dela fazer uso, pois isso poderia gerar múltiplos processos simultâneos (GUERRA, 2006).

---

<sup>117</sup> Refiro-me, aqui, apenas à responsabilidade penal individual, embora a responsabilidade criminal do Estado seja um tema discutido na doutrina internacionalista.

<sup>118</sup> Devido à íntima relação entre jurisdição universal e crimes internacionais, Colangelo (2009) defende que a jurisdição universal seria um tipo de jurisdição internacional. Logo, segundo ele, não há que se falar em conflito de jurisdições, já que o Estado apenas exerce uma jurisdição que não é sua, e sim de toda a comunidade internacional.

<sup>119</sup> Bassiouni observa que a doutrina costuma identificar sete crimes como normas *jus cogens* de direito internacional: agressão, genocídio, crimes contra a humanidade, crimes de guerra, pirataria, escravidão e tortura. Contudo, esses crimes trazem características bastante distintas: alguns põem em risco a paz e a segurança internacional, outros chocam a consciência da humanidade. Esse autor entende que, essencialmente, um crime *jus cogens* se caracteriza pela ação política ou conduta estatal (BASSIOUNI, 1999).

<sup>120</sup> MELLO (2001) e MAZZUOLI (2007) fazem uma equiparação entre *jus cogens* e direitos humanos de forma ampla.

### 3.1.2. Prisão e pedido de extradição de Pinochet na Inglaterra

O Poder Judiciário Inglês é formado pelos Tribunais Superiores (*Supreme Court of Judicature*) e por Jurisdições inferiores. Os Tribunais Superiores têm competência para julgar a totalidade das causas, mas, em princípio, não aceitam causas em que o interesse em jogo não seja relevante, que são resolvidas pelas Jurisdições Inferiores. A *Supreme Court of Judicature* subdivide-se em três seções: a Alta Corte de Justiça (*High Court of Justice*), a Corte da Coroa (*Crown Court*), e a Corte de Apelação (*Court of Appeal*), sendo que esta última julga em segunda instância os processos provenientes das duas primeiras. A Câmara dos Lordes (*House of Lords*), através do seu Comitê de Apelação (*Appellate Committee*) julga recursos contra decisões da Corte de Apelação, em caráter excepcional. Esse recurso não é um direito, devendo ser autorizado discricionariamente, quando os *Lords* entendem haver relevância. Nos julgamentos proferidos nos tribunais da Suprema Corte de Judicatura e da Câmara dos Lordes, cada juiz profere seu voto na forma de um discurso (*speech*) e não há um juiz relator. Assim, todos os fundamentos trazidos integram a decisão final (DAVID, 1998).

Na Inglaterra, o mandado de prisão emitido pelo juiz Garzón foi ratificado e expediu-se uma ordem de prisão provisória. Pela lei inglesa sobre extradição, o *Extradiction Act* (REINO UNIDO, 1989), tal ordem só pode ser emitida sem a autorização do Ministro do Interior (*Home Secretary*) em caso de urgência.<sup>121</sup> Observe-se que, embora o juiz possa emitir a ordem sem a autorização política do Ministro do Interior, este pode cassá-la quando entender que não se trata de crime de extradição, o que não ocorreu.

O *Extradition Act* define duas hipóteses de extradição. A primeira aplica-se aos crimes cometidos no território do Estado requerente; a segunda, aos crimes cometidos fora dele. No primeiro caso, a extradição pode ser concedida se o fato for considerado crime segundo a lei britânica (punido com pelo menos 12 meses de prisão) e conforme a lei do Estado requerente. Já no segundo caso, a extradição será concedida se o crime for extraterritorial (*extraterritorial offense*) segundo a lei do Estado requerente e segundo a lei britânica, ou, ainda que não seja um crime perante a lei britânica, quando a jurisdição se basear na nacionalidade do agente (REINO UNIDO, 1989).

---

<sup>121</sup> *Extradiction Act, Section 8(1)(b)(i): (1) For the purposes of this Part of this Act a warrant for the arrest of a person may be issued (b) without such an authority (i) by a metropolitan magistrate - and any warrant issued by virtue of paragraph (b) above is in this Act referred to as a "provisional warrant" (REINO UNIDO, 1989).*

Em 16 de outubro de 1998, dia da emissão da primeira ordem de prisão na Espanha, Augusto Pinochet Ugarte foi preso na Inglaterra.<sup>122</sup> A apelação acerca do deferimento da ordem de prisão foi julgada pela *Divisional Court of The Queen's Bench* (uma das turmas da *High Court*) em 28 de outubro de 1998, que decidiu pela imunidade completa de Pinochet para todos os crimes nos quais seria cabível a extradição (exceto os crimes de genocídio e terrorismo).

Será notado que, ao contrário do homicídio, a tortura é um crime pelo direito inglês onde quer que o ato de tortura seja cometido. Então, diferentemente da primeira, a segunda ordem de prisão provisória não está em desacordo com a lei. Os atos de tortura alegados são crimes de extradição sob a seção 2 do Extradiction Act, como requer o artigo 8 da Convenção e como Mr. Nichols entendeu. O mesmo se aplica ao terceiro crime alegado, qual seja, a tomada de reféns. A Seção 1 do *Taking of Hostages Act* de 1982 cria um crime no direito inglês onde quer que o ato de tomada de reféns seja praticado. Então, a tomada de reféns, como a tortura, é um crime passível de extradição (REINO UNIDO, 1998a).<sup>123</sup>

Outro ponto importante da decisão da *Divisional Court* foi a opinião, expressa por *Lord Bingham*, de que os crimes não precisavam ter sido incluídos na lei britânica no momento da prática do ato para que a extradição fosse possível. Bastaria que já estivessem incluídos no momento do pedido de extradição. A questão, contudo, não ficou decidida, pois não influenciava na validade do segundo mandado. A opinião de *Lord Bingham* seria

<sup>122</sup> Como visto no item 3.1.1, à ordem de prisão do dia 16 de outubro (terrorismo e genocídio) seria acrescida outra, de 18 de outubro (tortura e conluio para tortura, tomada de reféns e assassinatos); esse segundo mandado também passou pelo mesmo processo e foi ratificado, ou seja, os fundamentos da prisão foram ampliados. O juiz espanhol tomou essa precaução porque o crime de genocídio, principal enquadramento jurídico proposto pelo primeiro mandado de prisão, nunca fora incorporado ao ordenamento jurídico interno na Inglaterra. Logo, não sendo um crime, com mais razão não poderia ser um crime extraterritorial. (FRIEDRICH, 2004, p. 150). Além disso, a própria existência de genocídio não era simples pela normativa internacional, também internalizada na Inglaterra. A Convenção para a Prevenção e Repressão do Crime de Genocídio de 1948 não faz referência a grupos “políticos” (BRASIL, 2008) e a equiparação entre grupo “nacional” e grupo “político” não era isenta de problemas (ROTH-ARRIAZA, 2006). Já quanto à tipificação do crime de genocídio na Espanha, note-se que, até 1983, a lei dispunha sobre a necessidade de destruição, total ou parcial, de grupo nacional, étnico, **social** ou religioso” (ESPANHA, 1998c), ou seja, Espanha e Inglaterra não falavam do mesmo crime de genocídio, e sim de crimes semelhantes, de mesmo nome, mas com tipicidades distintas.

<sup>123</sup> Sobre a decisão da *Divisional Court*, Lord Lloyd of Berwick em julgamento da apelação em 25.11.1998. Tradução livre. No original: “*It will be noticed that unlike murder, torture is an offence under English law wherever the act of torture is committed. So unlike the first provisional warrant, the second provisional warrant is not bad on its face. The alleged acts of torture are extradition crimes under section 2 of the Extradition Act, as article 8 of the Convention required, and as Mr. Nichols conceded. The same is true of the third alleged offence, namely, the taking of hostages. Section 1 of the Taking of Hostages Act 1982 creates an offence under English law wherever the act of hostage-taking takes place. So hostage taking, like torture, is an extradition crime*”.

transcrita, posteriormente, na primeira decisão da Câmara dos Lordes, por *Lord Lloyd of Berwick*:<sup>124</sup>

Foi alegado que a tortura e a tomada de reféns só se tornaram crimes de extradição depois de 1988 (tortura) e 1982 (tomada de reféns), já que nem a Seção 134 do *Criminal Justice Act* nem tampouco a Seção 1 do *Taking Hostages Act* são retroativas. Mas eu concordo com a *Divisional Court* que esse argumento é incorreto. Ele envolve uma compreensão incorreta da Seção 2 do *Extradition Act*. A Seção 2(1) (1) refere-se a condutas que **seriam** um crime no Reino Unido **agora**. Não se refere a uma conduta que **teria sido** um crime **na época**.<sup>125</sup>

O fundamento decisivo da *Divisional Court*, portanto, foi que Pinochet estava protegido pela prerrogativa da imunidade diplomática, ou seja, não poderia ser extraditado, mesmo considerando-se que os crimes eram efetivamente extraditáveis. Essa doutrina baseia-se no entendimento de que não há como distinguir entre crimes que podem ser cometidos no desempenho de funções oficiais e crimes que não podem.

A Espanha apelou da decisão para a instância discricionária da Câmara dos Lordes, alegando a importância pública do caso. A admissão implica o deferimento de uma espécie de *arguição de relevância* dirigida ao caso concreto, que foi deferida. Obteve-se, ainda, efeito suspensivo para a decisão da *Divisional Court*, o que manteve Pinochet preso até o final do processo.

#### a) Câmara dos Lordes: primeira decisão pela não-imunidade<sup>126</sup>

Na Câmara dos Lordes, uma Turma composta por cinco membros foi instalada para julgar a apelação. O julgamento foi iniciado em 4 de novembro de 1998. A questão central

<sup>124</sup> Não foi possível ter acesso direto à decisão da *Divisional Court*. Aparentemente, essa decisão foi retirada do site do parlamento inglês ([www.parliament.uk](http://www.parliament.uk)), onde estão as decisões mais antigas da *High Court*. No site da *Equipo Nizkor* ([www.derechos.org/nizkor/chile](http://www.derechos.org/nizkor/chile)) há um link para essa decisão, que também deixou de funcionar.

<sup>125</sup> Lord Lloyd of Berwick, em julgamento da apelação em 25.11.1998. Tradução livre. No original: “*It was argued that torture and hostage-taking only became extradition crimes after 1988 (torture) and 1982 (hostage-taking) since neither section 134 of the Criminal Justice Act 1988, nor section 1 of the Taking of Hostages Act 1982 are retrospective. But I agree with the Divisional Court that this argument is bad. It involves a misunderstanding of section 2 of the Extradition Act. Section 2(1)(a) refers to conduct which would constitute an offence in the United Kingdom now. It does not refer to conduct which would have constituted an offence then.*”

<sup>126</sup> Existem três julgamentos da Casa dos Lordes no “Caso Pinochet”. Este primeiro (REINO UNIDO, 1998a), pela não-imunidade de maneira ampla, um segundo que anula o primeiro (REINO UNIDO, 1998b), e um terceiro, que concede a imunidade em termos mais estritos (REINO UNIDO, 1999).

que a Câmara dos Lordes viria a enfrentar era se Pinochet tinha ou não imunidade na condição de ex-chefe de Estado. A decisão, anunciada em 25 de novembro de 1998, foi pela reforma do acórdão da *Divisional Court*, e declarou-se a possibilidade de se prosseguir no processo de extradição do ex-ditador, que não estaria protegido por nenhuma imunidade. O fundamento do acórdão da *House of Lords* baseou-se em interpretações do *State Immunity Act* (REINO UNIDO, 1978) e da Convenção de Viena sobre relações diplomáticas de 1961 (BRASIL, 2008, p. 133-142). O *State Immunity Act*, seção 20 (1), estende ao chefe de Estado os privilégios diplomáticos.<sup>127</sup> A Convenção de Viena sobre Relações Diplomáticas, por sua vez, estabelece que a imunidade cesse com o fim da missão (aqui, cabe uma adaptação: para chefes de Estado, considera-se que a imunidade cessa quando se deixa de ser chefe de Estado), porém permanece existindo quanto aos atos praticados no exercício das funções de um membro de missão (ou, para o chefe de Estado, no exercício de funções oficiais). A Seção 39 (2) estabelece os momentos em que se inicia e cessa o gozo dos privilégios e imunidades:

Artigo 39 (1): Toda pessoa que tiver privilégios e imunidades gozará dos mesmos a partir do momento em que entrar no território do Estado acreditado para assumir o seu posto ou, no caso de já se encontrar no referido território, desde que a sua nomeação tenha sido notificada ao Ministério das Relações Exteriores ou ao Ministério em que se tenha convindo. (2) Quando terminarem as funções de uma pessoa que goze de privilégios e imunidades, esses privilégios e imunidades cessarão normalmente no momento em que essa pessoa deixar o país, ou quando transcorrido um prazo razoável que lhe tenha sido concedido para tal fim, mas perdurarão até esse momento mesmo em caso de conflito armado. Todavia, a imunidade subsiste no que diz respeito aos atos praticados por tal pessoa no exercício de suas funções como membro da Missão.<sup>128</sup>

A análise demanda, pois, a definição de quais seriam os atos oficiais de um chefe de Estado. Isso exige o exame dos crimes específicos: um crime pode ser uma função oficial? Se sim, existem exceções? Os *Lords* Nicholls, Steyn e Hoffmann<sup>129</sup> entenderam que a natureza dos crimes influenciava na resposta, e votaram pela não-imunidade de Pinochet. Votaram pela imunidade os *Lords* Slynn e Berwick.

<sup>127</sup> *State Immunity Act Section 20 (1)*: “Subject to the provisions of this section and to any necessary modifications, the Diplomatic Privileges Act 1964 shall apply to - (a) a sovereign or other head of State”.

<sup>128</sup> Convenção de Viena sobre Relações Diplomáticas de 1961 (BRASIL, 2008), inserida no ordenamento britânico através do *State Immunity Act* (REINO UNIDO, 1978).

<sup>129</sup> *Lord Hoffmann* votou pela não imunidade, porém não ofereceu fundamentação própria, remetendo às razões de *Lord Nicholls*.

Todos os julgadores concordaram que se Pinochet ainda fosse chefe de Estado, a imunidade seria irrestrita. Nesse caso, estaríamos diante de uma imunidade puramente em razão da pessoa (*ratione personae*). Aqueles que entenderam que Pinochet não tinha mais imunidade argumentaram que a imunidade do ex-chefe de Estado não é absoluta. Além do requisito pessoal de ser um ex-chefe de Estado (*ratione personae*), há o requisito material de tratar-se de atos oficiais praticados no exercício de suas funções (*ratione materiae*).

Os fundamentos apresentados nos votos pela imunidade de Pinochet concentram-se na afirmação de que um ato ou função oficial é definido pela exteriorização da autoridade (*Lord Slynn of Hardley*). Para ser oficial, a conduta deve ser realizada no *exercício ostensivo da autoridade*. Assim sendo, seria possível que o chefe de Estado cometesse crimes a partir de uma capacidade por vezes pessoal e por vezes oficial, mas não é a gravidade ou reprovabilidade moral ou jurídica da conduta que implica a responsabilização pessoal, e sim o fato do cometimento do crime ocorrer a partir de um ato de autoridade. Disso conclui-se que Pinochet, tendo cometido os atos a ele imputados na condição de Comandante das Forças Armadas Chilenas e Chefe do Estado Chileno, agiu em função oficial e, portanto, estaria coberto pela imunidade. *Lord Slynn* enfatiza as diversas transformações no Direito internacional, evidencia a existência de uma tendência ao reconhecimento de que certos crimes não deveriam ser cobertos por prerrogativas de imunidades quando levados a tribunais internacionais, mas não concorda que essa tendência justifique a jurisdição universal da Espanha, ou, em outras palavras, não acredita que haja uma regra universal que exclua a imunidade dos crimes contra a humanidade, *ratione materiae*.

Ainda em favor da imunidade, defendeu-se que a partir do direito costumeiro internacional não seria possível conceber que Pinochet tenha agido em sua capacidade pessoal. Afinal, não foi ele próprio, com as próprias mãos, que praticou atos de tortura ou tomada de reféns. Ao contrário, alegava-se sua responsabilidade por organizar e comandar os crimes, eliminando opositores políticos, inclusive em colaboração com outros chefes de Estado na operação batizada por Condor (*Lord Lloyd of Berwick*). Tal interpretação parece-me terrivelmente desproporcional e paradoxal, pois sugere que se Pinochet tivesse praticado um crime comum com as próprias mãos, não estaria coberto pela imunidade, mas tendo sido o idealizador e organizador de uma grande quantidade de crimes, e precisamente por esse motivo, a imunidade lhe favorecia.

Contra o reconhecimento da imunidade de Pinochet, os demais juízes conferiram ao direito internacional uma importância grande no preenchimento de conceitos de direito interno. Nesse enfoque, funções oficiais só poderiam ser entendidas como funções *que o*

*direito internacional reconhece como funções de um chefe de Estado*, independentemente da respectiva Constituição (*Lord Nicholls of Birkenhead*). Disso decorre que a prática de tortura e crimes contra a humanidade não pode ser equiparada ao exercício de funções oficiais. Ainda que o direito internacional admita que o chefe de Estado possa cometer certos atos reprováveis no exercício da função, algumas condutas estão necessariamente fora do espectro da oficialidade. Trata-se de um *limite material* à função de Estado.

O Direito internacional reconhece, evidentemente, que as funções de um chefe de Estado podem incluir atividades reprováveis, mesmo ilegais, pela lei do seu próprio país ou de outros países. Mas o direito internacional deixa claro que certos tipos de condutas, incluindo tortura e tomada de reféns, não são condutas aceitáveis da parte de ninguém. Isto se aplica ao chefe de Estado tanto, ou até mais, quanto a qualquer outra pessoa; a conclusão contrária faria do Direito internacional uma piada [...].<sup>130</sup>

O Direito internacional é capaz de fornecer critérios relevantes na definição de funções oficiais. Ademais, a definição de genocídio, tortura, tomada de reféns e crimes contra a humanidade como crimes especialmente merecedores de punição afasta a possibilidade de reconhecê-los como funções oficiais. Essas condutas já eram crimes graves sob o direito costumeiro internacional em 1973, independentemente, portanto, da adesão a tratados ou do Direito interno de cada Estado (*Lord Steyn*).

Duas semanas depois, o Ministro do Interior, Jack Straw, deu início ao processo formal de extradição, com base nos seguintes fundamentos: 1- tortura, conspiração para tortura, tomada de reféns e conspiração para tomada de reféns eram crimes que justificavam a extradição, pois satisfaziam o critério da reciprocidade; 2- os atos imputados somente precisavam ser crimes na Inglaterra no momento do pedido de extradição, e não no momento em que ocorreram; 3- não havia imunidade, prescrição ou exceções que fossem obstáculos à extradição; 4- embora não reconhecesse outra jurisdição para o caso, o Chile não havia pedido a extradição de Pinochet (ROHT-ARRIAZA, p. 51-52).

b) *Câmara dos Lordes: a anulação da primeira decisão*

---

<sup>130</sup> Voto de *Lord Nicholls of Birkenhead*. Tradução livre. No original: “*International law recognises, of course, that the functions of a head of state may include activities which are wrongful, even illegal, by the law of his own state or by the laws of other states. But international law has made plain that certain types of conduct, including torture and hostage-taking, are not acceptable conduct on the part of anyone. This applies as much to heads of state, or even more so, as it does to everyone else; the contrary conclusion would make a mockery of international law*”.

Os advogados de Pinochet arguíram a suspeição de *Lord Hoffman* por envolvimento em atividade ligada à Anistia Internacional, *amicus curae* na causa (AMNESTY INTERNATIONAL, 1998). O requerimento foi admitido, uma nova turma de cinco Lordes (*Lord Browne-Wilkinson, Lord Goff of Chieveley, Lord Nolan, Lord Hope of Craighead, Lord Hutton*) foi instalada e, em 17 de dezembro de 1998, decidiu-se, unanimemente, rescindir o acórdão anterior e submeter a questão a novo julgamento. O argumento central era que, embora não se acreditasse que a ligação de *Lord Hoffman* tivesse tido qualquer influência no seu voto, a aparência de imparcialidade do juiz é tão importante quanto a imparcialidade em si (REINO UNIDO, 1998b).<sup>131</sup>

*c) Câmara dos Lordes: a segunda decisão pela não imunidade*

Do segundo julgamento da apelação pela Câmara dos Lordes participaram os sete membros que não haviam participado do primeiro. O julgamento iniciou-se em 18 de janeiro de 1999 e estendeu-se por 12 dias. Dessa vez, além da questão da imunidade de Pinochet, foi trazido à tona um tema que fora ultrapassado sem problemas e sem muitas discussões no primeiro julgamento: a exigência do *Extradiction Act* (REINO UNIDO, 1989) quanto à dupla incriminação da conduta (perante o Estado requerente e a Inglaterra). Quanto à imunidade, o entendimento vencedor foi de que ela não existia. O fundamento foi o mesmo do julgamento anterior: certos crimes, como a tortura, não podem ser entendidos como atos oficiais; portanto a imunidade não se estende a eles. Porém, quanto à exigência de dupla incriminação, entendeu-se que era preciso que o crime fosse tipificado pela lei britânica à época da conduta criminosa, e não mais à época do pedido de extradição, como sugerido por Lord Bingham na Divisional Court e confirmado pelo primeiro julgamento na Câmara dos Lordes (REINO UNIDO, 1999).

