

JULGAR EM UM MUNDO EM TURBULÊNCIA: ENTREVISTA COM ANTOINE GARAPON*

José Carlos Garcia**

Antoine Garapon é um jurista francês bastante conhecido no Brasil e em todo o mundo. Magistrado, doutor em Direito, ex-juiz da infância, é animador do programa de rádio *O Bem Comum* (Rádio France Culture), diretor da coleção *Bem Comum*, da Editora Michalon, membro do Conselho Editorial da revista de filosofia *Esprit*, autor de inúmeros livros e artigos de Direito, publicados em vários idiomas (inclusive em português) e secretário-geral do Instituto de Altos Estudos sobre a Justiça, de Paris, em cuja sede concedeu esta entrevista exclusiva, em 23 de maio de 2012.

JOSÉ CARLOS GARCIA – Antoine, bom dia, obrigado pela oportunidade de fazer esta entrevista. Gostaria de lhe fazer algumas perguntas sobre o Direito e a Justiça neste momento da História em que nos encontramos. E começaria pela justiça transicional. A presidente Dilma Rouseff acaba de instalar no Brasil uma Comissão da Verdade, encarregada basicamente de investigar os crimes cometidos pela ditadura burocrático-militar de 1964-1985¹ (sequestros, torturas, assassinatos, desaparecimentos de corpos de opositores do regime). Aqueles que cometeram tais crimes, entretanto, não poderão ser responsabilizados criminalmente em virtude de uma lei de anistia aprovada pelo regime em 1979 e recentemente considerada constitucional pelo Supremo Tribunal Federal². A instalação desta comissão responde a uma pressão crescente da opinião pública no Brasil para que a verdade sobre os arquivos da ditadura possa ser conhecida pelo povo brasileiro, ainda que persistam resistências importantes de certos setores militares, sobretudo de oficiais mais antigos. O que se pode esperar, em sua opinião, de uma iniciativa como esta de nosso governo e que efeitos você acredita que ela possa produzir na democracia brasileira?

ANTOINE GARAPON – Esta me parece ser uma iniciativa muito importante, porque ela começa alguma coisa. Ela começa alguma coisa saindo de uma posição oficial não explícita³, de um recalçamento oficial, em razão de uma transição branda no Brasil. Veja-se que em outros países, como a Espanha, em que também há uma transição branda, ou mesmo onde não há de forma alguma um evento específico, mas há uma vontade de mudança – eu penso na situação marroquina –, se constata que o trabalho de verdade e reconciliação é mais sinuoso, mais difícil, porque não houve essa ruptura violenta com a ditadura. O que igualmente nos mostra o exemplo do Brasil.

O que me parece extremamente interessante e que deve nos levar a refletir muito além do Brasil, é que o Brasil inverte os termos tradicionais da justiça transicional. Quando pensávamos que a justiça era uma condição da reconciliação, o que nos mostra o exemplo brasileiro é que quando uma sociedade está já reconciliada, quando ela é próspera, quando ela conseguiu resolver alguns de seus problemas, é que ela pode de fato ver o

* Enviado em 17/7, aceito em 3/8/2012.

** Entrevista, tradução e notas. Mestre em Direito Constitucional – Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-Rio); Doutorando em Direito Constitucional (PUC-Rio); juiz federal. E-mail: jcgarcia@jfrj.jus.br.

que foi feito e pensar-se em termos de justiça. Foi um pouco o que se passou na França, onde reabrimos os arquivos de Vichy e da colaboração com os nazistas 50 anos depois, quando a França já estava reconciliada. De modo que aqui me parece haver uma similitude muito interessante entre França e Brasil.