O crime de tortura foi regulado pela Convenção Contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes de 1984 e só inserido no sistema britânico através do *Criminal Justice Act*, em setembro de 1988 (REINO UNIDO, 1988). Antes dessa data, a tortura cometida fora da Inglaterra não era um crime no país. A seção 2(2)(c) do *Criminal Justice Act* prevê como uma das condições para a extradição que “se [o crime] tivesse ocorrido no Reino Unido, constituiria um crime pelo direito do Reino Unido,

---

<sup>131</sup> *Lord Nolan*, em seu voto: “I would only add that in any case where the impartiality of a judge is in question the appearance of the matter is just as important as the reality.”



punível com prisão de 12 meses, ou punição grave”.<sup>132</sup> *Lord Bowne* propõe uma interpretação sistemática desse dispositivo, afirmando que é preciso que o ato já seja um crime na Inglaterra à época em que é praticado. Uma interpretação isolada do mesmo levaria a crer que somente no momento do pedido de extradição é exigida a dupla incriminação, porém em outros dispositivos do mesmo ato a exigência refere-se mais claramente à época da conduta.

A maior parte dos crimes de tortura e conluio para tortura pelos quais era acusado Pinochet eram atribuíveis ao período que se iniciava logo antes e se estendia até logo após o golpe de 1973, além do primeiro ano do seu governo. A consequência prática da interpretação de *Lord Bowne*, portanto, era que o réu somente poderia ser extraditado com base em um único ato de tortura ocorrido após 1988 que constava no pedido de extradição, caso se entendesse que ele não tinha imunidade.<sup>133</sup> Há ainda outro argumento decisivo, levantado por *Lord Bowne*. Na Convenção contra Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes de 1984, a definição do crime de tortura é:

ato pelo qual dores ou sofrimentos agudos, físicos ou mentais, são infligidos intencionalmente a uma pessoa [...] quando tais dores e sofrimentos são infligidos por um funcionário público ou outras pessoas no exercício de funções públicas, ou por sua instigação, ou com o seu consentimento ou aquiescência (BRASIL, 2008, p. 468-477).

Essa definição foi formulada no *Criminal Justice Act* nos seguintes termos:

Seção 134 (1) Um agente público ou pessoa agindo em capacidade oficial, qualquer que seja sua nacionalidade, comete o crime de tortura se no Reino Unido ou em outro lugar ela intencionalmente infligir dor intensa ou sofrimento em outra pessoa no desempenho ou na aparência do desempenho de funções oficiais (REINO UNIDO, 1988).<sup>134</sup>

É precisamente à condição de “ofício público” ou “capacidade pública oficial” que se atribui imunidade. Ora, se a Convenção não excepcionasse a imunidade para o crime de tortura, seria totalmente inútil a parte final do art. 1º, e inaplicável a seção 134 do *Criminal*

<sup>132</sup> Tradução livre. No original: “that, if it occurred in the United Kingdom, it would constitute an offence under the law of the United Kingdom punishable with imprisonment for a term of 12 months, or any greater punishment”.

<sup>133</sup> Note-se que na conclusão do seu voto, *Lord Browne* afirma que, em 1988, Pinochet perdeu sua imunidade (*lost his immunity*). Trata-se de uma confusão entre as duas questões analisadas, já que, na verdade nessa data passou a ser satisfeito o critério da dupla incriminação, questão prévia em relação à imunidade, que este mesmo Lorde entendeu não haver para os crimes de tortura após 1988, únicos em que a imunidade foi analisada.

<sup>134</sup> Tradução livre. No original: “A public official or person acting in an official capacity, whatever his nationality, commits the offence of torture if in the United Kingdom or elsewhere he intentionally inflicts severe pain or suffering on another in the performance or purported performance of his official duties.”

*Justice Act*, e teríamos um crime jamais punível, por ser a função oficial ao mesmo tempo elementar do tipo e fundamento da imunidade.

Finalmente, e para mim decisivamente, se a implementação de um regime de tortura é uma função oficial que faz surgir a imunidade *ratione materiae*, isso produz resultados bizarros. A imunidade *ratione materiae* aplica-se não apenas a ex-chefes de Estado e ex-embaixadores, mas também a oficiais do Estado que tenham sido envolvidos no desempenho das funções de Estado. [...] Se isso for aplicado ao presente caso, e se a implementação do regime de tortura for tratada como função oficial para fundamentar a imunidade do ex-chefe de Estado, deve também ser função oficial suficiente para justificar a imunidade de seus inferiores que praticaram a tortura. Pela Convenção, o crime internacional de tortura só pode ser cometido por um oficial ou alguém no exercício de uma capacidade oficial. Eles seriam todos titulares de imunidade.<sup>135</sup>

A inaplicabilidade da imunidade, portanto, seria uma exigência da Convenção, ainda que implícita, já que cada Estado signatário concordou em exercer jurisdição sobre torturadores (necessariamente “oficiais”) ou extraditá-los, e não poderia alguém reclamar imunidade por um ato que é baseado na natureza oficial do mesmo, como definido no próprio tipo. Em outras palavras, se há uma condenação internacional contra a tortura oficial, não pode essa mesma “oficialidade” excepcionar a aplicação do próprio tratado que a condena (*Lord Saville of Newdigate*).

A maioria entendeu, como *Lord Bowne*, que a perda da imunidade se deu em 1988, com a incorporação da Convenção contra Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes de 1984, mas os fundamentos foram diversos. Para *Lord Hope of Craighead e Lord Hutton*, não foi o tratado em si que excepcionou a imunidade, e sim o direito costumeiro internacional.

Desde o fim da Segunda Guerra Mundial, a comunidade internacional tem reconhecido que certos crimes são tão graves e tão desumanos que eles constituem crimes contra o direito internacional e que a comunidade tem o

---

<sup>135</sup> *Lord Bowne*, em seu voto. Tradução livre. No original: “Finally, and to my mind decisively, if the implementation of a torture regime is a public function giving rise to immunity *ratione materiae*, this produces bizarre results. Immunity *ratione materiae* applies not only to ex-heads of state and ex-ambassadors but to all state officials who have been involved in carrying out the functions of the state. [...] If that applied to the present case, and if the implementation of the torture regime is to be treated as official business sufficient to found an immunity for the former head of state, it must also be official business sufficient to justify immunity for his inferiors who actually did the torturing. Under the Convention the international crime of torture can only be committed by an official or someone in an official capacity. They would all be entitled to immunity”.

dever de levar a julgamento uma pessoa que comete tais crimes. A tortura tem sido reconhecida como um desses crimes.<sup>136</sup>

*Lord Hope* reconheceu, expressamente, a existência de normas *jus cogens* e *erga omnes* a respeito do crime de tortura, já anteriores à ratificação do referido tratado, mas entendeu que apenas com a ratificação a imunidade poderia ser afastada. Assim sendo, não haveria necessidade de o tratado expressamente prever a inaplicabilidade da imunidade para o crime, pois isto decorreria das normas *jus cogens*, mas a incorporação do tratado é vista como indispensável para que a tortura seja um crime internamente.

A aplicação do direito costumeiro internacional, embora essencial, não seria suficiente para extraditar Pinochet por um único crime de tortura cometido após 1988, pois apesar da tortura já ser um crime internacional antes da Convenção, só o era quando cometida sistematicamente e em larga escala. Com o advento da norma convencional, um único ato de tortura isolado seria suficiente para justificar a extradição, já que a Convenção estabelece a obrigação de que os Estados signatários previnam e punam qualquer tortura, impondo a regra do “extraditar ou processar” (*Lord Hutton*).

*Lord Millett* foi o único dos sete julgadores que considerou o critério da dupla incriminação satisfeito para todas as acusações, argumentando que tortura (sistemática) e conluio para tortura já eram crimes pelo direito internacional costumeiro desde antes de 1973, quando ocorreu o golpe de Estado no Chile. Ele afirmou, ainda, que existe uma jurisdição universal também de natureza costumeira, e que por isso a Inglaterra já poderia, desde antes do *Criminal Justice Act*, considerar a tortura, quando sistemática, como um crime, afinal, o direito internacional costumeiro integraria o sistema da *common law*. Para ele, a Convenção contra a Tortura apenas redefiniu o tipo penal internacional, e a tortura passou a ser um crime internacional mesmo quando se tratar de um ato isolado, o que possibilitaria que o único crime de tortura cometido após 1988 fosse suficiente para prosseguir com a extradição. Quanto à imunidade, concorda ser o instituto totalmente incompatível com a natureza do crime, já que este só pode ser cometido em circunstâncias que normalmente implicam imunidade. Logo, a imunidade seria ilógica, já que “não se pode supor que o direito

---

<sup>136</sup> Lord Hutton, em seu voto. Tradução livre. No original: “Therefore since the end of the second world war there has been a clear recognition by the international community that certain crimes are so grave and so inhuman that they constitute crimes against international law and that the international community is under a duty to bring to justice a person who commits such crimes. Torture has been recognised as such a crime”.

internacional estabeleceu um crime com caráter *jus cogens* e, ao mesmo tempo, atribuiu uma imunidade coextensiva à obrigação que procura impor”.<sup>137</sup>

O resultado final, por seis votos contra um, foi que Pinochet havia cometido crimes extraditáveis (após 1988) e a imunidade não se estendia a esses crimes. Assim sendo, de acordo com a Convenção sobre a Tortura e com o *Extradiction Act*, Pinochet devia ser extraditado para a Espanha. Apenas *Lord Goff* entendeu que Pinochet era imune e apenas *Lord Millett* entendeu que mesmo antes de 1988 não havia nenhuma imunidade.

Diante da decisão da Câmara dos Lordes, o processo de extradição podia prosseguir, mas fundamentado em um crime de tortura. Antes da audiência de extradição, marcada para setembro de 1999, Garzón aditou o pedido com 34 novos casos que se enquadravam nos parâmetros estabelecidos pela Corte (tortura após 1988). Estava decidido que Pinochet podia ser extraditado, e nenhum recurso jurídico poderia modificar isto.

O Ministro do Interior, acolhendo alegações do governo chileno, realizou avaliação do estado de saúde de Pinochet, tendo por resultado que ele não tinha condições de saúde adequadas para ir a julgamento. Em 11 de janeiro de 2000, *Straw* anunciou a sua decisão de não prosseguir com o processo de extradição, e em 17 de janeiro, a Espanha manifestou-se no sentido de que aceitava a decisão discricionária da Inglaterra. França e Suíça também entraram com pedidos de extradição, mas não obtiveram autorização para submeter Pinochet a um novo exame médico. Em 2 de março de 2000, *Straw* usou a sua prerrogativa política e prolatou a decisão final de não extraditar Augusto Pinochet Ugarte. Depois de 503 dias preso, o ditador estava livre (ROHT-ARRIAZA, 2006; ERAZO, 1999).

### **3.2. O direito internacional de dentro para fora: Pinochet, Chena, Savory e outras questões**

#### *3.2.1. Pinochet enfrenta a jurisdição chilena: a perda da imunidade*

Enquanto Pinochet era processado penalmente na Espanha e na Inglaterra, o governo chileno não reconheceu jurisdição espanhola. Tampouco havia pedido de extradição por parte do Chile, embora outros Estados europeus além da Espanha também tenham pedido a extradição do ex-ditador chileno. Apesar de o Chile não reconhecer a jurisdição espanhola, o

---

<sup>137</sup> Tradução livre. No original: “*International law cannot be supposed to have established a crime having the character of a jus cogens and at the same time to have provided an immunity which is co-extensive with the obligation it seeks to impose*”.

General Torres Silva foi enviado para prestar “informações” e afirmou perante o juiz *Castellón*, do 6ª Juizado Central de Instrução, que “dada a competência de V. Ex. na investigação dos crimes alegados, é judicialmente possível que V. Ex. receba informações e forme uma base para esclarecer as acusações” (ROHT-ARRIAZA, 2006, p. 26).<sup>138</sup>

Também no Chile havia iniciativas no sentido de investigar os crimes praticados durante a ditadura de Pinochet, mas inicialmente elas não tiveram êxito. Ainda em 1991, o Presidente Patricio Aylwin, primeiro Presidente da República da era pós-Pinochet, defendeu que os fatos levantados pela Comissão Retting deveriam ser investigados nos tribunais.<sup>139</sup> Ele defendeu a tese de que não era possível aplicar a lei de anistia sem que se soubesse o que aconteceu, quando e onde. Ou seja, o objetivo da investigação seria, simplesmente, descobrir o que aconteceu, e não condenar alguém criminalmente (ROTH-ARRIAZA, 2006). Essa tese seria, posteriormente, consagrada pelos Tribunais, mas com uma adaptação: os crimes de desaparecimento forçado, homicídio, enfim, qualquer crime em que não se conhecesse o paradeiro das vítimas, passaria a ser definido como sequestro permanente. A ficção jurídica (que pressupunha que as vítimas poderiam ainda estar vivas) permitiu que muitas investigações prosseguissem antes que se tivesse uma definição sobre se a anistia era ou não aplicável (ROHT-ARRIAZA, 2006, p. 72).

Até janeiro de 1998, Pinochet nunca havia sido denunciado numa ação penal. No dia em que chegou de volta ao Chile, em 3 de março de 2000, já havia contra ele mais de sessenta ações e, dois meses mais tarde, mais de cem ações tramitando (ROHT-ARRIAZA, 2006). A maioria das iniciativas partiu de familiares de vítimas cujos corpos jamais haviam sido encontrados. Foi no caso referente à operação conhecida por *Caravana de la Muerte*<sup>140</sup> que Pinochet perdeu a sua imunidade pela primeira vez, dentro do Chile (ROTH-ARRIAZA, 2006). A Constituição chilena de 1980 (decretada pela Junta de Governo no exercício do poder Constituinte), determinava, em seu art. 45, que os ex-Presidentes da República que

<sup>138</sup> Tradução livre. No original: “*given that your Honor’s competence is the investigation of alleged penal acts, it is judicially possible for your Honor to receive information and background to clarify the accusations*”. Posteriormente, o General Torres tentou atribuir pouca importância à visita, afirmando que estava de férias em visita informal, para que sua manifestação não pudesse ser interpretada como um reconhecimento da jurisdição por parte do Estado chileno.

<sup>139</sup> A comissão Retting, em 1991, fez um levantamento dos desaparecidos políticos durante a ditadura de Pinochet. Os arquivos do Informe Retting podem ser acessados pelo sítio <[http://www.ddhh.gov.cl/ddhh\\_rettig.html](http://www.ddhh.gov.cl/ddhh_rettig.html)>.

<sup>140</sup> A *Caravana de la Muerte* (Caravana da Morte) foi uma missão que se seguiu ao golpe de 1973, durante cerca de um mês e meio, eliminando opositores políticos de todo o país. A delegação da Caravana passou de helicóptero por várias cidades, deixando pelo menos 75 mortos. Cf. ROHT-ARRIAZA, 2006.

tivessem estado no cargo por mais de seis anos de forma contínua integrariam o Senado como membros vitalícios (CHILE, 1980).<sup>141</sup>

Devido ao posto de Senador Vitalício, Pinochet era detentor de imunidade parlamentar e tinha privilégio de foro no Chile. Por isso, a competência originária para as causas em que era acusado de qualquer crime era da Corte de Apelações de Santiago. O caso referido à Caravana da Morte teve o juiz *Juan Guzmán Tapia* como instrutor. Em 5 de junho de 2000, a Corte de Apelações de Santiago julgou o pedido de *desafuero* (perda da imunidade parlamentar) de Pinochet, afastando a sua imunidade. Essa decisão, contudo, era restrita aos fatos investigados naquele processo. A decisão da Corte de Apelações não enfrenta as questões referentes à anistia ou prescrição dos crimes, que diriam respeito, segundo entende, ao mérito. A Corte ressalta que os advogados de defesa alegam anistia e coisa julgada, mas não se preocupam em negar a existência dos fatos que dão sustento ao *desafuero* (CHILE, 2000a).

A Corte Suprema, por sua vez, ao decidir recurso da decisão da Corte de Apelações, faz algumas considerações relevantes sobre as excludentes de responsabilidade (anistia e prescrição), embora reafirme que, em todo caso, a aplicação dessas excludentes caberia ao juízo de origem (CHILE, 2000b). No Considerando 57 da sentença, a Corte aceita a tese – ainda que afirme que não caberia a ela decidir sobre isso em instância de desaforamento – de que o sequestro é um crime permanente e que as investigações devem prosseguir ao menos até que seja conhecido o paradeiro dos corpos. Segundo essa tese, só então será possível saber se os fatos enquadraram-se ou não no âmbito de aplicação da anistia.

Que tratándose de causales de extinción de responsabilidad penal, entre las que cabe mencionar la amnistía (art 93 N° 3) y la prescripción (art 93 N° 6), que podrían permitir la dictación de un sobreseimiento definitivo o una sentencia definitiva de carácter absolutoria, tales causales no son de aplicación automática, y por de pronto, en la primera hipótesis, se exige que la investigación criminal, que debe conducir el Juez de la instancia, esté concluida y "agotada la investigación con que se haya tratado de comprobar el cuerpo del delito y de determinar la persona del delincuente", como lo dispone el artículo 413 del Código de Enjuiciamiento Criminal, estableciéndose por el inciso 2° del mismo artículo, que "si en el sumario no estuvieren plenamente probadas las circunstancias que eximen de responsabilidad o los hechos de que dependa la extinción de ella, no se decretará el sobreseimiento sino que se esperará la sentencia definitiva" (CHILE, 2000b).

<sup>141</sup> A Constituição de 1980 continua em vigor, mas passou por uma grande reforma em 2005 (CHILE, 2005). Pinochet foi o único Senador Vitalício, já que o mandato do Presidente da República passou de oito para quatro anos com a *Ley de Reforma Constitucional n. 19.295 de 1994*. Cf. CHILE, 2010, p. 32 (nota do art. 25).

Em 29 de janeiro de 2001, a Corte de Apelações declara, pela primeira vez, o ex-Presidente da República, General e Senador Vitalício Augusto Pinochet Ugarte, réu em uma ação penal no Chile (CHILE, 2001). O réu foi acusado da participação direta em 18 sequestros e homicídios qualificados nos casos da Caravana da Morte, e sua prisão domiciliar foi imediatamente decretada.<sup>142</sup> Contudo, as condições de saúde representaram, uma vez mais, um empecilho à persecução penal, e, em 1º de Julho de 2002, a Corte Suprema do Chile confirmou o arquivamento permanente do caso, fundamentando a decisão no estado de demência moderada e progressiva do réu, que o tornaria incapaz de se submeter a julgamento (MAÍLLO, 2002).

Vários pedidos de *desafuero* foram feitos desde então, sempre denegados com fundamento no estado de saúde do ex-ditador.<sup>143</sup> Apesar disso, a Corte de Apelações, em maio de 2004, retirou mais uma vez a imunidade do acusado, permitindo que Pinochet fosse réu em um processo sobre 20 desaparecimentos relacionados à Operação Condor, sentença essa confirmada pela Corte Suprema em setembro do mesmo ano.<sup>144</sup> Contudo, em pouco tempo esse processo foi arquivado, mais uma vez com fundamento no estado de saúde do ex-ditador (ROHT-ARRIAZA, 2006).<sup>145</sup> Vários pedidos de *desafuero* foram feitos e não chegaram a ser julgados antes de sua morte.

A tese sobre o sequestro permanente permitiu, no Chile, que centenas de processos tivessem seguimento sem que se enfrentasse a difícil questão jurídica que o Decreto-Lei 2191, a “lei de anistia” chilena, impunha (CHILE, 1978).

O Decreto-Lei 2191 de 18 de abril de 1978 – outorgado em plena vigência do regime militar chileno – perdoara os crimes cometidos entre 11 de setembro de 1973 e 10 de março de 1978, com exceção de crimes de parricídio, infanticídio, roubo, tráfico de drogas, subtração e corrupção de menores, incêndio, dano, atentado violento ao pudor e estupro, além

---

<sup>142</sup> A prisão dos outros seis réus que figuravam no mesmo processo já havia sido decretada desde junho de 1999. O juiz Guzmán, baseando-se na ficção jurídica do sequestro, determinou que para se beneficiarem da anistia, os réus teriam de indicar onde estavam os corpos (ROHT-ARRIAZA, 2006, p. 77).

<sup>143</sup> Numa busca de processos no site do *Poder Judicial de la República de Chile* pelo nome “Augusto Pinochet Ugarte”, é possível encontrar 205 ocorrências, entre processos que tramitam em primeira instância (no caso, a Corte de Apelações de Santiago) ou recursos (no caso, dirigidos à Corte Suprema), arquivados ou não, dos quais pelo menos uma dezena se refere a pedidos de perda da imunidade.

<sup>144</sup> Esse novo desaforamento ocorreu depois que Pinochet deu uma entrevista a um canal de televisão de Miami, demonstrando estar lúcido. Além disso, ele era visto em jantares, o que denotava capacidade para responder a um interrogatório. Possivelmente, esses fatores contribuíram para que os Tribunais Chilenos voltassem a desaforar o Senador Pinochet (DÉLANO, 2004).