Acho ainda que a justiça transicional é exageradamente concebida em termos de um “antes” e um “depois” da justiça transicional – há um momento de negação da memória, e então a justiça transicional e um “depois”. Na verdade, é mais complicado do que isso. Se nós falamos, por exemplo, do Cone Sul, onde estão os primeiros no mundo a fazer justiça transicional, o Chile, a Argentina, o Uruguai, o Peru – temos uma tendência a esquecê-los, porque eles não falam inglês etc., mas eles foram os primeiros a instalar essa ideia de justiça transicional – o que nos mostram estes exemplos? Que a justiça transicional não é um momento, é um trabalho político, e um trabalho político que não se consegue jamais efetivamente terminar. Veja o que se passa na Espanha: o governo Zapatero e o caso Garzón⁴ mostram que 50, 60, 70 anos depois da Guerra Civil Espanhola, nem tudo está resolvido. E é claro que nem tudo está resolvido, porque em nenhuma sociedade tudo está resolvido, nem na França tampouco nos Estados Unidos: lembro-me de que um senador democrata propôs uma comissão de verdade e reconciliação sobre a atitude das unidades militares americanas e a tortura. Então, nenhuma sociedade é inteiramente clara em relação ao seu passado. Por isso, o que considero importante na iniciativa da presidente Dilma Rousseff é que ela começa algo, algo que não se pode saber aonde leva, não se pode ainda saber onde terminará este processo.

No momento, os militares não podem diretamente ser postos em questão, o que me leva a outras duas observações. Há no Brasil, como em outros lugares, uma certa dissociação entre a verdade e a justiça, uma certa dissociação entre a justiça como verdade e a justiça como punição ou reparação. Isso quer dizer “saber o que se passou”. “Saber o que se passou” é sair do poder infinito do ditador, que tem a pretensão de exercê-lo inclusive sobre a realidade. É, finalmente, o próprio escarnecimento da ditadura, que pode tentar negar o que se passou, e assim esta comissão vai mostrar o que aconteceu. A primeira resistência que o mundo pode opor à ditadura é a resistência do fato, a obstinação pelo passado. Este passado aconteceu, nós podemos sabê-lo por testemunhos, através de procedimentos, e, assim, os fatos opõem a realidade, em sua consistência, ao desejo de poder total da ditadura.

Última observação, e que eu acho muito interessante no caso do Brasil – o Brasil é um país muito poderoso, que interessa a muitos, pois é o grande emergente latino do Cone Sul – e eu penso que esta comissão de verdade e reconciliação é uma forma de o Brasil entrar, não na História, o que seria extremamente estúpido da minha parte, mas de entrar no mundo; e, agora que é um país poderoso e em fase de expansão, aceitar reconhecer suas falhas, aceitar entrar no grande corpo dos países democráticos, que não concebem a soberania como uma majestade soberba, capaz de fechar os olhos sobre as páginas sombrias de sua história. Não. Veja os Estados Unidos e todo o trabalho que a opinião pública americana fez sobre a escravidão, ou sobre os índios, ou sobre sua conduta nas operações

no exterior de que falamos há pouco, todos os países do mundo têm suas passagens pouco gloriosas. E a verdadeira glória está em mirá-las, e não em negá-las.

JOSÉ CARLOS GARCIA - Você acaba de falar em países “emergentes”, e hoje em dia fala-se constantemente em países “emergentes”, em “Brics”⁵, como aqueles que representariam o futuro do mundo... Apesar disso, todos esses países - tanto quanto os europeus ou os EUA, como você acaba de dizer - têm graves contradições a resolver, sejam ecos do racismo, do stalinismo ou de ditaduras, sejam sistemas de castas, seja a falta de democracia num universo onde mercado e controle político centralizado se misturam, sejam ainda severas desigualdades sociais ou problemas de corrupção... Como você vê o “futuro emergente” e que papel as potências tradicionais, bem como estes novos atores, terão neste contexto, sobretudo em relação às condições de possibilidade da democracia, dos sistemas de proteção dos direitos do homem e das garantias constitucionais fundamentais?

ANTOINE GARAPON - Me parece que, em relação aos emergentes - e quando se fala em “emergentes” há esta fórmula de “Brics”, que foi criada por um banco, por razões econômicas -, tem-se a tendência de se polarizar pela dimensão econômica. Os “emergentes”, os Brics, são as potências econômicas em ascensão. Mas me parece que os Brics não devem ser vistos apenas neste nível econômico. Querer desempenhar um papel no mundo significa aceitar desempenhar um papel universal. Significa aceitar exercer uma atração moral, não apenas econômica, mas também moral e política, sobre o resto do mundo. E, quanto a isso, os Brics não estão todos em pé de igualdade. Se eu tomar o exemplo da África do Sul, que seria o mais simples, a África do Sul nos mostra uma transição sem grande violência, nos mostra a incrível sabedoria de homens extraordinários como Desmond Tutu, como Nelson Mandela, que se qualificam verdadeiramente como mestres espirituais do mundo, e nos mostra como um país, uma nação arco-íris⁶ procura viver em conjunto. O exemplo sul-africano projeta-se para muito além da África do Sul, ela se projeta sobre todos os países da África e do mundo.