<sup>145</sup> Não foi possível ter acesso ao conteúdo dessas decisões, porém a tramitação pode ser acompanhada pelo site do *Poder Judicial de Chile* (<http://www.poderjudicial.cl>)

de outros crimes contra o patrimônio e delitos financeiros e tributários (art. 3º).<sup>146</sup> Eis os termos dos dois primeiros artigos do Decreto-Lei:

*Artículo 1º*- Concédese amnistía a todas las personas que, en calidad de autores, cómplices o encubridores hayan incurrido en hechos delictuosos, durante la vigencia de la situación de Estado de Sitio, comprendida entre el 11 de Septiembre de 1973 y el 10 de Marzo de 1978, siempre que no se encuentren actualmente sometidas a proceso o condenadas

*Artículo 2º*- Amnistiase, asimismo, a las personas que a la fecha de vigencia del presente decreto ley se encuentren condenadas por tribunales militares, con posterioridad al 11 de septiembre de 1973. (CHILE, 1978).

O Decreto-Lei de Anistia nunca foi invalidado no Chile, mas deixou de ser aplicado em diversos casos pelos juízes e tribunais, com fundamento, principalmente, no direito internacional. Dois desses casos serão aqui estudados: o primeiro deles é o “Caso Sandoval”, em que a Corte de Apelações decide pela primeira vez no sentido da não aplicação da anistia aos casos de crimes contra a humanidade, decisão essa confirmada pela Corte Suprema. O segundo é o “Caso Chena”, em que a Corte Suprema profere uma decisão escolhida por diferir das decisões anteriores em um ponto importante: a impossibilidade de se aplicar a ficção do sequestro permanente, já que o paradeiro dos corpos era conhecido, o que aumentou ainda mais o recurso ao direito internacional na afirmação da invalidade da lei de anistia chilena.

Embora o próprio Pinochet tenha morrido sem nenhuma condenação, acredito que é importante ressaltar que ele não ficou preso apenas na Inglaterra, durante os 503 dias em que aguardava o veredicto sobre sua extradição. No Chile, ele perdeu a imunidade por duas vezes e também foi privado da liberdade por cerca de um ano e meio. Não é simples afirmar até que ponto os processos na Espanha e Inglaterra, e até mesmo em outros Estados com menor visibilidade,<sup>147</sup> influenciaram na forma como internamente o problema foi enfrentado. É certo que o Chile já vinha se defrontando com o seu passado nos Tribunais antes ou mesmo durante os eventos que fizeram de Pinochet uma sensação midiática. É também verdade que desde 1998 houve uma intensificação da atividade dos tribunais com relação aos crimes do período da ditadura militar, mas não é possível saber até que ponto isso poderia ter ocorrido naturalmente no Chile se não tivesse ocorrido nenhuma intervenção externa. É possível que

<sup>146</sup> O decreto-lei excluía, ainda, explicitamente, o assassinato de Orlando Letelier (art. 4º), crime praticado em território dos Estados Unidos pela polícia secreta chilena (DINA), em 1975 (CHILE, 1978). Por esse crime, o General Manuel Contreras foi condenado a sete anos de prisão e o Brigadeiro Pedro Espinosa, a seis (ROTH-ARRIAZA, 2006).

<sup>147</sup> Havia processos contra Pinochet na Suíça, França e Bélgica, e estes países também requereram a extradição à Inglaterra. Cf. FRIEDRICH, 2004.



isso não ocorresse tão rapidamente a ponto de Pinochet ter sido preso e de outros envolvidos em crimes internacionais terem sido condenados em vida. Mas é também possível que sim, nunca iremos saber.

Manuel Contreras, Pedro Espinoza, Marcelo Moren Brito, Sergio Corvalán são alguns dos nomes de ex-membros da polícia secreta chilena (DINA), responsáveis pela prática de crimes como execução sumária e tortura, que foram condenados. Muitos outros também foram condenados ou respondem a processos. Além disso, o paradeiro de muitas pessoas foi descoberto (ROHT-ARRIAZA, 2006). No tópico seguinte, tratarei do embate entre a lei de anistia (direito interno) e o direito internacional, já que essa questão não foi enfrentada nos processos contra o próprio Pinochet.

### 3.2.2. *Casos Sandoval e Chena*

#### a) Caso Sandoval

Em cinco de janeiro de 2004, julgando a primeira apelação referente a crimes cometidos durante o período contemplado pela anistia, a Corte de Apelações decidiu que desaparecimentos forçados são uma espécie de sequestro qualificado, um crime de caráter permanente e, já que sua execução se prorroga no tempo, a anistia é inaplicável. A Corte fez menção a uma série de normas de direito internacional, inclusive a Convenção sobre a Proteção de Todas as Pessoas contra os Desaparecimentos de 1992, até então não ratificada pelo Chile, mas já assinada. Foi afirmado que desaparecimentos forçados são crimes contra a humanidade, e que nesses casos a Corte Interamericana de Direitos Humanos desaprovava anistias.<sup>148</sup> Por fim, a Corte afirmou que de acordo com o artigo 5º da Constituição Chilena (a partir de emenda de 1989), os tratados sobre direitos humanos teriam *status* de norma constitucional (CHILE, 2004). Essa decisão foi posteriormente confirmada pela Corte Suprema.

A vítima do caso em questão, Miguel Ángel Sandoval Rodríguez, de acordo com a própria decisão judicial em análise, foi sequestrada por agentes da política secreta chilena no dia sete de janeiro de 1975 e, depois disso, foi vista no campo de concentração Villa Grimaldi, onde testemunhas afirmaram que havia sido torturada. A última vez em que foi vista por testemunhas nesse campo foi em 21 de janeiro de 1975. Depois disso, não há qualquer notícia

---

<sup>148</sup> A Corte de Apelações de Santiago refere-se, expressamente, ao caso *Barrios Altos* (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2001).

sobre seu paradeiro, viva ou morta, mas a Corte prefere a hipótese de que, não havendo prova em contrário, a vítima estaria viva, o que é imprescindível para toda a linha da argumentação construída. Isso fica claro nos Considerandos 20º e 21º da decisão:

20º. – Que en parte alguna de las declaraciones, tanto de la hermana de los tres testigos presenciales, que conocieron y hablaron con Miguel Angel Sandoval, se infiere la posibilidad cierta de que él pudiera haber fallecido en Villa Grimaldi o en otro sitio de detención, o en cualquiera fecha posterior al día 21 de enero de 1975;

21º. – Que, sin embargo, otros testigos detenidos en Villa Grimaldi, han declarado en estos autos, que sí les consta el fallecimiento de otros detenidos en Villa Grimaldi (CHILE, 2004).

A Corte entende, com base nos fatos descritos, que o delito em questão corresponde ao crime de sequestro qualificado, previsto no art. 141, inciso 4º do Código Penal,<sup>149</sup> e volta a afirmar que não há nenhuma prova que permita recorrer a outra figura penal, tal como o sequestro com resultado morte. A morte, afirma a Corte, não pode ser presumida em matéria penal (CHILE, 2004). A mesma figura do crime permanente havia sido utilizada em diversos casos para que as investigações não fossem interrompidas: só seria possível saber se a lei de anistia era ou não aplicável uma vez que todos os fatos fossem conhecidos. Aqui não é muito diferente: se a morte não ocorreu, como entende a Corte, a anistia não ser aplicável é uma questão meramente temporal, já que o crime se prolongaria, supostamente, até os dias atuais, e o Decreto-lei de anistia prevê o próprio período de aplicação (11 de setembro de 1973 a 10 de março de 1978). A Corte confirma esse entendimento no Considerando 76 da sentença. As mesmas implicações existem para a prescrição, que não é aplicável pelo mesmo motivo (CHILE, 2004).

Em seguida, a sentença faz um paralelo entre a norma penal doméstica e a internacional. O crime internamente tipificado como sequestro qualificado corresponderia ao crime internacional de desaparecimento forçado, previsto na Convenção Interamericana sobre o Desaparecimento Forçado de Pessoas de 1994. O Chile é um dos Estados signatários desde

---

<sup>149</sup> O Código Penal assim descreve o crime de sequestro: “*Art. 141. El que sin derecho encerrare o detuviere a otro privándole de su libertad, comete el delito de secuestro y será castigado con la pena de presidio o reclusión menor en su grado máximo. [...] El que con motivo u ocasión del secuestro cometiere además homicidio, violación, violación sodomítica o algunas de las lesiones comprendidas en los artículos 395, 396 y 397 N° 1, en la persona del ofendido, será castigado con presidio mayor en su grado máximo a presidio perpetuo calificado*” (CHILE, 1974). As lesões referidas nos arts. 395, 396 e 397 são, respectivamente: castração, mutilação de membro e lesão corporal grave.

outubro de 1994, mas à época da decisão ainda não havia ratificado a Convenção.<sup>150</sup> O crime é assim descrito:

Artigo II - Para os efeitos desta Convenção, entende-se por desaparecimento forçado a privação de liberdade de uma pessoa ou mais pessoas, seja de que forma for, praticada por agentes do Estado ou por pessoas ou grupos de pessoas que atuem com autorização, apoio ou consentimento do Estado, seguida de falta de informação ou da recusa a reconhecer a privação de liberdade ou a informar sobre o paradeiro da pessoa, impedindo assim o exercício dos recursos legais e das garantias processuais pertinentes (ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS, 1994).

A Corte afirma que embora a Convenção, de um ponto de vista “meramente formal”, não tenha sido incorporada ao ordenamento chileno, o delito previsto constitui gravíssima ofensa à dignidade humana, esta sim, protegida por diversos instrumentos internacionais nos quais o Chile é Parte. A decisão fundamenta a aplicabilidade, no Chile, do crime de desaparecimento forçado, ainda, através do art. 18 da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados de 1964 (BRASIL, 2008, p. 834-854), que determina que “um Estado é obrigado a abster-se da prática de atos que frustrariam o objeto e a finalidade de um tratado” quando tiver assinado o mesmo. A obrigação, contudo, segundo entende Fuentes (2008), não pode equivaler a conferir força vinculante de obrigações substantivas do tratado, o que faria da ratificação posterior um ato irrelevante. Do fato de tratar-se de crime de desaparecimento forçado, a Corte extrai as seguintes consequências jurídicas:

39º. – [...] *la responsabilidad individual y la responsabilidad del Estado, la inadmisibilidad de la eximente de obediencia debida a una orden superior, la jurisdicción universal, la obligación de extraditar o juzgar a los responsables del delito, la obligación de no otorgar asilo a los responsables del delito, la imprescritibilidad de la acción penal, la improcedencia de beneficiarse de actos del poder ejecutivo o legislativo de los cuales pueda resultar la impunidad del delito y la obligación de investigar y sancionar a los responsables del delito* (CHILE, 2004).<sup>151</sup>

Uma vez enfrentados os temas da existência do crime de desaparecimento forçado e suas consequências, a Corte explica porque, no seu entendimento, a normativa internacional deve prevalecer diante da norma interna que prevê a anistia. Para isso, apoia-se no art. 5º da Constituição da República do Chile, que assim determina:

<sup>150</sup> O Chile ratificou a Convenção sobre Desaparecimentos Forçados de 1994 em 13 de janeiro de 2010. O Brasil ainda não ratificou o instrumento, feito em Belém do Pará em junho de 1994. As assinaturas e ratificações podem ser acompanhadas pelo endereço <<http://www.oas.org/juridico/spanish/firmas/a-60.html>>.

<sup>151</sup> Grifos no original.

Artículo 5°.- La soberanía reside esencialmente en la Nación. Su ejercicio se realiza por el pueblo a través del plebiscito y de elecciones periódicas y, también, por las autoridades que esta Constitución establece. Ningún sector del pueblo ni individuo alguno puede atribuirse su ejercicio.

El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes.<sup>152</sup>

A Corte interpreta que esse artigo outorga aos tratados de direitos humanos hierarquia superior à dos demais tratados, concedendo-lhes *status* de norma constitucional, mas, ao mesmo tempo, utiliza argumentos que reforçam a origem pré-positiva de tais direitos, como fica claro no Considerando 48 da sentença:

48° – Que, como lo señala Humberto Nogueira, “El constituyente, a través de esas disposiciones – se refiere a los artículos 1°. Inciso 4°, artículo 5° inciso 2° y artículo 19 inciso 1° y N° 26 de la Constitución de la República -, en una interpretación armónica y finalista, reconoce que los derechos no los crea ni establece el Estado, sino que ellos emanan directamente de la dignidad y la naturaleza del ser humano; por lo tanto, el constituyente sólo se limita a reconocer tales derechos y a asegurarlos, a darles protección jurídica, a garantizarlos [...] Puede sostenerse, además, que *los derechos que emanan de la naturaleza humana* no pueden ser enumerados taxativamente de una vez y para siempre, por cuanto *los seres humanos en el desarrollo histórico y de su consciencia podrán ir perfeccionando los existentes y desarrollando otros nuevos*”.

Nessa passagem da decisão, é clara a alusão a ideias liberais. Direitos naturais são vistos como direitos passíveis de serem positivados. Se, por um lado, o processo de positivação confere aos direitos legitimidade política, por outro, o seu irreduzível caráter natural é um resquício pré-positivo que dispensa qualquer fundamentação (KOSKENNIEMI, 1999). Além disso, há a ideia tipicamente positivista de progresso enquanto acúmulo, cuja consequência é a representação de um futuro necessariamente melhor que o passado.

Para respaldar o entendimento sobre a prevalência do direito internacional em relação ao direito interno, a Corte invoca, ainda, o princípio geral segundo o qual nenhum Estado pode alegar o seu direito interno para eximir-se de obrigações impostas pelo direito internacional. Com base nesse argumento e nos anteriormente expostos, entende que a

<sup>152</sup> O art.5° foi modificado em 1989 pela lei n° 18.825, que inseriu a última oração, com referência expressa aos tratados internacionais (CHILE, 1989).

Convenção sobre Desaparecimento Forçado de Pessoas de 1994, até então ainda não ratificada, é vigente e aplicável pelos tribunais chilenos.

Há, assim, dois principais argumentos para afastar a aplicabilidade da anistia e da prescrição. O primeiro, de ordem interna, é que o sequestro qualificado é um crime continuado, e, por entender que não existem razões para crer que a vítima tenha morrido, as excludentes de punibilidade alegadas são afastadas com base em um argumento meramente temporal: a conduta criminosa não se esgotou dentro dos limites temporais a que faz referência o Decreto-lei 2191 de 1978. Na realidade, a presunção é de que o crime é permanente até os dias de hoje, daí porque não cabe falar, tampouco, em prescrição.

O segundo principal argumento, de ordem internacional, é que direitos humanos reconhecidos internacionalmente têm precedência sobre a legislação interna do Chile e adquirem, internamente, o caráter de normas constitucionais. Mais que isso, direitos humanos são direitos inerentes à pessoa humana, e não direitos criados pelos Estados, mas apenas por ele reconhecidos. Por isso, e com base na obrigação internacional de não frustrar o objeto de tratados que assinou, o Chile estaria obrigado a dar vigência a um tratado que ainda não havia ratificado.

A Corte, todavia, não se restringe a esses dois fundamentos principais, e, uma vez que os estabelece e fundamenta, dedicando a eles a maior parte da sentença, passa a fazer referência a uma série de instrumentos internacionais. Dentre eles, o maior destaque é dado às Convenções de Genebra de 1949, ratificadas pelo Chile em 1951. O artigo terceiro, comum às referidas Convenções, estabelece algumas obrigações para o caso dos conflitos armados sem caráter internacional, entre elas a de tratar com humanidade àqueles que não participem das hostilidades ou já não estejam mais em combate por qualquer motivo. Diversos outros artigos das Convenções são trazidos pela sentença, mas a Corte não explica porque seria possível equiparar a situação vivida no Chile na ditadura de Pinochet a um conflito armado, e muito menos porque outros artigos das Convenções, que em princípio se referem a conflitos de caráter internacional, seriam aplicáveis ao caso.<sup>153</sup>

Diante dos principais argumentos da Corte na decisão do caso Sandoval, algumas reflexões são necessárias. Primeiramente, do ponto de vista interno, o fato de afastar a aplicação do Decreto-Lei de anistia com base em um fundamento meramente temporal (*ratione temporis*) não significa, na realidade, afirmar qualquer invalidade da referida lei. A anistia continuaria sendo plenamente válida e aplicável aos casos em que o crime fosse,

---

<sup>153</sup> Esse argumento será mais detalhado no estudo do caso Chena, *infra*.

comprovadamente, praticado dentro dos limites temporais legais. A professora Ximena Fuentes entende que, apesar de uma leitura apressada parecer indicar que o direito interno bastaria para fundamentar a decisão, o recurso às normas internacionais se baseia, justamente, na preocupação em “fundamentar o exercício do poder punitivo do Estado”, sobretudo porque em outros casos esse critério seria absolutamente insatisfatório (FUENTES, 2008, p. 493).

O critério temporal tem, ainda, diversos outros inconvenientes. O mais evidente deles é que se baseia numa ficção jurídica: ao contrário do que afirma a Corte, é muito mais provável que a vítima em questão esteja morta (possivelmente desde o dia 21 de janeiro de 1975, quando foi vista pela última vez) que viva. Se a morte não pode ser, em matéria penal, presumida, isso se deve a um princípio amplamente reconhecido no direito penal, o *in dubio pro reo*. A regra é que o resultado morte seja uma agravante em qualquer crime. Assim, se há motivos para duvidar sobre a sobrevivência da vítima, a interpretação dos fatos que mais favorece o réu é a de que a vítima continue viva. Contudo, é justamente o contrário que ocorre aqui: a sobrevivência da vítima serve para afastar a aplicação da anistia, e é, portanto, mais danosa ao réu. E ainda, porque a Corte entendeu que o critério temporal era adequado para afastar a aplicação da anistia, desconsiderou a existência de outros crimes, também de relevância internacional, notoriamente o crime de tortura. Várias testemunhas informam terem visto a vítima ser torturada, porém isso se torna absolutamente secundário, se não irrelevante, na decisão.

O segundo argumento principal é aquele que equipara o crime de sequestro qualificado ao crime internacional de desaparecimento forçado. O mais óbvio inconveniente está na própria aplicação de uma Convenção não ratificada pelo Chile. Embora a descrição do tipo penal da Convenção sobre o Desaparecimento Forçado de Pessoas seja bastante adequada ao caso concreto, trata-se de um argumento frágil do ponto de vista da validade da norma jurídica: o ato de ratificação de um tratado tem relevância, externamente, para que o Estado se obrigue perante os demais, e, internamente, a aprovação pelo poder legislativo é uma forma de atribuir legitimidade a qualquer instrumento internacional. No caso de tratados sobre direitos humanos, tanto no Chile quanto no Brasil, abrir mão da aprovação pelo Congresso equivale a autorizar que o Presidente da República decrete, sozinho, uma norma *de caráter constitucional*.

## b) Caso Chena

Nesse caso, julgado pela Corte Suprema em treze de março de 2007, há uma diferença crucial em relação ao caso anteriormente estudado: o corpo da vítima havia sido encontrado e o crime havia sido praticado precisamente no período coberto pela lei de anistia chilena. O direito internacional, que no caso Sandoval já havia tido um papel de destaque, aqui passa a ser o único fundamento sobre o qual a Corte se apoia para afastar a aplicação do Decreto-lei 2191-78 (CHILE, 2007).

O caso refere-se ao homicídio qualificado de Manuel Tomás Rojas Fuentes, ocorrido no Campo de Prisioneiros de Chena nos primeiros dias de dezembro de 1973. Desde 12 de setembro de 1973 até 11 de setembro de 1974 vigia no Chile um “estado de guerra”, formalmente declarado pelo Decreto-lei nº 5.<sup>154</sup> O estado de guerra tinha por efeito transferir parte das contendas criminais aos tribunais militares, o que na prática servia para reduzir as garantias processuais dos opositores do regime. Mais que a declaração formal do estado de guerra, a Corte argumenta que, nesse caso, deve-se levar em conta a realidade: o Chile foi governado por “bandos” – espécie de decreto do Poder Executivo – o que não pode ocorrer a menos que um conflito armado esteja em curso. Além disso, argumenta que tendo o regime ditatorial se beneficiado do dito “estado de guerra”, não cabe agora alegar que ele não existia.<sup>155</sup> A sentença ainda menciona um discurso do próprio Pinochet no intuito de reforçar a afirmação de que havia no Chile um estado de guerra, e isso é absolutamente imprescindível porque as normas sobre as quais irá se apoiar, as Convenções de Genebra, só são aplicáveis em caso de conflito armado (CHILE, 2007).<sup>156</sup>

Há uma grande ironia na necessidade de se afirmar, juridicamente, que o Chile estava em guerra interna: é que sem a guerra, parece que os direitos humanitários mínimos não

<sup>154</sup> Em 11 de setembro de 1973 o Decreto-lei nº 3 havia declarado o estado de sítio, que seria convertido a “estado ou tempo de guerra” em 12 de setembro pelo Decreto-lei nº 5. O instrumento legal assim estabelece: *“Artículo 1º.- Declárase, interpretando el artículo 418 del Código de Justicia Militar, que el estado de sitio decretado por conmoción interna, en las circunstancias que vive el país, debe entenderse “estado o tiempo de guerra” para los efectos de la aplicación de la penalidad de ese tiempo que establece el Código de Justicia Militar y demás leyes penales y, en general para todos los demás efectos de dicha legislación”* (CHILE, 1973).

<sup>155</sup> Também é comum entre os resistentes e vítimas do regime militar negar que existia um conflito armado interno no Chile, o que implica que havia dois lados em confronto, quando o que existiria, na realidade, seria militares treinados e armados contra uma população civil desarmada (pelo menos em sua maior parte). Ainda que se admita que existia uma esquerda armada no Chile de Pinochet, a desproporção de forças e armas era bastante grande para se chegar afirmar que havia um conflito armado ou guerra interna, propriamente (GUZMÁN, 1975).

<sup>156</sup> Na comprovação do estado de guerra interna reside uma importante diferença entre o caso Sandoval e o caso Chena. No primeiro, não foi dado o mesmo destaque ao estado interno de guerra porque os Convênios de Genebra não eram o único e nem mesmo o mais importante fundamento para afastar a anistia, já aqui eles se tornam imprescindíveis.

seriam protegidos. Ora, o que as Convenções de Genebra visam é, justamente, proteger aquilo que em estado de paz é certo. O “mínimo” da guerra existe em relação ao “máximo” da paz. No Considerando décimo segundo da sentença, no intuito de firmar a posição de que nenhuma deliberação entre as Partes do tratado é necessária para que se reconheça a existência de um estado de guerra, chega ao ponto de afirmar um “direito” inédito. Não o faz para corroborá-lo, mas acaba por tornar estranhamente imprescindível à proteção de direitos mínimos a existência de conflitos armados, o que parece ser uma interpretação esdrúxula da Convenção:

Lo contrario sería pretender que en casos de disturbios internos que el gobierno de turno calificará, con justo motivo, de simples actos de bandidaje y dado que el artículo 3º en examen no es aplicable, aquel tiene *derecho a dejar a los heridos sin asistencia, a inflingir torturas o mutilaciones o a realizar ejecuciones sumarias* (CHILE, 2007).<sup>157</sup>

O que, provavelmente, foi apenas um recurso retórico da sentença, afirma o absurdo. Afinal, se nem mesmo em tempos de guerra tais atos são permitidos, com mais razão são proibidos em tempos de paz. Mas a Corte se vê obrigada a recorrer a esse instrumento porque a maioria dos tratados de direitos humanos só foi ratificada pelo Chile após a concessão da anistia, enquanto as Convenções de Genebra já estavam em plena vigência interna desde 1951. A Convenção contra Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes de 1984, principal instrumento internacional na argumentação da Câmara dos Lordes, aqui não é relevante.

O artigo 3º, comum às quatro Convenções de Genebra, é o principal dispositivo dos tratados mencionado na decisão, por se referir a conflitos armados sem caráter internacional. O artigo assim prescreve:

No caso de conflito armado sem caráter internacional que esteja ocorrendo no território de uma das Altas Partes Contratantes, cada Parte do conflito estará obrigada a aplicar, como um mínimo, as seguintes provisões:

- (1) Pessoas que não tomem parte nas hostilidades, incluindo membros das forças armadas que tenham rendido suas armas e aqueles “fora de combate” em razão de enfermidades, ferimentos, detenção ou qualquer outra causa, serão em todas as circunstâncias tratadas com humanidade, sem nenhuma discriminação baseada em raça, cor, religião, crença, sexo, nascimento ou riqueza, ou qualquer critério similar. Com essa finalidade, os atos seguintes ficam proibidos em qualquer tempo e em todo lugar, a respeito das pessoas acima mencionadas:
- (a) Violência à vida e à pessoa, em particular assassinatos de todos os tipos, mutilação, tratamento cruel e tortura.
  - (b) Tomada de reféns.

---

<sup>157</sup> Sem grifos no original.



- (c) Agressão à dignidade pessoal, em particular tratamento humilhante e degradante
- (d) A condenação e a execução sem julgamento prévio ditado por tribunal regularmente constituído, assegurando-se todas as garantias processuais consideradas indispensáveis aos povos civilizados (COMITÉ INTERNACIONAL DA CRUZ VERMELHA, 1949).<sup>158</sup>

Em seguida, a decisão remete aos artigos 146 e 147 da IV Convenção, que determinam, respectivamente, a obrigação do Estado de tomar as medidas legislativas para sancionar aqueles que violem a Convenção, e as infrações graves, quando cometidas contra pessoas e bens protegidos pela Convenção.

#### **Artículo 146 - Sanciones penales. I. Generalidades**

[...] Cada una de las Partes Contratantes tendrá la obligación de buscar a las personas acusadas de haber cometido, u ordenado cometer, una cualquiera de las infracciones graves, y deberá hacerlas comparecer ante los propios tribunales, sea cual fuere su nacionalidad. Podrá también, si lo prefiere, y según las condiciones previstas en la propia legislación, entregarlas para que sean juzgadas por otra Parte Contratante interesada, si ésta ha formulado contra ella cargos suficientes.

#### **Artículo 147 - II. Infracciones graves**

Las infracciones graves a las que se refiere el artículo anterior son las que implican uno cualquiera de los actos siguientes, si se cometen contra personas o bienes protegidos por el Convenio: el homicidio intencional, la tortura o los tratos inhumanos, incluidos los experimentos biológicos, el hecho de causar deliberadamente grandes sufrimientos o de atentar gravemente contra la integridad física o la salud, la deportación o el traslado ilegal, la detención ilegal, el hecho de forzar a una persona protegida a servir en las fuerzas armadas de la Potencia enemiga, o el hecho de privarla de su derecho a ser juzgada legítima e imparcialmente según las prescripciones del presente Convenio, la toma de rehenes, la destrucción y la apropiación de bienes no justificadas por necesidades militares y realizadas a gran escala de modo ilícito y arbitrario (COMITÉ INTERNACIONAL DA CRUZ VERMELHA, 1949).

---

<sup>158</sup> Tradução livre. No original: “*In the case of armed conflict not of an international character occurring in the territory of one of the High Contracting Parties, each Party to the conflict shall be bound to apply, as a minimum, the following provisions: (1) Persons taking no active part in the hostilities, including members of armed forces who have laid down their arms and those placed 'hors de combat' by sickness, wounds, detention, or any other cause, shall in all circumstances be treated humanely, without any adverse distinction founded on race, colour, religion or faith, sex, birth or wealth, or any other similar criteria. To this end, the following acts are and shall remain prohibited at any time and in any place whatsoever with respect to the above-mentioned persons: (a) violence to life and person, in particular murder of all kinds, mutilation, cruel treatment and torture; (b) taking of hostages; (c) outrages upon personal dignity, in particular humiliating and degrading treatment; (d) the passing of sentences and the carrying out of executions without previous judgment pronounced by a regularly constituted court, affording all the judicial guarantees which are recognized as indispensable by civilized peoples*”.

É importante ressaltar que essas normas não se dirigem especificamente aos casos de conflitos não internacionais. Já o Protocolo nº II volta-se precisamente à proteção das vítimas de conflitos armados de caráter não internacional. A Corte enfrenta, então, uma aparente contradição entre os arts. 146 e 147 da IV Convenção, acima descritos, e o artigo 6, nº 5, do referido protocolo, que prescreve:

A la cesación de las hostilidades, las autoridades en el poder procurarán conceder la amnistía más amplia posible a las personas que hayan tomado parte en el conflicto armado o que se encuentren privadas de libertad, internadas o detenidas por motivos relacionados con el conflicto armado.

A Corte entende que esse dispositivo não pode ser interpretado como uma autorização para a autoexoneração da responsabilidade. Sua topologia – ele está localizado no Protocolo relativo a conflitos não internacionais – tem um significado. Não há paralelismo entre esse dispositivo e algum outro do Protocolo I, que trata dos prisioneiros de guerra. Nesse caso, terminadas as hostilidades, e se não tiver violado o direito humanitário, o prisioneiro deve ser logo libertado. Se, ao contrário, tiver violado, deve ser processado como criminoso de guerra, caso para o qual as Convenções não preveem a possibilidade de anistia. Embora não possa ser anistiado, o combatente em conflito internacional não poderá ser apenado pelo simples fato de ter sido combatente. No caso do conflito interno, não existe a condição de “combatente”, já que toda a institucionalidade interna, inclusive o direito penal (que não permite que os cidadãos façam uso de armas contra o governo estabelecido, por exemplo) está mantida. Por esses motivos, a Corte interpreta que “a anistia se dirige a favorecer aos vencidos em conflito e que estão nas mãos de quem controla o poder estatal, facilitando o restabelecimento da paz social” (CHILE, 2007).<sup>159</sup> Por fim, a Corte conclui o argumento afirmando que é preciso fazer uma interpretação do Decreto-lei 2191 conforme as Convenções de Genebra, e que não é admissível a autoexoneração da responsabilidade criminal por violações graves ao direito humanitário:

**VIGÉSIMO CUARTO:** Que en esta perspectiva, la llamada ley de amnistía puede ser claramente incardinada como un acto de autoexoneración de responsabilidad criminal por graves violaciones a los derechos humanos, pues se dictó con posterioridad a ellos, por quienes detentaban el poder durante y después de los hechos, garantizando de esta manera, la impunidad de sus responsables. Conculcando así el artículo 148 del IV Convenio de Ginebra.

---

<sup>159</sup> Tradução livre. No original: “*que la amnistía se dirige a favorecer a los vencidos en el conflicto y que están en manos de quienes controlan el poder estatal, facilitando el reestablecimiento de la paz social*”. (Considerando 21)

**VIGÉSIMO QUINTO:** Que, por ende, el Decreto Ley N° 2.191, de mil novecientos setenta y ocho, debe ser interpretado en un sentido conforme con los Convenios de Ginebra, por lo que es inexecutable respecto a las contravenciones graves contra los derechos esenciales determinados en ellos y cometidos en nuestro país durante su vigencia (CHILE, 2007).

A Corte faz, ainda, uma brevíssima menção a alguns instrumentos internacionais que definem o conceito de crimes contra a humanidade, desde o Estatuto do Tribunal de Nurembergue até o Estatuto de Roma, que cria o Tribunal Penal Internacional. Por fim, afirma o caráter imperativo das referidas normas, consagradas na Convenção de Viena sobre Direitos dos Tratados como normas *jus cogens*, consideradas obrigatórias para todos os Estados independentemente do consentimento expresso. Haveria um “núcleo duro de normas *jus cogens* de direitos humanos” constituído por normas como:

la prohibición de la agresión o el uso de la fuerza en las relaciones internacionales; la prohibición del genocidio, la esclavitud, la discriminación racial y de las ejecuciones sumarias o extralegales; así como la prohibición de la tortura. *No parece que nadie –incluso sin ser letrado– podrá dudar que los principios enunciados no derivan su carácter propiamente jurídico de la circunstancia meramente accidental de haber sido expresados en una determinada ley positiva* (CHILE, 2007).<sup>160</sup>

Aqui é possível notar, claramente, que a Corte atribui um caráter naturalístico às normas *jus cogens*, um importante fundamento à decisão: essas normas não são jurídicas “apenas” porque foram expressas em uma lei positiva. Elas existem anteriormente, e sua positivação é um mero detalhe que não implementa maior juridicidade ou vinculatividade às mesmas. Para comprovar a existência das normas *jus cogens*, a sentença faz citações doutrinárias que revelam o viés pragmático inaugurado após a Segunda Guerra Mundial, entre eles Roberto Ago e Antônio Cassese (CHILE, 2007).

Finalmente, a Corte Suprema reafirma, a exemplo do que ocorreu no caso Sandoval, a supremacia das normas internacionais sobre direitos humanos em relação às normas domésticas, e inclui, expressamente, as normas consuetudinárias entre aquelas que também gozam de prioridade, sem necessidade de um ato de recepção por parte do Estado. O dispositivo da sentença elenca o art. 5º da Constituição chilena e os supracitados artigos da Convenção de Genebra para acolher o recurso de cassação da sentença que havia aplicado o Decreto-lei de anistia.

---

<sup>160</sup> Sem grifos no original.

### 3.3. Republicanismo e Memória nos Tribunais: presenças e ausências

De acordo com a teoria republicana aqui adotada e as notórias violações a direitos humanos no Chile, não tenho dúvidas em afirmar que os crimes praticados no Chile, por Pinochet e membros da DINA, eram fundados em um sistema ditatorial, em que as relações humanas eram semelhantes àquelas entre súditos e soberano. Segundo a teoria republicana, os súditos estão sujeitos à intervenção arbitrária do soberano a todo instante, sem que este esteja sujeito a qualquer controle ou penalidade. E, ainda que o soberano (no caso o ditador, que bem poderia, em outro contexto, ser uma aristocracia, um déspota ou um príncipe) não exerça o poder de intervenção de que dispõe, essa dominação continua a existir em relação a todos aqueles que têm sua capacidade de escolha restringida.

No caso do Chile, a existência de dominação e perda da liberdade republicana refere-se ao fato de que, entre outras escolhas, era especialmente limitada aquela de manifestar-se em oposição ao regime militar, ter opiniões políticas divergentes e agir de acordo com suas próprias convicções. A ausência de interferência, como explicitarei no Capítulo 2, não implica ausência de dominação. Assim, mesmo que a grande maioria dos chilenos nunca tenha sofrido nenhum constrangimento, violência ou outro tipo de interferência, a sua liberdade de escolha em relação às preferências políticas estava limitada – e não é impossível que muitos chilenos tenham preferido abrir mão delas – porque, a qualquer momento, a interferência poderia se concretizar. Em outras palavras, mesmo aqueles que gozavam de certa liberdade (no sentido liberal) não eram livres no sentido republicano, já que sua liberdade dependia de fatores precários, como define Pettit (1997).

Essas relações, de certo modo, se perpetuaram no Chile democrático na medida em que Pinochet continuou sendo um membro de grande influência do Exército, Senador vitalício, e todas as instituições, inclusive o Poder Judiciário, demoraram a recuperar a autonomia perdida durante a ditadura (ROTH-ARRIAZA, 2006). Por isso, à primeira vista, pode parecer que a Espanha e a Inglaterra, ao demonstrarem interesse em combater a impunidade e processar o ex-ditador chileno Pinochet, estavam preocupadas com a liberdade dos cidadãos chilenos, cuja capacidade de ação estaria reduzida pela herança de uma relação de dominação de quase vinte anos de duração.

De fato, embora muitas vítimas e descendentes de vítimas demandassem a condenação de Pinochet, ele nunca havia sido réu em um processo penal antes de ser libertado e voltar ao Chile, ou seja, somente depois de ter ficado preso na Inglaterra. Por não estar processando Pinochet, o Chile não poderia solicitar a sua extradição à Inglaterra, embora tivesse jurisdição

preferencial em relação à Espanha. No Estado onde havia sido ditador por 17 anos, Pinochet gozava de imunidade parlamentar e havia sido anistiado, ou seja, do ponto de vista das vítimas, o exercício da jurisdição universal por parte da Espanha possivelmente não representava apenas uma interferência em assuntos internos do Chile. Ao contrário, poderia representar um reforço no combate à relação de dominação que se perpetuava na medida em que elas, vítimas, estavam insatisfeitas e não haviam sido reconhecidas – no sentido de Honneth (2003) – e em que estavam impotentes por não conseguirem resolver internamente a sua demanda por justiça.

Por outro lado, devemos verificar se a interferência da Espanha, ainda que pudesse reequilibrar as relações internas do Chile, não instaura, ao mesmo tempo, novas relações de dominação, ou mesmo se não confirma antigas. Pettit (1997) e Skinner (1999) ressaltam, como visto no Capítulo 2, que a liberdade dos cidadãos pode ser perdida tanto quando alguém detém internamente o poder de interferir arbitrariamente nas escolhas de outras pessoas, como também, e não em menor medida, quando a liberdade do Estado como um todo é perdida. Pela teoria republicana de liberdade, só é possível ser livre em Estados livres. Em artigo recente, Pettit (2010) debruça-se sobre a grande desigualdade de poder que existe nas relações internacionais. Ainda quando Estados republicanos atuam, o desequilíbrio de poder acaba por gerar relações de dominação entre atores internacionais, e a ordem internacional pode ser descrita como uma ordem de dominação (*dominating international order*). O ideal de ordem internacional para o autor é uma ordem internacional de não-dominação. Ele explica que “[e]sse ideal republicano está no meio do caminho entre o ideal utópico da justiça cosmopolita e o ideal cético da não-intervenção” (PETTIT, 2010).<sup>161</sup>

A restrição da liberdade do Estado é relevante para os indivíduos – e, em última análise, é a liberdade deles, na condição de cidadãos, o objeto das teorias republicanas – na medida em que o Estado é uma instituição através da qual indivíduos agem coletivamente. Assim, quanto mais o Estado representa efetivamente os seus cidadãos, mais grave seria qualquer interferência externa (PETTIT, 2010).<sup>162</sup> O que Pettit propõe é que a ordem internacional de não-dominação seja uma meta, mas de modo algum ele ignora as imensas dificuldades que decorrem de um objetivo tão pretensioso. Ele chama a atenção para limitações muito importantes que o ideal de liberdade impõe à ordem internacional. A ideia de

<sup>161</sup> Tradução livre. No original: “This republican ideal stands midway between a utopian ideal of cosmopolitan justice and a sceptical ideal of non-intervention”.

<sup>162</sup> Pettit (2010) faz referência ao controle de Estados, que pode ser exercido por inúmeros atores. Além de outros Estados, são exemplos ainda: organizações privadas (igrejas, movimentos terroristas e até mesmo indivíduos poderosos) e organizações públicas, muitas vezes criadas pelos Estados, como as Nações Unidas, o Banco Mundial, o Fundo Monetário Internacional etc.

um déspota benevolente, por exemplo, é incompatível com a liberdade, por isso a liberdade é um bem muito difícil de ser exportado. Evidentemente, qualquer “ajuda” na conquista da não-dominação passa pelo auxílio na redução das assimetrias de poder que facilitam a dominação.

Poderia a postura da Espanha, o seu empenho em processar e julgar o ex-ditador chileno, significar não apenas uma interferência, mas também uma dominação? Creio que a resposta a essa pergunta não deve ser unívoca. Em primeiro lugar, se reconhecemos na ausência de persecução penal no Chile um indício de ausência de representação, em especial das vítimas, e se reconhecemos, ainda, na postura da Espanha, uma forma de conferir mais poder e voz a essas mesmas vítimas, parece-me que não está configurada nenhuma dominação. Sob esse ponto de vista, a Espanha, através da atuação, principalmente, do seu Poder Judiciário, alcançou exitosamente o objetivo, sobretudo se considerarmos que as vítimas, de fato, puderam pleitear suas reivindicações nos tribunais chilenos posteriormente à interferência da Espanha.

Sob outro ponto de vista, é preciso notar que à medida que a democracia e os ideais republicanos se fortaleciam no Chile, as interferências internas perdiam sua legitimidade, e que a interferência espanhola ocorreu muito tardiamente, talvez quando já não era necessária. Durante a ditadura de Pinochet, não houve tentativas de coibir a sua ação antirrepublicana e repressora da liberdade. Ao contrário, a maioria dos Estados do mundo reconheceu prontamente o governo chileno, de acordo com as normas correntes de direito internacional sobre reconhecimento de Estados e Governos. Curiosamente, o Brasil, que também vivia uma ditadura internamente, foi o primeiro Estado a reconhecer Pinochet como o novo e legítimo chefe de Estado chileno, ainda em 11 de setembro de 1973, mesmo dia do golpe que derrubou o então Presidente da República Salvador Allende. Além disso, como bem ressaltou o Ministério Público espanhol ao se manifestar contra a jurisdição universal do seu Estado, muitas democracias tiveram posturas semelhantes à do Brasil.

Por muy horrendos que son los crímenes cometidos por PINOCHET , por mucho que hoy en día merezca el calificativo de dictador, usurpador, asesino, la cuestión es de carácter técnico-jurídico y lleva a que la jurisdicción española no es competente para conocer estos hechos criminales, como tampoco lo fue cuando se estaban cometiendo, a pesar de ser conocidos.

En todos los países democráticos se sabía perfectamente lo que estaba acaeciendo en esas dictaduras, es más, en el día de hoy hay países gobernados por dictadores que utilizan como instrumento de su política el asesinato, las torturas, el secuestrar personas para luego después hacerlas desaparecer (ESPANHA, 1998e).

O *Fiscal* enfatiza, ainda, que a Espanha estava agindo seletivamente, já que existiam muitas ditaduras sobre as quais não corria nenhum processo em seus tribunais, e conclui seu parecer afirmando que “a única forma de terminar com as ditaduras, passadas e futuras, é que respondam penalmente ante seus próprios nacionais [...]”.<sup>163</sup> Nessa manifestação, ele demonstra preocupação com a incoerência de se reconhecer uma ditadura e, posteriormente, pretender processar os responsáveis. Ele denuncia também a postura da Espanha em relação às ditaduras existentes nos dias atuais, em que crimes semelhantes àqueles cometidos por Pinochet são praticados.