Lembro-me de uma conversa com um amigo argelino, em que ele me dizia, “se na Argélia nós ao menos pudéssemos ter nos inspirado no exemplo sul-africano, talvez tivéssemos podido construir algo de mais positivo do que aquilo que se vê atualmente no meu país”. Agora, eu não sinto este mesmo desejo de um papel atrativo em um país como a Rússia, por exemplo, onde a brutalidade, o cinismo, parecem de uso exclusivamente interno. Já o caso da China é bem mais interessante, porque é mais ambíguo, porque há, no desenvolvimento da China, a vontade, que sinto ao falar com alguns chineses com quem tenho trabalhado, de contribuir para a ordem mundial para além da prosperidade chinesa, inventando um modo de desenvolvimento durável, uma gestão ecológica, e mesmo algum tipo de respeito pela diferença alheia... Há algo em gestação, ali.

Agora, o Brasil: o Brasil ocupa um lugar inteiramente particular, porque o Brasil, para um francês, para um latino, para um europeu, é certamente o país mais próximo de todo o Brics, mais próximo por sua cultura, por sua história. Acho que podemos dizer que o

Brasil é uma descolonização bem sucedida, é uma prosperidade que busca contribuir positivamente para a construção de uma nova ordem mundial. E neste sentido, me parece que o enriquecimento econômico, a prosperidade, o acesso ao estatuto não apenas de “emergente”, mas de “emergido”, de grande potência, será verdadeiramente atingido quando esta dimensão universal, universalista, não somente “global” neste sentido de um direito global, mas verdadeiramente mundial, for assumida pelo Brasil, que tem seus trunfos consideráveis, que lhe vêm precisamente de sua grande cultura, ao mesmo tempo ocidental, americana, ameríndia, do Sul e do Norte, que apreende também alguma coisa das instituições dos Estados Unidos... Me parece que aí há uma posição absolutamente original.

JOSÉ CARLOS GARCIA - Um pouco de França e de Europa, agora. Apesar da vitória da esquerda nas recentes eleições francesas, vimos também um resultado histórico para a extrema-direita: pela primeira vez, a Frente Nacional fez 18% dos votos numa eleição presidencial na França, em um quadro onde a abstenção foi muito importante. Na Grécia, um partido abertamente neonazista foi muito bem nas eleições. Parece tratar-se de uma consequência política historicamente recorrente em situações de crise econômica severa o crescimento da extrema-direita, da xenofobia, do racismo, atualmente do antiislamismo, ou do antisemitismo (de que o atentado de Toulouse é um exemplo). Tudo isso põe em questão o problema das desigualdades, dos preconceitos, da discriminação, dos jogos de inclusão/exclusão sociais. Qual sua opinião sobre os debates em curso atualmente na Europa sobre a crise e seus reflexos sobre os direitos do cidadão comum, dos trabalhadores - direito ao emprego, à educação, à saúde pública, mais recentemente mesmo à liberdade de movimento na Europa Unificada (já se fala em restringir a livre circulação de pessoas na zona do Tratado de Schengen). Existe uma “precarização” da condição europeia?

ANTOINE GARAPON - É uma questão que é muito dolorosa para um francês, esta que você apresenta. Ela me inspira várias observações. A primeira: a Europa está num curso descendente, o que é novo para ela. Desde a Renascença, a Europa se situa numa via ascendente, ou seja, ela representa o progresso, a construção da modernidade, que ela construiu, e que é um papel absolutamente eminente, ligado a uma ideia de enriquecimento contínuo e de aperfeiçoamento da democracia. Hoje, constatamos que a Europa está em pane. Não nos esqueçamos de que a União Europeia nasce de um solapamento da Europa pela guerra europeia. A Europa estava à beira do suicídio, com esta guerra terrível que foi a 1ª Guerra Mundial, com esta dimensão de genocídio da 2ª Guerra Mundial, mas para além do genocídio havia esta ideia de que a Europa havia enlouquecido, que ela esgotava a si mesma através desta guerra. Então, há uma certa decadência da Europa no sentido de que o centro de gravidade não está mais na Europa, de que ele não poderia estar mais nos EUA, de que ele se deslocou para a China, ele está no mundo, ele está em tensão entre todos esses polos, aí compreendidos o mundo árabe e a África.