Essa mesma questão surge quando observamos a aplicação das normas internacionais sobre imunidades pela Câmara dos Lordes. Embora lá a imunidade de Pinochet tenha sido afastada, todos os Lordes concordaram que se Pinochet ainda fosse chefe de Estado, ele estaria protegido pela imunidade para todas as acusações. De acordo com essa lógica, o direito internacional estabeleceria um limite à interferência, e esse limite localiza-se onde a interferência mais se justificaria com fundamento na liberdade, onde as relações de dominação são mais intensas. A imunidade absoluta do chefe de Estado revela quer uma presunção absoluta de que ele sempre representa os cidadãos, quer um desinteresse do direito internacional em relação à representatividade. De qualquer modo, o chefe de Estado passa a ser o portador da soberania (ainda que internamente ele seja apenas um mandatário do poder soberano dos cidadãos). E isso fica muito claro no *State Immunity Act*, Seção 20 (1), que prevê: “Sujeito às provisões dessa seção e a qualquer modificação necessária, o *Diplomatic Privileges Act* de 1964 aplica-se a – (a) um **soberano** ou outro chefe de Estado. (REINO UNIDO, 1978).<sup>164</sup> Segundo essa norma, um chefe de Estado pode ser, em certos casos, um soberano.

A transferência dos atributos soberanos à pessoa do chefe de Estado, expressa de maneira literal na lei inglesa, impede a avaliação dos seus atos. Ou seja, a sua imunidade total *ratione personae* não admite que se faça o exame, com base no qual a imunidade de Pinochet enquanto ex-chefe de Estado foi afastada, acerca da qualidade oficial ou não dos atos a ele imputados. O direito internacional, segundo a interpretação da Câmara dos Lordes, não deve se intrometer em assuntos que digam respeito exclusivamente à relação entre o chefe de Estado (ou soberano) e os cidadãos (ou súditos). Apenas quando a condição de chefe de Estado (ou de soberano) é perdida, esse princípio passa a ser mitigado pela regra da

<sup>163</sup> “[...] *la única forma de terminar con las dictaduras, pasadas o futuras, es que respondan penalmente ante sus propios nacionales [...]*”.

<sup>164</sup> Tradução livre. No original, sem grifos: “*Subject to the provisions of this section and to any necessary modifications, the Diplomatic Privileges Act 1964 shall apply to - (a) a sovereign or other head of State*”

imunidade relativa. Quanto a essa questão, a Inglaterra incorre na mesma incoerência que a Espanha: ambos preferem uma interferência tardia (uma interferência em relação ao passado) a uma interferência contemporânea aos fatos, quando as relações de dominação são mais intensas. Na realidade, as relações de dominação não representam qualquer parâmetro para a argumentação dos tribunais. A linguagem por eles utilizada, como já foi visto, tem caráter fortemente liberal devido às próprias normas invocadas, não só sobre direitos humanos, mas também sobre imunidade.

É muito significativo que justamente a Inglaterra tenha sido uma das protagonistas nos processos contra Augusto Pinochet, pois se trata de um Estado de tradição dualista, que reluta em aplicar diretamente o direito internacional. Isso se nota facilmente na decisão da Câmara dos Lordes. Para essa Corte, a tortura é um crime que justifica que se afaste a imunidade com base numa exigência do direito internacional. Mas, por outro lado, esse entendimento só pode ser aplicado a partir do exato momento em que um tratado é incorporado internamente. O processo de incorporação ao direito interno se justifica, entre outros motivos, pela necessidade de validação interna do tratado internacional ao qual o chefe de Estado inglês manifestou seu consentimento em nome do Estado. O chefe de Estado só é “soberano” quando atua externamente, mas sem a aprovação pelo poder legislativo, representante da soberania popular, as normas internacionais não adquirem força internamente.

Nos argumentos dos tribunais espanhóis e ingleses é possível notar, portanto, a predominância de argumentos liberais, embora eventualmente possamos ver também a presença de ideias republicanistas. Essas ideias, contudo, surgem apenas no momento em que o direito interno de cada Estado é aplicado internamente, mas não no seu relacionamento em nível internacional, onde a assimetria de poder estabelece um espaço de dominação. Como os direitos humanos são a linguagem central de tribunais de ambos os Estados, o ideal de liberdade republicana apenas pode assumir um papel coadjuvante, o que só ocorre, em certa medida, retroativamente, a partir do momento em que a imunidade é relativizada para o ex-chefe de Estado. Nesse caso, ao analisar que atos podem ser oficiais, está implícito que o chefe de Estado tem deveres e responsabilidades perante o corpo de cidadãos, estabelecidos pelo próprio direito internacional, que determina uma zona de exclusão dos “atos oficiais” para crimes internacionais (a prática de certos crimes contra os cidadãos não pode ser vista como uma atuação autorizada por eles, e, nesse sentido, oficial). Evidentemente, tal zona de exclusão é bastante limitada, e não há qualquer controle sobre as reais relações de poder e dominação entre chefe de Estado e cidadãos.



Se argumentos republicanos são escassos nas decisões estrangeiras no caso Pinochet, a memória das vítimas é um argumento praticamente inexistente. Em ambas as questões, é a racionalidade eminentemente liberal que estabelece os termos nos quais a responsabilidade criminal de Pinochet é discutida. As vítimas têm atuação, sobretudo na Espanha, na produção probatória. Entretanto, o modo como as decisões tratam seus aportes não importa um reconhecimento da sua memória como central ou essencial. Acredito que isso ocorre, em primeiro lugar, porque a Espanha lidava com memórias alheias à sua realidade, e nesse sentido é evidente que faltam instrumentos para o lidar com o passado (alheio e não próprio). Mas, porque os processos não tiveram um desfecho, essa análise é absolutamente limitada pela própria atuação parcial dos tribunais espanhóis. Já na Inglaterra, a limitação está no próprio objeto do processo de extradição, que não analisa profundamente os fatos imputados como criminosos ao extraditando, é um processo de natureza inteiramente diferente.

Nas sentenças chilenas que tratam do período da ditadura militar, a rediscussão do passado e da memória individual e coletiva está presente, ainda que subliminarmente, afinal, os papéis dos diversos atores envolvidos são redefinidos no curso de um processo judicial. Mas, em geral, as sentenças não fazem nenhuma menção à memória como um direito ou como um ideal de justiça. Ou seja, não é que a memória, em si, esteja sendo levada em conta como um dos fatores a satisfazer a demanda por justiça, colocada sempre em termos de sanções. A impunidade é inaceitável e juridicamente vedada por uma série de preceitos normativos positivos e pré-positivos. Mas a memória não aparece como parte constitutiva da justiça perseguida nas sentenças estudadas. Contudo, por vezes é possível encontrar passagens que propõem uma recontextualização dos fatos em nível individual em relação ao contexto mais amplo vivido pelo país, como se vê no Considerando 26 da sentença da Corte Suprema no caso Chena. Até mesmo os métodos do regime militar para falsear a imagem do que na realidade ocorria é brevemente aludida:

**VIGÉSIMO SEXTO:** [...] En efecto, el presente ilícito fue efectuado en un contexto de violaciones a los derechos humanos graves, masivas y sistemáticas, verificadas por agentes del Estado, constituyendo la víctima un instrumento dentro de una política a escala general de exclusión, hostigamiento, persecución o exterminio de un grupo de numerosos compatriotas integrado por políticos, trabajadores, estudiantes, profesionales, adolescentes, menores y todo aquel que, en la fecha inmediata y posterior al once de septiembre de mil novecientos setenta y tres, se les sindicó la calidad de pertenecer ideológicamente al régimen político depuesto o que por cualquier circunstancia fuera *considerado sospechoso de oponerse o entorpecer la realización de la construcción social y política ideada por los golpistas*. Garantizándoles la impunidad a los ejecutores de dicho programa

*mediante la no interferencia en sus métodos, tanto con el ocultamiento de la realidad ante la solicitud de los tribunales ordinarios de justicia de informes atingentes, como por la utilización del poder estatal para persuadir a la opinión pública local y extranjera de que las denuncias formuladas al efecto eran falsas y respondían a una campaña orquestada tendiente a desprestigiar al gobierno autoritario* (CHILE, 2007).<sup>165</sup>

Se a preocupação com a memória não é muito evidente, fica claro pelas referências a direitos naturais que pouca ou nenhuma importância é dada à origem não republicana das normas. Pouco importa, para as Cortes, que as normas aplicadas não tenham sido ratificadas ou expressamente reconhecidas pelo Chile. A sua autoridade não emana da vontade dos cidadãos, mas de algo que está acima disso. Observe-se que quase não há menções a autoexoneração, auto perdão ou autoanistia. Quando essas palavras são utilizadas, não é porque o “auto” seja capaz de invalidar o Decreto-lei. A origem antirrepublicana da anistia não é relevante para que ela não seja aplicada. Ao contrário, os fundamentos utilizados nas duas sentenças estudadas seriam igualmente válidos se estivéssemos tratando de uma anistia concedida com apoio na soberania propriamente dita, a soberania popular. O art. 5º da Constituição chilena é sempre citado em sua segunda parte, a que limita a soberania, mas nunca nenhuma ênfase é conferida à exigência de que “seu exercício [da soberania] se realiza pelo povo através do plebiscito e de eleições periódicas”.<sup>166</sup> Ora, se o Decreto-lei 2191 de 1978 foi um decreto autoritário de uma Junta Militar formada por, como diz a própria sentença no caso Chena, golpistas, por que ela deveria ter qualquer validade, considerando-se apenas e tão somente a própria Constituição do Chile e a origem antidemocrática do decreto?

Do ponto de vista da aplicação do direito doméstico, é possível notar que as sentenças não atentam para as relações de dominação que a anistia, da forma que foi feita, confirma e perpetua. Embora “autoexoneração” seja uma palavra que aparece três vezes na sentença da Corte Suprema, ela não é utilizada quando se interpreta o direito interno. Se, realmente, houve interferência arbitrária nas escolhas de alguém e se, mais que isso, a interferência se deu porque havia, explícita ou implicitamente, o poder de fazê-lo sem sofrer sanções, então estamos diante de um claro exemplo de relação de dominação, como discutido no segundo capítulo. E se, como foi o caso no Chile, a anistia visa precisamente a evitar a sanção de um constante exercício arbitrário de poder, então ela pode ser até mesmo entendida como coroamento da relação de dominação. Quando o consentimento das vítimas torna-se irrelevante, não há que se falar em perdão: as vítimas terminam por ser duplamente afetadas,

<sup>165</sup> Sem grifos no original.

<sup>166</sup> Tradução livre. No original: “Su ejercicio se realiza por el pueblo a través del plebiscito y de elecciones periódicas” (CHILE, 2010).

uma vez quando são vítimas de crimes, e outra quando a anistia confirma a relação de dominação, na medida em que garante que aquilo que foi feito contra elas será impune. Isso se torna mais evidente quando a anistia é concedida num contexto em que a dominação ainda é intensa.

Por outro lado, quando a Corte privilegia o direito internacional e, sobretudo, as normas *jus cogens* e normas consuetudinárias que prescindem do consentimento do Chile, talvez esteja aceitando uma nova relação de dominação, dessa vez em nível internacional, entre o Chile e os demais Estados. As teorias republicanas nunca ignoraram que um Estado pode ser dominado por outro, e que isso implica a perda da liberdade tanto quanto a dominação interna. Como mostra Ximena Fuentes contundentemente, as sentenças podem implicar que o Chile perdeu boa parte da sua liberdade para lidar com as atrocidades do seu próprio passado, a sua memória (e o seu esquecimento). Afinal, os argumentos utilizados contra *essa* lei de anistia poderiam ser utilizados contra qualquer outra, independentemente de tratar-se de um autêntico perdão, construído republicana e democraticamente:

[I]nvocar o direito costumeiro e o *jus cogens* nesse caso [Chena] torna o consentimento do Chile irrelevante [...]. A consciência internacional, como interpretado pelos juízes, prevalece sobre a consciência nacional. [...]. Parece que, para o Chile, qualquer tentativa de simplesmente discutir uma nova lei de anistia violaria o direito internacional. *Nós chilenos somos proibidos de ter a nossa própria visão sobre a questão pendente das violações aos direitos humanos praticadas durante a ditadura militar.* Poderia ser dito que o caso da Lei de Anistia não é um bom exemplo; na verdade, é o pior exemplo, porque ninguém poderia defender uma autoanistia herdada do governo de Pinochet. A resposta deveria ser que não é *essa* anistia que se está defendendo, mas a possibilidade de o povo chileno decidir como lidar com as atrocidades do seu passado (FUENTES, 2008, p. 496).<sup>167</sup>

As sentenças estudadas, sem dúvida, corroboram com uma visão idealista do direito internacional. Uma visão que “parece esconder o fato de que por trás das normas internacionais estão as relações internacionais, uma arena não idílica em que os participantes nem sempre buscam a paz ou o progresso econômico e social de todas as Nações”

<sup>167</sup> Tradução livre. No original (sem grifos): “*invoking international customary Law and jus cogens in this case [CHENA] makes Chilean consent irrelevant [...]. International awareness, as interpreted by the judges, prevails over national awareness. [...]. It would seem that, for Chile, any attempt to even discuss a new amnesty law is against international law. We Chileans are forbidden to have our own view on the pending question about human rights violations committed during the military dictatorship. It could be objected that the case of the Amnesty Law is not a good example; in fact, that is the worst example, because nobody could argue in favor of a self-amnesty inherited from the Pinochet government. The answer should be that it is not **that** amnesty which is being advocated, but the possibility that the Chilean people could decide how to deal with the atrocities of the past*”

(FUENTES, 2008, p. 498).<sup>168</sup> Enquanto as disputas de poder não permitem a socialização dos objetivos e a busca do progresso comum pela “comunidade internacional” (uma comunidade que não é política, já que os Estados somente se sentem responsáveis perante as comunidades que representam), os direitos humanos são o único bem jurídico socializado universalmente. Entretanto, concluir que direitos humanos são bens socializados é uma postura que leva em conta apenas os resultados, mas não o processo envolvido. Ora, o mesmo resultado poderia ser atingido por (ou equiparado a) um “colonialismo iluminado” (FUENTES, 2008, p. 498).

Como já foi discutido neste trabalho, o direito muitas vezes consolida narrativas hegemônicas. Isso ocorre, inclusive, quando tratamos de um tema tão universal e pretensamente neutro como a responsabilização de indivíduos por violações a direitos humanos mínimos. O foco na culpa, sobretudo por um tribunal que é limitado material e temporalmente – ele só pode conhecer de certos fatos e tem que estabelecer a ‘verdade’ no momento em que pronuncia sua decisão final – relega à invisibilidade grandes estruturas políticas, econômicas e sociais que também dão causa às ditas violações e a toda espécie de violência, apontando um “bode expiatório”. Assim ensina Koskenniemi:

O direito penal é uma estratégia fraca e vulnerável para lidar com grandes crises: quanto mais insistimos no caráter técnico, mais desviamos o olhar do seu papel no fortalecimento de uma narrativa sobre as demais, e mais o julgamento irá ratificar a hegemonia daqueles em cujos ombros repousa a justiça (KOSKENNIEMI, 2004, p. 210).<sup>169</sup>

Evidentemente, as demandas que chegam às Cortes chilenas e estrangeiras são limitadas. Não é possível apurar a responsabilidade que, digamos, a pressão econômica exercida pelo empresariado chileno e internacional, ou mesmo por outros Estados, teve tanto na preparação como na execução do Golpe Militar de 11 de setembro de 1973, e tampouco a influência que continuou a praticar durante os anos que durou a ditadura no Chile. Contudo, é certo que essa influência foi determinante. O apoio internacional de diversos Estados ao golpe e às violações aos direitos humanos no Chile também é notório: o Brasil, ele mesmo vivendo uma ditadura igualmente influenciada por estruturas internas e externas, foi o primeiro Estado a reconhecer a legitimidade do governo de Pinochet, mas muitos outros seguiram os mesmos passos, inclusive Estados democráticos internamente, como os Estados Unidos. As influências

<sup>168</sup> Tradução livre. No original: “*this idealistic view of international law seems to conceal the fact that what underlies international rules is international politics, an arena that is not idyllic and where participants do not always seek peace or the social and economic progress of all Nations*”.

<sup>169</sup> Tradução livre. No original: “*Criminal law is a weak and vulnerable strategy to cope with large crises: the more we insist on its technical character, the more we look away from its role in strengthening one narrative over others, and the more the trial will ratify the hegemony of that on whose shoulders justice sits*”.

vieram mesmo de momentos que precederam em muito o golpe em si, e um importante exemplo disso são as greves do empresariado que ocorreram durante o governo de Salvador Allende e que mergulharam o país numa crise de insumos (GUZMÁN, 1975).

Em síntese, a linguagem dos direitos humanos e a precedência dos tribunais sobre a questão da impunidade, como já reiteradamente afirmado neste trabalho, são insuficientes para lidar com um sem número de demandas que estão relacionadas aos acontecimentos que levaram às atrocidades do governo Pinochet. A linguagem técnica, infelizmente, acaba por calar as responsabilidades “indiretas”, e não permite uma análise mais aprofundada do que efetivamente ocorreu. E se a anistia pode implicar esquecimento forçado e amnésia, o mesmo pode ser dito de uma “proibição da impunidade”: uma vez condenados os responsáveis pelos crimes, o passado poderá, enfim, ser esquecido, e a comunidade, “reconciliada”, poderá perseguir o progresso e a felicidade com que tanto sonha. Ora, reconciliação não deve ser sinônimo de apagar o passado. Uma reconciliação verdadeira só pode existir na medida em que podemos conviver com o nosso passado e aprender com ele. Essa é uma leitura condizente com a razão anamnética. A justiça não estaria, então, previamente vinculada quer à obrigação de perdoar, quer à obrigação de condenar: a justiça anamnética consiste, antes, num reconhecer e respeitar a vítima, cujo papel tem sido permanentemente relegado a segundo plano, quer por quem defende a anistia, quer por quem defende a proibição da impunidade.

As normas *jus cogens*, aplicadas pelos tribunais chilenos, decisivas principalmente no caso Chena, prescindem de um recurso importante no combate às relações de dominação. As deliberações inter-estatais não podem garantir a não dominação na presença de assimetrias de poder manifestas, onde a intimidação tenha espaço. Mas, ainda assim, é significativo que exista a possibilidade de deliberação, pois ela cria um espaço de liberdade comum que é compartilhado por todos, o que, pelo menos dentro desse limite, inibe potenciais dominadores (PETTIT, 2010). Também no caso Sandoval abre-se mão da deliberação ao se aplicar a Convenção Interamericana sobre o Desaparecimento Forçado de Pessoas independentemente do cumprimento de processos internos de incorporação. Nesse caso, qualquer assimetria de poder que tenha existido na formalização desse instrumento internacionalmente é ultrapassada sem que seja possível fazer sua crítica, sem que a deliberação interna possa, ao menos, expressar a vontade política do corpo de cidadãos acerca desse instrumento normativo, o que apenas reforça seu caráter naturalístico.<sup>170</sup>

---

<sup>170</sup> A crítica que faço à aplicação dessas normas não tem qualquer relação com o aspecto substancial das mesmas. De fato, acredito que a Convenção sobre o Desaparecimento Forçado de Pessoas de 1994 é um

### 3.4. Fora dos Tribunais: algumas reflexões

Há um visível contraste entre a forma como os tribunais chilenos vêm lidando com os crimes do regime Pinochet e a postura que adotaram quando Pinochet estava preso na Inglaterra. Enquanto hoje o direito internacional é aplicado internamente para afastar a soberania chilena, à época a soberania chilena foi muitas vezes alegada em defesa das intervenções que Espanha e Inglaterra exerciam em nome do direito internacional. O atual Presidente da República do Chile, Sebastian Piñera, é o primeiro presidente de direita eleito desde o fim do regime Pinochet. Curiosamente, o mesmo Sebastian Piñera proferiu, em 1998, um discurso em defesa de Pinochet, à época preso na Inglaterra, reivindicando o respeito internacional à soberania chilena. O discurso é contundente. Palavras como “colonialismo”, “soberania” e “dignidade” são recorrentes. Uma multidão entusiasmada aplaude, principalmente a cada momento em que a independência chilena é mencionada. O orador, à época Senador da *República de Chile*, dá o seu recado diretamente ao juiz Garzón, para que este “não se arvore numa jurisdição que não tem”. Alguns trechos do discurso merecem ser aqui transcritos:

El Senador Pinochet y su familia están viviendo tiempos difíciles en Londres, en estos momentos, y por eso merecen toda nuestra solidaridad. *Constituyen un agravio y un atentado a lo más profundo de nuestra soberanía, de nuestra independencia y de nuestra dignidad.* Y queremos decirle al Juez Garzón, que lo entienda muy bien, Chile ha sido, es y será siempre un país libre y un país soberano. Por un problema de principios no podemos permitir que hoy día un juez español - mañana un juez de Mozambique o de cualquier otra parte del mundo - se arroje una jurisdicción que no le corresponde, y pretenda entrometerse en nuestros asuntos y juzgar a personas por hechos ocurridos en nuestro país y que tienen el alto cargo de haber sido ex presidente de la República. Sabemos también que el no respeto por parte del gobierno inglés de la inmunidad diplomática, que por el derecho internacional le correspondía a un Senador de la República, en misión especial de nuestro gobierno, constituye también un grave atentado a lo que es la soberanía y la dignidad de Chile. Digámoslo claro y fuerte para que se escuche en Chile y en el mundo entero: Somos un país respetuoso del derecho internacional, pero somos también un país que siempre ha tenido, y lo va a demostrar una vez más, la voluntad, la fuerza y el valor para defender nuestra dignidad y para defender nuestra soberanía. Por fuente principal y poderosa, la gente que produce es tan , tan activa, gallarda y belicosa, que no ha sido por rey jamás regida ni a extranjero dominio sometida. *Queremos que sepa el señor Garzón, que hace más de 188 años, nuestro país obtuvo su independencia con valor y con mucho coraje, y ninguno de nosotros está dispuesto hoy en día a volver a ser colonia de ningún país del mundo* [sem grifos no original (PIÑERA, 1998)].