Uma pequena ressalva, que é importante e bastante problemática para a esquerda francesa: nós estamos sobretudo numa fase regressiva, ou seja, coisas que nós pensávamos que definitivamente já não existiam mais na Europa, como o antissemitismo, como a busca de um bode expiatório, voltam de novo à agenda política. Isso é um pouco desencorajador, porque o que nós vemos de fato é um movimento paradoxal de recuo identitário baseado na comunidade, ou na religião. Isso não faz muito sentido num país como a França, porque não há propriamente uma identidade francesa substancial: a França foi sempre um cruzamento de identidades e populações, e os franceses são o produto dessa mistura, desse aporte profundamente crioulo, sua identidade é de natureza política, não étnica. Mas me parece que o que há de mais chocante é a crise e a dualização. Nesta crise, vemos o retorno de uma grande pobreza, o retorno mesmo de algumas favelas na França, o que não víamos há mais de 50 anos, e isto é particularmente doloroso para a França, porque o que caracteriza esse país na Europa é essa paixão particular pela igualdade.

Mas também não gostaria de parecer tão pessimista, porque isso seria justamente fazer o jogo da direita e da extrema-direita. Não. Parece-me que o nosso futuro reside na construção de uma Europa que se pense tanto para dentro quanto para fora. Tivemos até aqui uma Europa que esteve sempre muito centrada sobre si mesma, que construiu um mercado comum, que construiu normas e princípios comuns. E, então, os juízes de Luxemburgo e os juízes de Estrasburgo tinham de deixar um pouco de lado a legislação nacional para abrir um mercado. Hoje, a Europa precisa fazer um movimento inverso: ela deve se abrir para o interior, mas se fechar um pouco ao exterior. Ela deve se fechar ao exterior do ponto de vista sobretudo econômico, do ponto de vista de política exterior, talvez também do ponto de vista da imigração, há que se ver, esta é uma questão que eu não recuso, que não me amedronta. Mas isso é algo novo, me parece que a Europa precisa ter uma política industrial, precisa ter uma política em relação ao mundo árabe, uma política em relação à China, em relação à Rússia, e precisa tê-las enquanto entidade política. Nós estamos numa fase de transição, muito amarga, muito dolorosa, a decadência não é de modo algum uma fatalidade. Mas o que torna a crise mais dolorosa é que nós paramos no meio do caminho, de onde não podemos sair, nós europeus, como o fazíamos antes, e o que é totalmente novo, na França como na Europa, é considerar-se como a parte doente do mundo.

JOSE CARLOS GARCIA - Todos estes desafios dos quais falamos parecem pôr em questão ao mesmo tempo a forma tradicional de fazer política, de participar da *polis*. Ao mesmo tempo em que muitos cidadãos não querem mais votar ou participar da política no sentido tradicional, constata-se um crescimento de movimentos como os "Indignados" ou o "Partido Pirata", por exemplo. Você acredita que se trata de uma "onda" recorrente de desilusão em face da política em geral ou, ao contrário, você imagina que esses novos movimentos podem ajudar a construir uma nova ordem jurídica, uma nova "plataforma" de direitos e, desta maneira, a mudar a forma pela qual se compreendem hoje os direitos, ou mesmo o Direito e o Estado?