---

instrumento internacional de grande importância, sobretudo para a realidade do nosso continente, e lamento que o Brasil não tenha ratificado a referida convenção.

Para além da reivindicação de soberania por parte do Estado e de grupos que apoiavam o governo de Pinochet, entre os grupos de esquerda o tom é de ressentimento por uma autonomia roubada. No jornal *La Neta Del Obrero Revolucionario* do dia 13 de dezembro de 1998, um artigo com o título “*Pinochet, enemigo del pueblo*” traz algumas passagens bastante marcantes. Primeiro, critica a postura omissa do próprio Chile, dizendo que o governo chileno “demanda o retorno de Pinochet e é um governo que perdoou a Generais que assassinaram, torturaram e fizeram desaparecer milhares de chilenos”.<sup>171</sup> E segue:

En cuanto Pinochet fue detenido en Inglaterra, estallaron manifestaciones en Chile y por todo el mundo que piden que se le juzgue y castigue. Pero Inglaterra, Estados Unidos y los demás gobiernos de Occidente tienen sus propias razones *imperialistas* para tomar medidas en este caso. Por ejemplo, quieren para fortalecer el derecho y los tribunales internacionales con sus propios fines. [...] Los pueblos del mundo no ganarán nada si Estados Unidos y otros imperialistas obtienen *mayores* poderes de intervención. (A la vez, la clase dominante yanqui teme que el juicio a Pinochet establezca un precedente para juzgar a *sus funcionarios*) (PINOCHET, 1998a).

O forte discurso anti-Pinochet fica ainda mais claro e é reiterado por ocasião do seu retorno ao Chile, onde aparecem os subtítulos “*El regreso del General Asesino*” e “*El genocida está libre*”. Nesse momento, além de denunciar fortemente a postura do governo chileno e das forças armadas que deram boas vindas ao general com suas marchas favoritas, mais uma vez critica os interesses “imperialistas” da Espanha e Inglaterra. E segue, sob o subtítulo “*El titere Pinochet y el titiritero yanqui*”, dizendo que:

Un juicio *popular* condenaría a Pinochet de grandes crímenes. Pero también habría otros acusados, especialmente el imperialismo yanqui, que manejó el golpe militar de 1973. Es bien sabido que Estados Unidos dirigió, planeó y ejecutó hasta los detalles del golpe de 1973; es uno de los crímenes imperialistas mejor documentados (PINOCHET, 1998a).

Esse artigo de jornal denuncia, a um só tempo, a proteção que o Estado chileno confere ao ex-ditador e a ação estrangeira sem a qual os seus crimes não seriam possíveis. Pinochet não foi o único responsável pelos crimes de que foi acusado. Contudo, o direito internacional dos direitos humanos, com suas técnicas de responsabilização individual, é incapaz de lidar com essa complexidade: ele favorece a eleição de um culpado único, como se sua condenação pudesse expiar a culpa de todos os envolvidos (KOSKENNIEMI, 2004).

---

<sup>171</sup> Tradução livre. No original: “*demanda el regreso de Pinochet y es un gobierno que ha perdonado a generales que asesinaron, torturaron y desaparecieron a miles de chilenos.*”

Em dezembro de 1998, enquanto estava preso na Inglaterra, Pinochet escreveu a “Carta aos Chilenos”, documento de grande poder simbólico e repercussão no Chile, tendo sido publicada pela imprensa local. Nessa carta, cheia de alusões a Deus e à fé Cristã, Pinochet faz vastos clamores patrióticos e diz que lutou pela liberdade do Chile, sendo agora ele próprio uma vítima. Também faz muitas alusões à *verdade histórica*, sobre a qual ele propõe a sua interpretação. A postura que adota, contudo, é de alguém que conhece a verdade, e não alguém que propõe uma interpretação sobre ela. Faz isso, por exemplo, quando afirma: “[n]enhum historiador, nem mesmo o mais enviesado e pouco objetivo, pode nem poderá amanhã sustentar, de boa fé, que minhas atuações públicas responderam a uma suposta ambição pessoal ou qualquer outro motivo que não o bem do Chile” (PINOCHET, 1998b).<sup>172</sup> A dicotomia entre bem e mal é colocada em termos quase absolutos:

o vencía la concepción cristiana occidental de la existencia para que primara en el mundo el respeto a la dignidad humana y la vigencia de los valores fundamentales de nuestra civilización; o se imponía la visión materialista y atea del hombre y la sociedad, con un sistema implacablemente opresor de sus libertades y de sus derechos (PINOCHET, 1998b).

O golpe de 11 de setembro é apresentado como inevitável, e seu objetivo como sendo a liberdade e o bem estar do povo chileno. Além disso, o golpe teria alcançado todos os objetivos propostos, inclusive a reestruturação da democracia no Chile, onde hoje, segundo ele, todas as instituições funcionam plenamente. Pinochet se afirma uma espécie de visionário no combate ao comunismo, o “mal do século XX”.<sup>173</sup> Ele chega a reconhecer que o conflito no Chile gerou vítimas, “das quais quase um terço [eram] militares e civis que caíram vítimas do terrorismo extremista”, mas atribui toda a culpa pelas mortes aos opositores do regime, ao dizer: “Sou absolutamente inocente de todos os crimes e dos fatos que irracionalmente se me

<sup>172</sup> Tradução livre. No original: “*Ningún historiador, ni aun el más sesgado y poco objetivo, puede ni podrá mañana sostener de buena fe, que mis actuaciones públicas respondieron a una supuesta ambición personal o a cualquier otro motivo que no fuera el bien de Chile*”.

<sup>173</sup> O maniqueísmo e a autovitimização podem ser claramente vistos no seguinte trecho: “*He sido objeto de una maquinación político-judicial, artera y cobarde, que no tiene ningún valor moral. Mientras en este continente, y específicamente en los países que me condenan mediante juicios espurios, el comunismo ha asesinado a muchos millones de seres humanos durante este siglo, a mí se me persigue por haberlo derrotado en Chile, salvando al país de una virtual guerra civil. Ello significó tres mil muertos, de los cuales casi un tercio son uniformados y civiles que cayeron víctimas del terrorismo extremista. Soy falsamente juzgado en numerosos países europeos, en una operación dirigida por quienes se dicen mis enemigos, sin que exista por lo mismo la más remota posibilidad de que quienes me prejuzgan y condenan lleguen a comprender nuestra historia y a entender el espíritu de lo que hicimos.*”



imputam. Não obstante, temo que quem me acusa nunca esteve e nem estará disposto a agir com a razão e aceitar a verdade” (PINOCHET, 1998b).<sup>174</sup>

Por fim, há um trecho desconcertante da carta em que Pinochet se refere às vítimas inocentes. Nesse mesmo trecho, ele defende os valores morais patrióticos dos militares (soldados), que sempre buscariam proteger os seus compatriotas. Mais uma vez, propõe aqui uma total inversão dos papéis entre vítimas e carrascos. Pinochet, em nenhum momento, defende a ideia de uma responsabilidade partilhada. Ele traça uma linha imaginária que separa os bons (militares, cristãos que salvaram o Chile) dos maus (terroristas, ateus, que provocaram o enfrentamento e o caos).

Conservo intacta mi fe en Dios y en los principios que han guiado mi existencia. Guardo la firme esperanza de que el Señor en su infinita misericordia aplique mis más íntimos sufrimientos por quienes murieron injustamente en esos años de enfrentamiento. Están equivocados quienes creen o sostienen que el dolor por la sangre derramada en nuestra Patria, es monopolio de un bando. Todos hemos sufrido por las víctimas. Me consta que es especialmente grande el sufrimiento de quienes no provocaron el enfrentamiento, de quienes no lo buscaron ni mucho menos lo desearon, y terminaron siendo sus víctimas inocentes. El soldado siempre busca proteger a sus compatriotas. Nunca he deseado la muerte de nadie y siento un sincero dolor por todos los chilenos que em estos años han perdido la vida (PINOCHET, 1998b).

A Carta de Pinochet suscitou a reação de historiadores, que escreveram um manifesto em resposta. O *Manifiesto de Historiadores* propõe uma contrainterpretação dos fatos, discute o papel dos historiadores na construção de “um Chile mais real” e acusa Pinochet de distorcer fatos e falsear a verdade histórica, não apenas pelo que afirma na carta, mas também devido a uma política repressiva durante todo o regime ditatorial. Esse Manifesto foi publicado pela primeira vez em *La Segunda*, em 2 de fevereiro de 1999, e depois em *La Nación*, em 4 e 5 de fevereiro de 1999; em *El Siglo*, de 5 a 11 de fevereiro de 1999; e em *Punto Final*, de 5 a 18 de fevereiro de 1999, assinado, originalmente, por 11 historiadores renomados. Até maio de 1999, já haviam aderido ao manifesto mais 46 historiadores, totalizando 57 o número de assinantes do Manifesto (GREZ; SALAZAR, 1999).

Além do manifesto, historiadores publicaram textos individuais, relatando as dificuldades pelas quais o ofício de fazer a história passou durante o governo Pinochet e suscitando diversas questões metodológicas inseparáveis dessa mesma crítica como, por

---

<sup>174</sup> Tradução livre. No original: “*Soy absolutamente inocente de todos los crímenes y de los hechos que irracionalmente se me imputan. Sin embargo, temo que quienes lo hacen nunca estuvieron ni estarán dispuestos a darse a la razón y aceptar la verdad*”.

exemplo, *que história* deveria ser estudada, a vida de que pessoas, que eventos históricos devem ser objeto da atividade do historiador (LEÓN, 1999). Escrever a história das glórias, heroísmos, reis e autoridades é algo muito distinto de se debruçar sobre a história das pessoas comuns, sobretudo daquelas particularmente oprimidas, aquelas que poderíamos chamar “vítimas”.

[E]scribir, investigar, pensar la historia, fue un oficio peligroso en nuestra Patria. Por supuesto, no se trata de cualquier Historia sino de aquella que pretende situarse en la vida corriente de los chilenos. La historia que descubre las puertas de cárceles, de manicomios y presidios, para revelar el dolor y la desesperanza de otros perseguidos; esa historia que hurta en la vida hogareña buscando mujeres abandonadas, golpeadas, postergadas, sometidas, procurando demostrar que los sistemas de explotación llegan incluso, en su forma más brutal, hasta la intimidad misma de la familia. (LEÓN, 1999, p. 108-109).

A preocupação não se restringe à natureza da disciplina, questões de método e teoria. Embora criticassem Pinochet pelo falseamento da história, esses historiadores não pleiteavam que o seu próprio modo de fazer história fosse neutro. Sabiam que não podiam escapar à prisão que a história pessoal constrói para cada ser humano (LEÓN, 1999, p. 106), mas acreditavam que o historiador tem uma tarefa comprometida com o objetivo de influenciar o futuro.

Fundamentalmente se trata de sugerir dos cosas: de que con su trabajo el historiador evite que alguna vez vuelva nuevamente a correr la sangre de chilenos por nuestras calles. Y que también evite que se intente transformar en héroes a criminales. Lo que nos inspira es una verdad de perogrullo: que se reencuentre Chile con su historia verdadera para que llegue a ser un país más real (LEÓN, 1999, p. 113).

O Manifesto de Historiadores questiona três “verdades históricas” apresentadas na Carta aos Chilenos de Pinochet. A primeira delas é que a intervenção ditatorial dos militares entre 1973 e 1990 foi uma “façanha ou epopeia” de caráter nacional. A essa afirmação, respondem que chamar de epopeia nacional “à ação armada que *um* setor de chilenos empreendeu contra *outro* setor de chilenos implica um uso particularista, abusivo e conjuntural de um termo que tem significado mais transcendente”.<sup>175</sup> O Manifesto afirma que

<sup>175</sup> Tradução livre. No original: “[...] a la acción armada que “un” sector de chilenos emprendió contra “otro” sector de chilenos, implica un uso particularista, abusivo y conyuntural de un término que tiene un significado más transcendente”

esse tipo de ação tem um caráter sectário,<sup>176</sup> independentemente de se triunfe ou não, e que, se não fosse dessa maneira, as atuações da *Unidad Popular* teriam tantas ou melhores razões para serem consideradas “nacionais”, afinal tinham não só o apoio de quase metade da população, mas também da própria lei, já que Salvador Allende havia sido democraticamente eleito. O manifesto prefere, contudo, dizer que ambos os lados eram facções, e que nenhum dos dois tinha bons motivos para se afirmar como nacional (GREZ; SALAZAR, 1999, p. 9-10).

A segunda “verdade histórica” questionada é que a crise política que antecedeu o golpe teria sido obra exclusiva do governo da *Unidad Popular*, “cujo programa propunha com a ‘pregação do ódio, da vingança e da divisão’ e a ‘sinistra ideologia do socialismo marxista’, impor uma visão ateia e materialista... com um sistema implacavelmente opressor de suas liberdades e direitos e o império da mentira e do ódio” (GREZ; SALAZAR, 1999, p. 9).<sup>177</sup> A respeito dessa afirmação, o Manifesto aponta que a crise estava relacionada em grande parte a “processos históricos de larga duração, cuja origem se pode rastrear no século XIX, ou antes”.<sup>178</sup> O Manifesto admite que a *Unidad Popular* possa ter administrado mal e até mesmo precipitado uma crise de caráter não só político, mas, sobretudo, econômico e social. Entretanto, uma série de crises anteriores “revel[a], em conjunto, que o dano estrutural [foi] causado por um século de governos oligárquicos e neo-oligárquicos” (GREZ; SALAZAR, 1999, p. 10-11),<sup>179</sup> ou seja, é absurdo, do ponto de vista histórico, atribuir a responsabilidade das profundas crises estruturais (sociais e econômicas) ao breve governo da *Unidad Popular* (1970-1973), ainda que se possa atribuir a ele parcela da responsabilidade pela crise política.

Finalmente, o terceiro questionamento do Manifesto refere-se à afirmação de que “os ‘homens de armas’ atuaram como ‘reserva moral da nação’ para reimplantar a ‘unidade do país... não para um setor ou partido’, o ‘respeito à dignidade humana’, a ‘liberdade dos

<sup>176</sup> A palavra “sectário”, aqui, está traduzindo o adjetivo “faccionalista”, que remete à existência de facções (facciones), apenas em oposição à ideia de “caráter nacional”, mas não carrega o sentido pejorativo que por vezes é atribuído ao adjetivo “sectário”.

<sup>177</sup> Tradução livre. No original: [...] cuyo programa se proponía, con la “predica del odio, la venganza y la división” y la “sinistra ideología del socialismo marxista”, imponer una “visión ateia y materialista... com um sistema implacablemente opresor de sus liberdades y derechos...; el imperio de la mentira y el odio”

<sup>178</sup> Tradução livre. No original: “[...] a procesos históricos de larga duración, cuyo origen puede rastrearse en el siglo XIX, o antes.”

<sup>179</sup> Tradução livre. No original: “revelan, en conjunto, que el daño structural [fue] causado por un siglo de gobiernos oligárquicos y neo-oligárquicos [...]”

chilenos', e dar verdadeiras oportunidades aos pobres e desprezados' (GREZ; SALAZAR, 1999, p. 9).<sup>180</sup> A respeito dessa afirmação, os historiadores assim se manifestam:

[C]abe decir que no se lucha por la unidad de la nación cuando se usan las “armas de la nación” contra casi la mitad de los connacionales; no se lucha por la dignidad de los chilenos cuando se violan los derechos humanos de miles de desaparecidos, centenas de miles de torturados, prisioneros, exonerados, etc. Ni se aseguran “verdaderas oportunidades para pobres y postergados” cuando se instala un régimen de masiva precarización del empleo y en un hipermercantilizado sistema de educación superior. Ni, por último, podemos llamar de “reserva moral de la nación” a los que, faccionalmente, declaran “guerra sucia” a la mitad de la nación, a los que violan la dignidad humana de sus connacionales e incurrir en asesinatos de opositores políticos dentro y fuera del país, y a los que invocan el principio superior de la “soberanía” para intentar justificar e inmunizar los atentados que perpetraron contra ella. Las “armas de la nación” no deben usarse faccionalmente, ni en beneficio exclusivo de minorías, ni para usurpar la soberanía de todos. Si se usan de ese modo, se incurre en un delito de lesa soberanía, el que no puede taparse con pueriles mantos de piedad y públicas confesiones de que se cuenta con la asistencia personal de Dios y la Santísima Virgen (GREZ; SALAZAR, 1999, p. 12-13).

Por melhor que os tribunais se empenhem em tratar dos problemas históricos – e sua atuação aí pode ser relevante – os embates históricos não podem se restringir ao jurídico. Entre outras razões, a linguagem jurídica não é adequada, não apenas porque “direitos” são um meio limitado de expressar demandas, mas ainda por outro motivo: as classificações e definições que propõe interpretam como diferentes fenômenos que, sob outros pontos de vista, podem ser interpretados como semelhantes. Por exemplo, “genocídio”, “tortura”, “crimes contra a humanidade” são todos crimes internacionais plenos de especificidades. O direito penal fala em “tipos penais”, “dolo”, “culpa”, “culpabilidade” etc, e todos esses conceitos são absolutamente relevantes para a ciência jurídica. Contudo, outras áreas de conhecimento podem propor classificações igualmente relevantes para compreendermos a realidade, tal como “violência política de massa”, um conceito que permite ver o que existe de igual em experiências históricas muito distintas. Esse conceito permite “uma comparação histórica que não se exaure no terreno circunscrito e, todavia, necessário, da jurisprudência internacional” (FLORES, 2001, p. 380).<sup>181</sup>

<sup>180</sup> Tradução livre. No original: “que ‘los hombres de armas’ actuaron como ‘reserva moral de la nación’ para reimplantar la ‘unidad del país... no para un sector o para un partido’, el ‘respeto a la dignidad humana’, la ‘libertad de los chilenos’, y dar verdaderas oportunidades a los pobres y postergados.”

<sup>181</sup> Tradução livre. No original: “[...] una comparazione storica che non si esaurisca nel terreno circoscritto, e tuttavia necessario, della giurisprudenza internazionale [...]”

A distância entre a verdade histórica e a verdade judicial não deve ser desconsiderada, justamente porque a verdade judicial tem uma linguagem técnica e, conseqüentemente, limitada, além de uma limitação temporal (que a obrigação de decidir lhe impõe). O contraditório não é o espaço mais adequado para os embates históricos, embora possam ser desencadeadores de processos políticos e sociais mais abrangentes e gerar “[...] desdobramentos [...] que extrapolem as situações individuais e permitam a reescritura de uma memória coletiva” (PAIXÃO, 2008). Seguindo essa linha de pensamento, Marcelo Flores critica a postura do jurista Antônio Cassese, que disse, comentando o retorno de Pinochet ao Chile depois de sua prisão na Inglaterra, que “o melhor modo para não esquecer é aquele de celebrar um processo, onde os fatos históricos são coletados e filtrados através de um procedimento rigoroso de exame e avaliação” (apud FLORES, 2001, p. 380).<sup>182</sup> Pensar que verdade histórica e verdade judicial são intercambiáveis, para Flores (2001) é uma ilusão, além das razões já mencionadas, porque a primeira é, necessariamente, objeto de uma revisão contínua e seus cânones são, certamente, mais ambíguos que os da justiça penal.

Por fim, é preciso perceber que as incoerências que notamos na aplicação do direito internacional dos direitos humanos por tribunais espanhóis, ingleses e chilenos também estão presentes em regras de direito internacional fora dos tribunais, e desde muito antes de a responsabilidade pela prática de crimes vir à tona. No caso do Chile, possivelmente, muito antes que grande parte desses crimes tivesse sido cometida. O direito internacional, com sua ideia de liberdade herdada do liberalismo, permitiu que os governos de exceção nos Estados latino americanos – Brasil, Uruguai, Chile, Paraguai etc – tivessem pleno reconhecimento internacional. Antes do Golpe Militar de 11 de setembro de 1973, o Chile era governado por um chefe de Estado eleito democraticamente (quaisquer que sejam as críticas a que possa estar sujeito por atitudes posteriores a sua eleição, o que não vem ao caso aqui). Salvador Allende liderava um governo de esquerda com grande apoio popular, embora com forte oposição, e os demais Estados o reconheciam como chefe legítimo do Estado chileno.

O golpe de Estado que assassinou Salvador Allende foi liderado por seu primeiro homem no exército chileno. A traição de Pinochet contra Allende contrariava não apenas o direito interno desse Estado, mas o próprio reconhecimento da República do Chile, de acordo com normas de direito internacional. Contudo, em poucos dias, a ‘comunidade internacional’ já considerava o traidor desse mesmo Estado o novo líder legítimo do Chile, com base nas mesmas normas internacionais.