ANTOINE GARAPON - A sua questão, que é muito profunda, exige uma resposta nuançada, porque eu acredito que os Indignados, ou o Partido Pirata, ou a abstenção, ou se considerarmos a Revolução Árabe, o papel dos blogueiros e da internet, penso que eles são o sinal de uma transformação da paisagem política, que já não se pode pensar unicamente dentro das fronteiras nacionais, porque os problemas já não estão apenas dentro das fronteiras nacionais. Essa é uma diferença essencial. Isso quer dizer que, na mundialização, aqueles às custas de quem se realizou o enriquecimento dos últimos anos não pertencem à mesma comunidade política que os que enriqueceram. Antes havia na França, e imagino que seja a mesma coisa no Brasil, havia escravos e patrões, eles viviam no mesmo país, eles estavam condenados a viver juntos. Hoje há uma capacidade de secessão que modifica inteiramente o contexto. Hoje é possível trabalhar e fazer enriquecer não alguém que continuará a viver ao seu lado, ainda que com uma escandalosa fortuna, mas de enriquecer alguém em Moscou, Hong Kong ou Joanesburgo. Então o que acontece hoje é que, em um mundo onde é a concorrência econômica que ocupa um papel central, o princípio mesmo do poder abandonou a soberania. Para lhe dar um exemplo que mexeu muito comigo, para nos fazer refletir: tenho um amigo que é conselheiro na Corte de Cassação na França, e que me dizia “hoje o poder não está mais nas empresas, quando os *hedge funds*⁸ assumem o controle de uma empresa, eles não ingressam no conselho de administração”. Isso significa que o poder atingiu um grau de informalização, de deslocamento, de desespacialização, que o torna indefinível. E, contudo, serão estes mesmos *hedge funds* que exercerão pressão sobre os governos. Estamos em uma situação que é extremamente nova. Pessoalmente, essa novidade me entusiasma, eu a vejo como um desafio, não como uma fatalidade negativa. É assim que reaprendemos a fazer política juntos, nós não podemos fingir que não temos diferenças ou tensões entre brasileiros, chineses, franceses, isso não é verdade, mas em compensação, nós podemos fazer política juntos⁹. Uma das questões em jogo na Rio + 20, que vai ocorrer em junho¹⁰, no Rio, é precisamente saber como fazemos não para celebrar convenções internacionais, ou fazer o Direito Internacional, mas como podemos viver juntos, como nos projetamos juntos nesta Terra da qual somos todos co-locatários, sem constituirmos uma mesma entidade política¹¹. Somos todos membros, às vezes favorecidos, outras extremamente desfavorecidos, de um mesmo empreendimento econômico, mas não construímos uma *polis* comum. Então, me parece que é necessário reconstruir uma política que não vá se substituir ao Estado, mas que vai completar, reorganizar a forma do Estado; e para isso os Indignados, os blogueiros, o Partido Pirata, sinalizam alguma coisa muito mais do que a destroem. Eles sinalizam esta necessidade, mas penso que as ONGs a constroem mais do que o Partido Pirata: as ONGs transnacionais que de alguma maneira assumem a mesma forma das empresas, que são empresas a-econômicas, são um pouco como eram as entidades transnacionais como a Igreja, na Idade Média. Acho que há formas que são muito impressionantes, e, última questão, que me interessa particularmente, eu ressalto que nesta construção “bricolada”¹² de um espaço político

comum, o juiz desempenha um papel extremamente importante. Não apenas o juiz internacional – sim, isso também pode ser –, mas todos os juízes nacionais, porque eles são os terceiros incluídos.¹³ Os juízes são terceiros em todos os países democráticos, onde há juízes de verdade, não marionetes, não farsantes prontos a executar uma vontade política. Nós vemos decisões dos tribunais de Xangai, de Copenhague, da África do Sul, do Brasil, dos Estados Unidos, muitas dos Estados Unidos, que são equivalentes¹⁴, que se informam corretamente, que produzem julgamentos que se tornam informações do mercado e que constroem os delineamentos, os fundamentos, os princípios comuns, como a recusa à corrupção, a recusa ao trabalho infantil, um mínimo de respeito ao meio-ambiente. Digamos que as ONGs, neste mecanismo em que as coisas se produzem atualmente, através dos juízes, através da opinião pública e da mídia, constituem-se, em minha opinião, como atores chamados a desempenhar um papel.

JOSÉ CARLOS GARCIA – E com todos estes problemas e questões nada fáceis, crise econômica, crise política, crise das representações, crise dos movimentos sociais, crise do Direito, crise do meio-ambiente, crise da identidade humana... o que é ser juiz, hoje? O que é o ato de julgar? O que podemos esperar dos juízes e do Poder Judiciário neste contexto? Retomando o nome de um recente seminário na Escola Nacional de Magistratura, o que é “o ato de julgar frente a uma tal tormenta da história”?

ANTOINE GARAPON – O juiz encontra-se numa situação bastante atípica, bastante particular, porque ele recebe um duplo mandato. Ele é mandatário do Estado, que lhe paga, lhe forma, lhe dá sua função e lhe atribui uma parcela de seu poder, para ser eventualmente utilizada até contra ele mesmo, Estado. Mas ele tem também um título universal para julgar. Há uma porção universal no ato de julgar, porque o juiz irá submeter o caso que lhe é trazido a princípios de justiça universal. Não falo de direito natural, às vezes estes princípios são mínimos, são apenas essenciais, mas eles se apresentam como princípios universais. Sem eles, não há juiz: pode haver um consultor jurídico, um funcionário, um agente de poder, mas não um juiz. Ele apenas se torna juiz à condição de atingir esta dimensão universal em cada um de seus julgamentos. E, neste sentido, ele é muito mais universalizável do que o são os dois outros poderes de Montesquieu, que são o Poder Executivo e o Poder Legislativo.

Nós poderíamos dizer que ainda há a opinião pública. O poder da opinião pública atinge a universalidade pela emoção, pelo sofrimento, pela recusa da morte, pela recusa do sofrimento. Mas é um poder desorganizado, um poder que não é estruturado pela linguagem, como o é a Justiça. Então eu penso que esta porção universal do ato de julgar é a parte sobre a qual se apoia a Justiça e se apoia a construção do mundo. Eu trabalho muito com a globalização, encontro juízes de vários países do mundo, e fico impressionado com este traço comum que encontramos ao menos entre os verdadeiros juízes. Se tomarmos o país mais deserdado, mais corrompido, encontraremos um juiz dedicado a fazer justiça ou fazer um pouco mais de justiça. Penso em colegas da Corte Suprema do Zimbábue ou em um juiz russo de um tribunal de 1ª instância de Moscou, que trabalhou

no caso Khodorkovsky¹⁵, juízes que resistem à opressão. Aí me parece haver qualquer coisa de extremamente importante, e que deveria fazer refletir aos juízes do mundo inteiro sobre qual é a responsabilidade indissociável de um juiz quando traz uma solução justa, não apenas legal, mas justa, ao mais insignificante litígio entre dois vizinhos, ou entre um casal, ou a uma questão de herança - e a atividade do juiz atinge, desta forma, essa dimensão universal.

Notas

¹ De fato, a Comissão Nacional da Verdade foi criada pela Lei nº 12.528/2011 com a finalidade de examinar e esclarecer as graves violações de direitos humanos praticadas no período fixado no art. 8º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT), a fim de efetivar o direito à memória e à verdade histórica e promover a reconciliação nacional. O art. 8º do ADCT, por sua vez, concede anistia aos que, no período entre 18/9/1946 e 5/10/1988, foram atingidos, em decorrência de motivação exclusivamente política, por atos de exceção, institucionais ou complementares, ou outros textos normativos lá indicados. Entretanto, a maior parte dos casos a serem investigados pela Comissão são inequivocamente ligados à ditadura de 1964-1985.