---

<sup>182</sup> Tradução livre. No original: “*il modo migliore per non dimenticare è quello di celebrare un processo, dove i fatti storici vengono raccolti e filtrati attraverso un procedimento rigoroso di esame e valutazione*”

As incoerências são ainda mais óbvias se levarmos em conta a relação entre os Estados e povos em um espectro temporal mais amplo, como, aliás, impõe a racionalidade anamnética. Para além da ausência de autoridade moral da Espanha, que jamais condenou os responsáveis por crimes internacionais da ditadura franquista (1939-1975), é muito interessante que justamente esse país tenha sido o colonizador de diversas nações latino-americanas.<sup>183</sup> O Chile completou, em setembro de 2010, duzentos anos de independência política. Contudo, parece-me que há muitas dívidas não saldadas entre ex-metrópole e ex-colônia. Será que a relação de dominado-dominador se perpetua, para além dos já completos duzentos anos de independência chilena? Há indícios de que entre os dois povos existe algum ressentimento,<sup>184</sup> todavia esse é um problema que não posso enfrentar, já que exigiria uma investigação muito mais ampla que a realizada neste estudo. Seja como for, é significativo que a Espanha tenha colonizado o Chile, e esse fato não seria irrelevante se a memória desempenhasse um papel importante no nosso modo de pensar. Não podemos sequer excluir a possibilidade de que a crise estrutural mencionada no Manifesto de Historiadores esteja relacionada, mesmo que remotamente, à intensa exploração econômica exercida pela Espanha e pela Europa como um todo no continente americano e, especificamente, no Chile. Se essa responsabilidade existe, o direito internacional e suas regras ainda não conseguem enxergá-la.

---

<sup>183</sup> Dentre as muitas questões políticas suscitadas, eram particularmente sensíveis a que se referia à relação entre as potências europeias e suas ex-colônias e a que dizia respeito à adequação estratégica de interferir nos assuntos de Estados que enfrentavam transições políticas difíceis (BYERS, 2000).

<sup>184</sup> No Chile, costuma-se dizer que o idioma nacional é o “castellano”, e não espanhol, muito embora jamais tenham deixado de seguir as regras da Real Academia Espanhola. Algumas vezes fui repreendida pela minha desatenção, ao comentar que não dominava o “español” muito bem.

## CONCLUSÃO

Embora este trabalho volte-se muitas vezes ao passado, a preocupação presente desde o seu título está no futuro. Afinal, como aprender para o futuro? Esse questionamento perpassa toda a dissertação, sendo apresentado em dois momentos teóricos e um prático, desdobrados em três capítulos. A resposta que proponho a essa pergunta é que, para aprender para o futuro, é preciso antes aprender a olhar e enxergar o passado, pois ele nos oferece um rico material para enfrentar as aporias e perplexidades do presente e do porvir. O olhar dirigido ao passado não deve ser quer um olhar nostálgico, apegado às lembranças e triste, quer um olhar de desprezo, ávido por esquecimento e excessivamente alegre. Trata-se de um olhar informado por outro tipo de racionalidade. Um olhar cuidadoso, crítico e desejoso do aprendizado que amplie as possibilidades para o futuro.

A adoção de uma racionalidade anamnética justifica-se, inicialmente, por uma crítica à racionalidade moderna, que não foi capaz de realizar os objetivos do projeto moderno de mundo, mas não propõe o abandono de seus valores intrínsecos, tal qual a liberdade. A razão anamnética opõe-se a um conhecimento meramente abstrato que finque raízes apenas no futuro. Enquanto a razão moderna está comprometida com o esquecimento, a razão anamnética percebe os fenômenos históricos como verdadeiros desafios à razão, e por isso se vê obrigada a enfrentar aqueles eventos que a nossa razão moderna tende a ignorar. O não enfrentamento desses eventos, sobretudo relacionados ao sofrimento passado, é causador de arbitrariedades no uso público da história.

Para se falar em razão anamnética, é essencial compreender a memória como fenômeno complexo. Possivelmente, é devido a essa complexidade que a razão moderna não lida bem com o passado: ela pretende esquecer para o progresso, quando o esquecimento é, na verdade, indissociável do fenômeno mnemônico como um todo. Isso porque até as lembranças indisponíveis ou mesmo esquecidas seguem influenciando o comportamento humano e, portanto, o momento presente. Por isso, proponho a adoção de um conceito de memória amplo, abrangendo presenças e ausências do passado que, consciente ou inconscientemente, influenciam o momento presente, em rejeição ao sentido estrito da memória como lembrança ou consciência.

A razão anamnética encara o sofrimento passado de modo diferente da razão moderna. A vítima, então, aparece como figura central, cuja voz pode expressar um olhar peculiar sobre a realidade e revelar aspectos essenciais dela. O que a racionalidade anamnética não aceita é

que o mundo seja construído permanentemente virando as costas à experiência da vítima, e ressalta a relação de herança existente entre passado e presente, herança essa cujo fardo é sentido pela vítima. Por sua vez, a justiça moderna, fundada na razão moderna, é cega à injustiça herdada, fixando-se não na herança ou “dívida”, mas sim na culpa. Uma vez saldada a responsabilidade com base na culpa, a justiça estaria realizada, nada se transferindo às gerações futuras quanto a ela. Contrariamente, a justiça anamnética, fundada na razão anamnética, insiste na memória dos vencidos, não para punir vencedores, mas para restituir às vítimas sua memória, além de pretender extrair dela um aprendizado para a não repetição das mesmas injustiças no futuro.

Para situar a vítima em relação aos outros membros da sociedade, aí incluído, quando for o caso, o seu carrasco, proponho uma análise a partir da teoria do reconhecimento de Axel Honneth. Entendo que se trata de uma teoria rica tanto porque ela lida com o problema do desrespeito, quanto porque trabalha a questão das inter e autorrelações humanas. A desconsideração da memória da vítima pode ser entendida, nos termos da teoria, como um ato de desrespeito que tem por consequência uma crise na sua relação consigo mesma e, por conseguinte, com os demais membros da sociedade. Essa relação só pode ser resgatada uma vez que a sua demanda por memória seja satisfeita, ou seja, que um ato de justiça (anamnética) responda à injustiça sofrida.

Por ser a história uma disciplina especialmente preocupada com o passado, é fundamental para que se extraia do passado um aprendizado. Nessa tarefa, a história está adstrita por limitações éticas, sendo a principal delas a de não servir a nenhum fim particular. Evidentemente, a tarefa do historiador não permite que ele se afaste das particularidades, mas ao mesmo tempo exige abstrações e generalizações, sempre buscando evitar o apego nostálgico ao passado. O estudo da história tem muitas potencialidades, inclusive a de possibilitar um conhecimento mais autoconsciente do passado e, com isso, ampliar a liberdade de escolha em relação ao futuro. Se descobrimos que repetimos valores que deixamos de endossar, abre-se o espaço para novas reflexões e escolhas acerca desses valores.

Nas disciplinas jurídicas, e especialmente no direito internacional, a história foi frequentemente utilizada como modo de conferir autoridade a determinadas hipóteses, sem que os cuidados metodológicos da historiografia fossem levados em consideração. A ausência de conhecimento do passado da disciplina facilita a manipulação do discurso, criando a ilusão de neutralidades quando, em verdade, o direito internacional é uma técnica fortemente hegemônica cujos conceitos centrais não têm conteúdo fixo. Por outro lado, vários dos principais problemas quanto à distribuição dos bens materiais no mundo estão fora da



regulação do direito internacional e, ao mesmo tempo, são sustentados, discretamente, por ele. Uma análise histórica cuidadosa da disciplina poderia revelar, entre outras coisas, o modo como essas manipulações ocorrem ao longo da história e as injustiças ocasionadas por esses sistemas, conferindo maior capacidade crítica à disciplina.

Apesar de a razão anamnética, num primeiro momento, não implicar o abandono do valor moderno da liberdade, a discussão em torno do significado e importância da liberdade torna-se essencial quando, a partir da história, vemos surgir um ideal republicano de liberdade. Esse ideal, alternativo ao liberal, franqueia um espaço mais relevante à memória. Na república, são os valores da comunidade histórica concreta, escolhidos livremente a partir da vontade dos cidadãos, que fundamentam o sistema jurídico. Já na tradição liberal, o direito, e mormente *os* direitos, têm caráter pré-positivo, ainda que inseridos no sistema jurídico através da positivação. A tradição republicana sobrevive parcialmente no ideário político contemporâneo, ainda que conviva com uma predominância da tradição liberal. Todavia, dessa tradição não ficou o ideal de liberdade, praticamente abandonado, e suas origens, esquecidas.

A concepção moderna/liberal da liberdade a entende como sinônimo de ausência de interferência, ou seja, apenas a interferência efetiva na esfera de escolhas de alguém pode ser interpretada como uma restrição a sua liberdade. Já a liberdade republicana é colocada em termos de ausência de dominação. A dominação pode ser explicada em termos análogos à escravidão, em que uma pessoa (senhor ou soberano) tem o poder de interferir nas escolhas de outrem (escravo ou súdito). A mera ausência de interferência (o não exercício do poder de interferir) não é suficiente para configurar uma relação livre, pois as condições de não interferência, nesse caso, são precárias e podem ser alteradas com base em fatores alheios ao poder de decisão do dominado. As relações republicanas livres, por outro lado, devem ser entendidas sempre como relações entre cidadãos ou entre iguais, entre pessoas que podem ‘olhar nos olhos’ umas das outras.

A partir do conceito de liberdade republicana, defendo que o republicanismo é mais adequado para viabilizar o uso público da história. Isso ocorre, entre outras razões, porque no liberalismo a metafísica funciona como último recurso para fundamentar direitos, já que eles seriam externos à sociedade, o que determina um nível de precariedade ausente no ideal republicano. Por recorrer a valores pré-políticos, o argumento histórico – bem como qualquer outro argumento articulado politicamente – pode perfeitamente, em um momento de crise ou dificuldade na fundamentação de um direito tido por absoluto, ser abandonado. Enquanto a tradição liberal tem o universal como ponto de partida, a tradição republicana parte sempre do

particular, e ainda que possa almejar o universal, não pode impor o universal como um argumento a priori. Finalmente, porque o ideal de liberdade republicano é um ideal igualitário, ele impõe a desconstrução da dicotomia entre vítimas e carrascos, mas não apenas formalmente. Somente quando a vítima recupera a capacidade de olhar nos olhos do outro, dependendo para isso de chegar a uma autorrelação positiva, o ideal de liberdade é satisfeito.

A crítica que o ideal da liberdade republicana nos leva a fazer acerca do liberalismo tem uma expressão bastante forte no direito internacional, por envolver diversos de seus temas mais caros. A perda da liberdade pode ocorrer, segundo os moldes da tradição republicana, por uma interferência vinda de fora do Estado, que limite a liberdade do corpo político de cidadãos como um todo. Ao observarmos a realidade internacional sob o prisma dessa teoria, é fácil notar que a dominação entre Estados e outros atores internacionais existe de maneira intensa devido a assimetrias muito grandes de poder. Contudo, o próprio direito também contribui, sobretudo a partir da ideia pré-política de direitos humanos e a ideia correlata de constitucionalismo internacional, na solidificação dessas assimetrias. A linguagem dos direitos humanos tem o inconveniente de reduzir o debate sobre o *bem* a um debate sobre o *direito*, motivo porque exerce uma influência negativa na cultura política. A dimensão universal dos direitos esconde uma leitura particular e política sobre eles, promovida como universal. Embora os direitos possam ter como fim a não repetição de uma injustiça, sobretudo a partir da Segunda Guerra Mundial, uma constituição mundial repleta de direitos não é suficiente para garantir a liberdade republicana, se ela representa um tipo de imperialismo ou dominação que escraviza Estados inteiros.

No estudo do caso do Chile, proponho uma análise das decisões dos tribunais a partir de uma ótica informada por essas reflexões. Trata-se de um caso muito significativo e cuja repercussão internacional, sobretudo na fase dos tribunais estrangeiros, foi notória. Além disso, a prisão e a tentativa de julgamento de Pinochet não foram fenômenos isolados. Hoje, diversos princípios discutidos naqueles processos ganham força no direito internacional, como a ausência de imunidade de chefes e ex-chefes de Estado, imprescritibilidade de crimes contra a humanidade, aplicação de normas *jus cogens* etc. Por isso, a escolha desse caso específico não impede que se extraia dele consequências para o estudo do direito internacional como um todo, já que são as normas internacionais as mais invocadas pelos tribunais domésticos que participam do caso. Assim, estudar as decisões da Audiência Nacional na Espanha, da Câmara dos Lordes na Inglaterra, e das Cortes de Apelações e Suprema no Chile é um modo de estudar como o direito internacional é invocado por tribunais nacionais em casos envolvendo violações a direitos humanos.

No estudo desses casos, observei que, conforme o que foi estudado de maneira mais abstrata anteriormente, o direito internacional de tradição liberal e, em especial, a linguagem dos direitos humanos, não lidam bem com questões sobre memória. A tradição liberal do direito internacional é percebida na prática dos tribunais na medida em que não se nota qualquer preocupação com a vontade dos sujeitos envolvidos, seja na sua qualidade de cidadãos, seja quando assumem o papel de vítimas. A liberdade é um argumento raramente mencionado, e o foco principal das decisões está na busca da condenação dos culpados, o que é feito através de argumentos de caráter pré-positivos que, segundo entendo, reduzem muito a possibilidade de um enfrentamento mais profundo da questão, inclusive com a apuração das responsabilidades históricas de outros envolvidos nos fatos que motivam os processos. Essa maneira de aplicar o direito internacional não consegue lidar com a dominação que ainda está presente nas relações internas e internacionais, nem tampouco reconhecer a vítima e levar em consideração a sua memória. Assim sendo, o julgamento inconcluso de Pinochet e a condenação de culpados em outros processos não garante aquele olhar cuidadoso em direção ao passado, capaz de fazer a sua crítica e, quem sabe, nos ajudar a aprender para o futuro.

## REFERÊNCIAS

### I. Referências bibliográficas

AGAMBEN, Giorgio. *Che cos'è il contemporaneo?* Roma: Nottetempo, 2008.

AGO, Roberto. Positive Law and International Law. *American Journal of International Law*, v. 51, p. 691-773, 1957.

ÂNGELO, Milton. *Direitos humanos*. São Paulo: LED Editora de Direito, 1998.

ANGHIE, Antony. Rethinking Sovereignty in International Law. *Annual Review of Law and Social Science*, v. 5, p. 291-310, 2009.

ARENDT, Hannah. Culpabilidade organizada e responsabilidade universal. In: \_\_\_\_\_. *Compreensão e política e outros ensaios, 1930-1954*. Tradução: Miguel Serras Pereira. Lisboa: Relógio D'água Editores, 2001.

BASSIOUNI, M. Cherif. *International Criminal Law*. New York: Transnational Publishers, 1999. v. I.

BETTO, Frei. *Diário de Fernando*. Rio de Janeiro: Rocco, 2009.

BODEI, Remo. Adeus ao passado: memória histórica, esquecimento e identidade coletiva. In: \_\_\_\_\_. *Livro da memória e da esperança*. Trad. Letizia Zini Antunes. Bauru: EDUSC, 2004.

BORGES, Jorge Luis. Funes, o memorioso. In: *Obras completas I*. Trad. Carlos Nejar. São Paulo: Globo, 1998a. p. 539-546.

BORGES, Jorge Luis. Deutsches Requiem. In: *Obras completas I*. Trad. Flavio José Cardozo. São Paulo: Globo, 1998b, p. 641-646.

BOYLE, Alan; CHINKIN, Christine. *The Making of International Law*. Oxford: Oxford University Press, 2007.

- BROWNLIE, Ian. *Princípios de Direito Internacional Público*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.
- BYERS, Michael. The Law and Politics of the Pinochet Case. *Duke Journal of Comparative & International Law*, v. 10, p. 415-441, 2000.
- CASSESE, Antonio. *Los derechos humanos en el mundo contemporáneo*. Barcelona: Ariel, 1993.
- CASTRO, Marcus Faro de. *Política e relações internacionais: fundamentos clássicos*. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2005.
- CHARNOVITZ, Steve. Nongovernmental Organizations and International Law. *The American Journal of International Law*, v. 100, n. 2, p. 348-372, abr. 2006.
- CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 10 ed. São Paulo: Malheiros, 1994.
- CITTADINO, Gisele Guimarães. *Pluralismo, direito e justiça distributiva: elementos da filosofia constitucional contemporânea*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2000.
- COLANGELO, Anthony. Universal Jurisdiction as an International: "False conflict" of Laws. *Michigan Journal of International Law*. v. 30, p. 881-925, 2009.
- DAVID, René. *Os grandes sistemas do Direito contemporâneo*. São Paulo: Martins Fontes, 1998.
- DÉLANO, Manuel. La Corte de Apelaciones chilena desafuera a Pinochet por el 'caso Operación Cóndor'. *El País*, Santiago, 29 mai. 2004. Disponível em: <[http://www.elpais.com/articulo/internacional/Corte/Apelaciones/chilena/dsafuera/Pinochet/caso/Operacion/Condor/elpepiint/20040529elpepiint\\_7/Tes](http://www.elpais.com/articulo/internacional/Corte/Apelaciones/chilena/dsafuera/Pinochet/caso/Operacion/Condor/elpepiint/20040529elpepiint_7/Tes)>. Acesso em: 09 mar. 2011.
- DERBY, Dan. Enforcement of Nuremberg Norms: The Role of Mechanisms other than the ICC. In: REGINBOGIN, Herbert; SAFFERLING, Christoph (orgs.). *The Nuremberg Trials: international criminal law since 1945*. München: K.G. Saur München, 2006. p. 278-283
- DINH, Nguyen Quod; DAILLIER, Patrick; PELLET, Alain. *Direito Internacional Público*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2003.

DOMÉNECH, Rosa Medina. La importância del pasado em uma cultura de paz. In: DOMÉNECH, Rosa Medina. RUEDA, Beatriz Molina. GARCÍA-MIGUEL, Maria. (eds.) *Memoria y reconstrucción de la paz*. Madrid: Catarata, 2008.

DONNELLY, Jack. *Universal Human Rights in Theory and Practice*. Ithaca: Cornell University, 2003.

ERAZO, Jaime Lagos. *El "caso Pinochet" ante las Cortes britanicas*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1999.

FERRAJOLI, Luigi. *A soberania no mundo moderno*. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

FISHER III, William. Texts and Contexts: The Application to American Legal History of the Methodologies of Intellectual History. *Stanford Law Review*, v. 49, p. 1065-1110, 1996-1997.

FLORES, Marcello. Confrontare le atrocità: il ruolo dello storico. In: FLORES, Marcello (org.). *Storia, verità, giustizia: i crimini del XX secolo*. Milano: Bruno Mondadori, 2001, p. 379-392.

FRIEDRICH, Tatyana Scheila. *As normas imperativas de direito internacional público: jus cogens*. Belo Horizonte: Fórum, 2004, p. 150.

FUENTES, Ximena. International and domestic law: definitely an odd couple. *Revista Jurídica Universidad de Puerto Rico*, v. 77, n. 2, p. 483-505, 2008.

GALINDO, George Rodrigo Bandeira. Martti Koskenniemi and the Historiographical Turn in International Law. *The European Journal of International Law*, v. 16, n. 3, p. 539-559, 2005.

\_\_\_\_\_. *Force Field: On History and Theory of International Law*, 2011a (manuscrito não publicado).

\_\_\_\_\_. Constitutionalism forever. *Finnish Yearbook of International Law*, v. 21, 2011b (no prelo).

GIDDENS, Anthony. *As conseqüências da modernidade*. São Paulo: Unesp, 1991.

GREZ, Sergio; SALAZAR, Gabriel (compiladores). *Manifiesto de Historiadores*. Santiago: LOM Ediciones: 1999.

GUERRA, Bernardo Pereira de Lucena Rodrigues. *Direito Internacional dos Direitos Humanos: nova mentalidade emergente pós-1945*. Curitiba: Juruá, 2006.

GUSZMÁN, Patricio. *A Batalha do Chile: a luta de um povo sem armas*. Santiago: [s.n.], 1975. (documentário)

HOBBS, Thomas. *Leviathan*. [s.l.]: Nuvision Publications (eBook), 2004.

HONNETH, Axel. *Luta por reconhecimento: a gramática moral dos conflitos sociais*. São Paulo: Ed. 34, 2003.

HURELL, Andrew. *Order and Justice in International Relations: What is at Stake?* Nova York: Oxford University Press, 2003.

JULIÁ, Santos. *Memorias en lugar de memoria*. In: El país, 2-7-2006. Disponível em <[http://www.elpais.com/articulo/opinion/Memorias/lugar/memoria/elpepatec/20060702elpdm\\_gpan\\_3/Tes](http://www.elpais.com/articulo/opinion/Memorias/lugar/memoria/elpepatec/20060702elpdm_gpan_3/Tes)>. Acesso em: 18 dez. 2010.

KANT, Immanuel. *À paz perpétua*. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

\_\_\_\_\_. *Fundamentos da metafísica dos costumes e outros escritos*. São Paulo: Martin Claret, 2005.

KOSKENNIEMI, Martti. The effect of rights on political culture. In: ALSTON, Philip (ed.). *The EU and human rights*. Oxford: Oxford University Press, 1999.

\_\_\_\_\_. *The gentle civilizer of Nations: The Rise and Fall of International Law 1870-1960 – Hersch Lauterpacht Memorial Lectures*. Cambridge: Cambridge University Press, 2001.

\_\_\_\_\_. International Law and Hegemony. *Cambridge Review of International Affairs*, v. 17, n. 2, jul. 2004.

\_\_\_\_\_. *From Apology to Utopia*. Cambridge: Cambridge University Press, 2006.

LEÓN, Leonardo. Los combates por la historia. In: GREZ, Sergio; SALAZAR, Gabriel (compiladores). *Manifiesto de Historiadores*. Santiago: LOM Ediciones: 1999.

MAÍLLO, M<sup>a</sup>. Isabel. *Prensa, Derecho y Poder Político*. El caso Pinochet en España. Madrid: Dykinson, 2002.

MAQUIAVEL, Nicolau. *Comentários sobre a primeira década de Tito Lívio*. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1994.

\_\_\_\_\_. *The historical, political and diplomatic writings of Niccolo Machiavelli* (1882), vol. 2: The Prince, Discourses on the first ten Books of Titus Livius, Thoughts of a Statesman. The online library of liberty, 2004.

MATE, Reyes. En torno a una justicia anamnética. In: MARDONES, José M; MATE, Reyes (eds.). *La ética ante las víctimas*. Barcelona: Anthropos editorial, 2003.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Curso de Direito Internacional Público*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Curso de Direito Internacional Público*. 13 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

METZ, Johannes Baptist. *Por una cultura de la memoria*. Barcelona: Anthropos editorial, 1999.

MICHELMAN, Frank. Law's Republic. *Yale Law Journal*, v. 97, p. 1493-1537, 1987-1988.

MOISÉS, Cláudia Perrone. *Leis de Anistia face ao direito internacional: “desaparecimentos” e “direito à verdade”*, 2002. Disponível em: <<http://aldeiajuridica.incubadora.fapesp.br/portal/direito-publico/direito-internacional-penal/leis-de-anistia-face-ao-direito-internacional-2013-201cdesaparecimentos201d-e-201cdireito-a-verdade201d/>> Acesso em: 18 abr. 2008.

MONTESQUIEU. *The Spirit of Laws*. Kitchener: Batoche Books, 2001.

NIETZSCHE, Friedrich. *Genealogia da moral*. São Paulo: Companhia das Letras, 1998.



PAIXÃO, Cristiano. Violação dos direitos humanos no regime militar. *Correio Brasiliense*. Brasília, p. XX, 18 ago. 2008.

PETTIT, Philip. *Republicanism: A Theory of Freedom and Government*. New York: Oxford University Press, 1997.

\_\_\_\_\_. Keeping republican freedom simple: on a difference with Quentin Skinner. *Political Theory*, v. 30, p. 339-356, 2002.

\_\_\_\_\_. A Republican Law of Peoples. *European Journal of Political Theory*. v. 9, p. 70-94, 2010.

PINOCHET: Enemigo del Pueblo. La Nieta del Obrero Revolucionario. [S.l.]: 13 dez. 1998a. Disponível em: <[http://revcom.us/a/v20/980-89/986/pino\\_s.htm](http://revcom.us/a/v20/980-89/986/pino_s.htm)>. Acesso em 05 fev. 2010.

PINOCHET, Augusto. *Carta a los Chilenos*. Londres, dezembro de 1998b. Disponível em: <[http://es.wikisource.org/wiki/Carta\\_a\\_los\\_Chilenos,\\_de\\_Augusto\\_Pinochet](http://es.wikisource.org/wiki/Carta_a_los_Chilenos,_de_Augusto_Pinochet)>. Acesso em: 01 mar. 2011.

PIÑERA, Sebastián. *Sebastian Piñera defiende fervorosamente a Pinochet*. [s.l.]:[s.n.], 1998. Disponível em: <<http://www.youtube.com/watch?v=qNg1Pgqh9Rg>>. Acesso em: 05 fev. 2010.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. São Paulo: Max Limonad, 2004.

PLATÃO. *A república*. São Paulo: Rideel, 2005.

POCOCK, J.G.A. Quentin Skinner: the history of politics and the politics of history. *Common Knowledge*, v. 10, n. 3, p. 532-550, 2004.

RESINA, Joan Ramon. ¿Para qué la memoria? Consideraciones sobre una política del duelo. In: DOMÉNECH, Rosa Maria Medina et al (Eds). *Memória y reconstrucción de La paz*. Enfoques multidisciplinares en contextos mundiales. Madrid: Universidad de Granada/ La Catarata, 2008. pp. 31 a 40.

RESTA, Eligio. Tempo. In: \_\_\_\_\_. *Il diritto vivente*. Roma-Bari: Laterza, 2008.

RICOEUR, Paul. *A memória, a história, o esquecimento*. Campinas: Editora da Unicamp, 2007.

RIOUX, Jean Pierre. Pode-se fazer uma história do presente? In: CHAUVEAU, A. TÉTARD, Ph. (org.). *Questões para a história do presente*. Trad. Ilka Stern Cohen. Bauru: Edusc, 1999.

ROHT-ARRIAZA, Naomi. *The Pinochet Effect: transnational justice in the age of human rights*. Philadelphia: Penn, 2006.

SALVATI, Mariuccia. Il Novecento. In: PAVONE, Claudio (org.). *Novecento – i tempi della storia*. Roma: Donzelli, 2008.

SCHWÖBEL, Christine E. J. Organic Global Constitutionalism. *Leiden Journal of International Law*, v. 23, p. 529–553, 2010.

SELLERS, Mortimer. *Republican Legal Theory: The History, Constitution and Purposes of Law in a Free State*. Nova York: Palgrave Macmillan: 2003.

\_\_\_\_\_. *Republican principles in international law: the fundamental requirements of a just world order*. Nova York: Palgrave Macmillan: 2006.

SHKLAR, Judith. Montesquieu and the new republicanism. In: BOCK, Gisela. SKINNER, Quentin. VIROLI, Maurizio (orgs). *Maquiavelli and Republicanism*. Cambridge: Cambridge University Press, 1993.

SKINNER, Quentin. *Machiavelli's Discorsi and the pre-humanist origins of republican ideas*. In: BOCK, Gisela. SKINNER, Quentin. VIROLI, Maurizio (orgs). *Machiavelli and Republicanism*. Cambridge: Cambridge University Press, 1993.

\_\_\_\_\_. *As fundações do pensamento político moderno*. São Paulo: Companhia das Letras, 1996.

\_\_\_\_\_. *Liberdade antes do liberalismo*. São Paulo: Editora UNESP, 1999.

\_\_\_\_\_. *Maquiavelo*. Madrid: Alianza Editorial, 2008.

THOMPSON, Janna. Apology, justice and respect. In: GIBNEY, Mark et al. *The age of Apology*. Philadelphia: University of Pennsylvania Press, 2008. p. 31-44.

TODOROV, Tzvetan. Los usos de la memoria. In: \_\_\_\_\_. *Memoria del mal, tentación del bien – indagación sobre el siglo XX*. Barcelona: Península, 2002.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. Desafios para a efetiva proteção internacional dos direitos humanos. In: MEDEIROS, Antônio Paulo Cachapuz de (org.). *Desafios do direito internacional contemporâneo*. Brasília: Fundação Alexandre de Gusmão, 2007.

VARGAS, Daniel. *O renascimento republicano no constitucionalismo contemporâneo e os limites da comunidade*. 2005. 185 f. Dissertação (Mestrado). Programa de Pós-graduação em Direito, Estado e Constituição – Universidade de Brasília, Brasília.

VIROLI, Maurizio. *Republicanism*. Nova Iorque: Hill and Wang, 2002a.

\_\_\_\_\_. *O sorriso de Nicolau: história de Maquiavel*. São Paulo: Estação Liberdade, 2002b.

WEINRICH, Harald. *Lete: arte e crítica do esquecimento*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2001.

WINTER, Jay. A geração da memória: reflexões sobre o "boom da memória" nos estudos contemporâneos de história. In: SELIGMANN-SILVA, Márcio (org.). *Palavra e imagem: memória e escritura*. Chapecó: Argos, 2006.

## II. Referências documentais, legais e jurisprudenciais

AMNESTY INTERNATIONAL. The case of General Pinochet: Universal jurisdiction and the absence of immunity for crimes against humanity. Text of the *Amicus Curiae* submitted by Amnesty International - London to the Panel of Judges of the House of Lords. London, October, 1998. Disponível em: <<http://www.derechos.org/nizkor/chile/juicio/amicuse.html>>. Acesso em: 06 mar. 2011.

BRASIL. *Legislação de Direito Internacional*. Obra coletiva de autoria da Editora Saraiva com a colaboração de Antonio Luiz de Toledo Pinto, Márcia Cristina Vaz dos Santos Windt e Livia Céspedes. São Paulo: Saraiva, 2008. (Coleção Saraiva de Legislação).

CHILE. Decreto-Ley nº 5/73, de 12 de setembro de 1973. Declara que el estado de sitio decretado por conmoción interna debe entenderse “estado o tiempo de guerra”. Otras disposiciones. *Diario Oficial de la República de Chile, 22 de setembro de 1973*. Disponível em: <<http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=5664>>. Acesso em 14 mar. 2011.

CHILE. *Código Penal de 1974*. Disponible em:  
<<http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=1984>>. Acceso em: 23 mar. 2011.

CHILE. Decreto-Ley n° 2191/78, de 18 de abril de 1978. Concede amnistía a las personas que indica por los delitos que señala. *Diario Oficial de la República de Chile, 19 de abril de 1978*. Disponible em: <<http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=6849&idParte=&idVersion=1978-04-19>> . Acceso em 6 mar. 2011.

CHILE. Constitución Política de la República de Chile de 1980 (texto original). *Diario Oficial de la República de Chile*, 21 de Octubre de 1980. Disponible em: <[http://es.wikisource.org/wiki/Constituci%C3%B3n\\_Pol%C3%ADtica\\_de\\_la\\_Rep%C3%BAblica\\_de\\_Chile\\_de\\_1980\\_%28texto\\_original%29#DISPOSICIONES\\_TRANSITORIAS](http://es.wikisource.org/wiki/Constituci%C3%B3n_Pol%C3%ADtica_de_la_Rep%C3%BAblica_de_Chile_de_1980_%28texto_original%29#DISPOSICIONES_TRANSITORIAS)>. Acceso em: 07 mar. 2011.

CHILE. Ley n 18.825/89, de 17 de agosto de 1989. Modifica la Constitución de la República Política de Chile. *Diario Oficial de la República de Chile, 17 de agosto de 1989*. Disponible em:< <http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=30201&tipoVersion=0>>. Acceso em: 30 mar. 2011.

CHILE. Corte de Apelaciones de Santiago. Texto completo del fallo de la Corte de Apelaciones de Santiago por que se promueve el desafuero del Senador Vitalicio Augusto Pinochet Ugarte. Santiago, 05 de junio, 2000a. Disponible em: <<http://www.derechos.org/nizkor/chile/juicio/desafuero.html>>. Acceso em: 07 mar. 2011.

CHILE. Corte Suprema. Texto completo del fallo del pleno de la Corte Suprema por el que se acuerda el desafuero de Augusto Pinochet Ugarte. Santiago, 08 de agosto, 2000b. Disponible em: <<http://www.derechos.org/nizkor/chile/juicio/desafuero2.html>>. Acceso em 07 mar.

CHILE. Corte de Apelaciones de Santiago. Texto completo del Fallo por el que se declaró reo al General (R) Augusto Pinochet Ugarte. Santiago, 29 de enero, 2001. del año dos mil uno. Disponible em: <<http://www.derechos.org/nizkor/chile/juicio/reo.html>>. Acceso em: 07 mar. 2011.

CHILE. Sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, rol n° 2.182-98 Santiago, 5 de enero de 2004. (cópia digital)

CHILE. Decreto Supremo n° 100 de 17 de setiembre de 2005. Fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Constitución Política de la República de Chile. *Diario Oficial de la República de Chile, 22 de setiembre de 2005*. Disponible em:  
<<http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=242302>>. Acceso em: 07 mar. 2011.

CHILE. Sentencia de la Corte Suprema, rol nº 3125-04. Santiago, 13 de marzo de 2007. Disponível em: <[http://www.cecoch.cl/hm/revista/docs/estudiosconst/revistaano\\_5\\_1\\_hm/Sentencias%20\\_de%20la\\_corte%20s5\\_%201-2007.pdf](http://www.cecoch.cl/hm/revista/docs/estudiosconst/revistaano_5_1_hm/Sentencias%20_de%20la_corte%20s5_%201-2007.pdf)>. Acesso em: 14 mar. 2011.

CHILE. *Constitución Política de la República de Chile*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2010.

COMITÉ INTERNACIONAL DA CRUZ VERMELHA. Convenções de Genebra de 1949. Disponível em <<http://www.icrc.org/Web/por/sitepor0.nsf/html/genevaconventions>>. Acesso em: 14 mar. 2011.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso Velásquez Rodrigues vs. Honduras. *Sentencia de 29 de julio de 1988 (Fondo)*. Disponível em: <[http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_04\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_04_esp.pdf)>. Acesso em: 26 fev. 2011.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso Barrios Altos (Chumbipuma Aguire y otros vs. Peru). *Sentencia de 14 de marzo de 2001 (Fondo)*. Disponível em: <[http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec\\_75\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_75_esp.pdf)>. Acesso em: 26 fev. 2011.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile. *Sentencia de 26 de septiembre de 2006 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)*. Disponível em: <[http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_154\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_154_esp.pdf)>. Acesso em: 26 fev. 2011.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso Gomes Lund e outros (“Guerrilha do Araguaia”) vs. Brasil. *Sentença de 24 de novembro de 2010 (Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas)* Disponível em: <[http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_219\\_por.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_219_por.pdf)>. Acesso em: 26 fev. 2011.

ESPAÑA. Ley Orgánica 6/1985a, de 1 de Julio, del Poder Judicial. (Vigente hasta el 16 de mayo de 1999. Disponível em: <[http://noticias.juridicas.com/base\\_datos/Admin/lo6-1985.11t4.html](http://noticias.juridicas.com/base_datos/Admin/lo6-1985.11t4.html)>. Acesso em: 06 mar. 2011.

ESPAÑA. Ley Orgánica 6/1985b, de 1 de Julio, del Poder Judicial. (Vigente, con las modificaciones). Disponível em: <[http://noticias.juridicas.com/base\\_datos/Admin/lo6-1985.html](http://noticias.juridicas.com/base_datos/Admin/lo6-1985.html)>. Acesso em: 06 mar. 2011.

ESPAÑA. Audiencia Nacional. Juzgado Central n. 6. Texto de la denuncia presentada en España contra el General Pinochet y otros por genocidio y otros delitos, presentada en Valencia el 1 de julio, 1996. Disponível em: <<http://www.derechos.org/nizkor/chile/>>

juicio/denu.html>. Acesso em 05 mar. 2011.

ESPANHA. Audiencia Nacional. Juzgado Central n. 5. Auto por el que se decreta la prisión provisional incondicional y la orden de captura internacional de Augusto Pinochet Ugarte. Madrid, 16 de octubre de 1998a. Disponível em: <<http://www.derechos.org/nizkor/chile/juicio/captura.html>>. Acesso em: 05 mar. 2011.

ESPANHA. Audiencia Nacional. Juzgado Central n. 5. Auto Pidiendo la Extradición de Pinochet. Madrid, 3 Noviembre de 1998b. Disponível em: <<http://www.derechos.net/doc/auto31198>>. Acesso em: 05 mar. 2011.

ESPANHA. Audiencia Nacional. Sala de lo Penal. Auto confirmando la jurisdicción de España para conocer de los crímenes de genocidio y terrorismo cometidos durante la dictadura chilena. Madrid, 5 de noviembre de 1998c. Disponível em: <<http://www.derechos.org/nizkor/arg/espana/audi.html>>. Acesso em: 05 mar. 2011.

ESPANHA. Audiencia Nacional. Sala de lo Penal. Auto confirmando la jurisdicción de España para conocer de los crímenes de genocidio y terrorismo cometidos durante la dictadura argentina. Madrid, 4 de noviembre de 1998d. Disponível em: <<http://www.derechos.org/nizkor/arg/espana/audi.html>>. Acesso em: 05 mar. 2011.

ESPANHA. Audiência Nacional. Recurso de la Fiscalía contra el auto de 18oct98, por el que se amplió la prisión provisional de Augusto Pinochet Ugarte, alegando la falta de competencia de la jurisdicción española y eludiendo la figura de la conspiración y creación de organización criminal para eliminar al oponente. Madrid, 22 de octubre de 1998e. Disponível em: <<http://www.derechos.org/nizkor/chile/juicio/recurso4.html>>. Acesso em: 05 mar. 2011.

ESPANHA. Ley Orgánica 3/2005, de 8 de julio, de modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, para perseguir extraterritorialmente la práctica de la mutilación genital femenina. Disponível em: <[http://noticias.juridicas.com/base\\_datos/Penal/lo3-2005.html](http://noticias.juridicas.com/base_datos/Penal/lo3-2005.html)>. Acesso em: 06 mar. 2011.

ESPANHA. Ley Orgánica 13/2007, de 19 de noviembre, para la persecución extraterritorial del tráfico ilegal o la inmigración clandestina de personas. Disponível em: <[http://noticias.juridicas.com/base\\_datos/Penal/lo13-2007.html](http://noticias.juridicas.com/base_datos/Penal/lo13-2007.html)>. Acesso em: 06 mar. 2011.

ESPANHA. Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre, complementaria de la Ley de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina judicial, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial. Disponível em: <[http://noticias.juridicas.com/base\\_datos/Admin/lo1-2009.html](http://noticias.juridicas.com/base_datos/Admin/lo1-2009.html)>. Acesso em: 06 mar. 2011.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Estudo sobre a violência contra a criança*. [s.l.]: 2009. Disponível em: <<http://www.violencestudy.org/r229>>. Acesso em 15 ago. 2009.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. 925 million in chronic hunger worldwide. [s.l.]: 2010. Disponível em: <<http://www.fao.org/news/story/en/item/45210/icode/?utm>>. Acesso em: 08 mar. 2011.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *La inseguridad alimentaria en crisis prolongadas*. [s.l.]: 2011. Disponível em: <<http://www.fao.org/publications/sofi/es/>>. Acesso em: 08 mar. 2011.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Convenção Interamericana sobre o Desaparecimento Forçado de Pessoas. Adotada em Belém do Pará, Brasil, em 9 de junho de 1994. Disponível em: <<http://cidh.org/Basicos/Portugues/k.Desaparecimento.htm>>. Acesso em: 23 mar. 2011.

REINO UNIDO. House of Lords. Judgment Regina v. Bartle and the Commissioner of Police for the Metropolis and Others Ex Parte Pinochet; Regina v. Evans and Another and the Commissioner of Police for the Metropolis and Others Ex Parte Pinochet - On Appeal from a Divisional Court of the Queen's Bench Division. November, 25. 1998a. Disponível em: <<http://www.parliament.the-stationery-office.co.uk/pa/ld199899/ldjudgmt/jd981125/pino01.htm>>. Acesso em: 02 maio. 2008.

REINO UNIDO. House of Lords. Judgment In Re Pinochet. December, 17. 1998b. Disponível em: <<http://www.parliament.the-stationery-office.co.uk/pa/ld199899/ldjudgmt/jd990115/pino01.htm>> Acesso em: 02 maio. 2008.

REINO UNIDO. House of Lords. Judgment Regina v. Bartle and the Commissioner of Police for the Metropolis and Others Ex Parte Pinochet; Regina v. Evans and Another and the Commissioner of Police for the Metropolis and Others Ex Parte Pinochet - On Appeal from a Divisional Court of the Queen's Bench Division. May, 24. 1999. Disponível em: <<http://www.parliament.the-stationery-office.co.uk/pa/ld199899/ldjudgmt/jd990324/pino1.htm>> Acesso em: 02 maio. 2008.

REINO UNIDO. *State Immunity Act*, de 20 de julho de 1978. An Act to make new provision with respect to proceedings in the United Kingdom by or against other States; to provide for the effect of judgments given against the United Kingdom in the courts of States parties to the European Convention on State Immunity; to make new provision with respect to the immunities and privileges of heads of State; and for connected purposes. Disponível em: <[http://www.opsi.gov.uk/acts/acts1978/pdf/ukpga\\_19780033\\_en.pdf](http://www.opsi.gov.uk/acts/acts1978/pdf/ukpga_19780033_en.pdf)>. Acesso em: 02 mai. 2008.

REINO UNIDO. *Criminal Justice Act*, de 29 de julho de 1988. An Act to make fresh provision for extradition; to amend the rules of evidence in criminal proceedings; to provide for the reference by the Attorney General of certain questions relating to sentencing to the Court of Appeal [etc]. Disponível em:  
<[http://www.opsi.gov.uk/acts/acts1988/ukpga\\_19880033\\_en\\_1](http://www.opsi.gov.uk/acts/acts1988/ukpga_19880033_en_1)>. Acesso em: 02 maio. 2008.

REINO UNIDO. *Extradiction Act*, de 27 de julho de 1989. An Act to consolidate enactments relating to extradition under the Criminal Justice Act 1988, the Fugitive Offenders Act 1967 and the Extradition Acts 1870 to 1935, with amendments to give effect to recommendations of the Law Commission and the Scottish Law Commission. Disponível em:  
<[http://www.opsi.gov.uk/acts/acts1989/Ukpga\\_19890033\\_en\\_1](http://www.opsi.gov.uk/acts/acts1989/Ukpga_19890033_en_1)>. Acesso em: 02 mai. 2008

UNIÃO EUROPÉIA. Parlamento Europeu. *Resolução B4-0975/98*. Disponível em:  
<<http://www.derechos.org/nizkor/europa/parlamento/pino.html>>. Acesso em: 30 maio. 2008.