² É a seguinte a ementa da decisão do Supremo Tribunal Federal na Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 153, ajuizada pela Ordem dos Advogados do Brasil: "LEI Nº 6.683/79, A CHAMADA 'LEI DE ANISTIA'. ARTIGO 5º, CAPUT, III E XXXIII DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL; PRINCÍPIO DEMOCRÁTICO E PRINCÍPIO REPUBLICANO: NÃO VIOLAÇÃO. CIRCUNSTÂNCIAS HISTÓRICAS. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E TIRANIA DOS VALORES. INTERPRETAÇÃO DO DIREITO E DISTINÇÃO ENTRE TEXTO NORMATIVO E NORMA JURÍDICA. CRIMES CONEXOS DEFINIDOS PELA LEI Nº 6.683/79. CARÁTER BILATERAL DA ANISTIA, AMPLA E GERAL. JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NA SUCESSÃO DAS FREQUENTES ANISTIAS CONCEDIDAS, NO BRASIL, DESDE A REPÚBLICA. INTERPRETAÇÃO DO DIREITO E LEIS-MEDIDA. CONVENÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS CONTRA A TORTURA E OUTROS TRATAMENTOS OU PENAS CRUÉIS, DESUMANOS OU DEGRADANTES E LEI Nº 9.455, DE 7 DE ABRIL DE 1997, QUE DEFINE O CRIME DE TORTURA. ARTIGO 5º, XLIII DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. INTERPRETAÇÃO E REVISÃO DA LEI DA ANISTIA. EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 26, DE 27 DE NOVEMBRO DE 1985, PODER CONSTITUINTE E 'AUTO-ANISTIA'. INTEGRAÇÃO DA ANISTIA DA LEI DE 1979 NA NOVA ORDEM CONSTITUCIONAL. ACESSO A DOCUMENTOS HISTÓRICOS COMO FORMA DE EXERCÍCIO DO DIREITO FUNDAMENTAL À VERDADE. 1. Texto normativo e norma jurídica, dimensão textual e dimensão normativa do fenômeno jurídico. O intérprete produz a norma a partir dos textos e da realidade. A interpretação do direito tem caráter constitutivo e consiste na produção, pelo intérprete, a partir de textos normativos e da realidade, de normas jurídicas a serem aplicadas à solução de determinado caso, solução operada mediante a definição de uma norma de decisão. A interpretação/aplicação do direito opera a sua inserção na realidade; realiza a mediação entre o caráter geral do texto normativo e sua aplicação particular; em outros termos, ainda: opera a sua inserção no mundo da vida. 2. O argumento descolado da dignidade da pessoa humana para afirmar a invalidade da conexão criminal que aproveitaria aos agentes políticos que praticaram crimes comuns contra opositores políticos, presos ou não, durante o regime militar, não prospera. 3. Conceito e definição de 'crime político' pela Lei nº 6.683/79. São crimes conexos aos crimes políticos 'os crimes de qualquer natureza relacionados com os crimes políticos ou praticados por motivação política'; podem ser de 'qualquer natureza', mas [i] não de terem estado relacionados com os crimes políticos ou [ii] não de terem sido praticados por motivação política; são crimes outros que não políticos; são crimes comuns, porém [i] relacionados com os crimes políticos ou [ii] praticados por motivação política. A expressão crimes conexos a crimes políticos conota sentido a ser sindicado no momento histórico da sanção da lei. A chamada Lei de anistia diz com uma conexão *sui generis*, própria ao momento histórico da transição para a democracia. Ignora, no contexto da Lei nº 6.683/79, o sentido ou os sentidos correntes, na doutrina, da chamada conexão criminal; refere o que 'se procurou', segundo a inicial, vale dizer, estender a anistia criminal de natureza política aos agentes do

Estado encarregados da repressão. 4. A lei estendeu a conexão aos crimes praticados pelos agentes do Estado contra os que lutavam contra o Estado de exceção: daí o caráter bilateral da anistia, ampla e geral, que somente não foi irrestrita porque não abrangia os já condenados - e com sentença transitada em julgado, qual o Supremo assentou - pela prática de crimes de terrorismo, assalto, seqüestro e atentado pessoal. 5. O significado válido dos textos é variável no tempo e no espaço, histórica e culturalmente. A interpretação do direito não é mera dedução dele, mas sim processo de contínua adaptação de seus textos normativos à realidade e seus conflitos. Mas essa afirmação aplica-se exclusivamente à interpretação das leis dotadas de generalidade e abstração, leis que constituem preceito primário, no sentido de que se impõem por força própria, autônoma. Não àquelas, designadas leis-medida (*Massnahmegesetze*), que disciplinam diretamente determinados interesses, mostrando-se imediatas e concretas, e consubstanciam, em si mesmas, um ato administrativo especial. No caso das leis-medida interpreta-se, em conjunto com o seu texto, a realidade no e do momento histórico no qual ela foi editada, não a realidade atual. É a realidade histórico-social da migração da ditadura para a democracia política, da transição conciliada de 1979, que há de ser ponderada para que possamos discernir o significado da expressão crimes conexos na Lei nº 6.683. É da anistia de então que estamos a cogitar, não da anistia tal e qual uns e outros hoje a concebem, senão qual foi na época conquistada. Exatamente aquela na qual, como afirma inicial, 'se procurou' [sic] estender a anistia criminal de natureza política aos agentes do Estado encarregados da repressão. A chamada Lei da anistia veicula uma decisão política assumida naquele momento - o momento da transição conciliada de 1979. A Lei nº 6.683 é uma lei-medida, não uma regra para o futuro, dotada de abstração e generalidade. Há de ser interpretada a partir da realidade no momento em que foi conquistada. 6. A Lei nº 6.683/79 precede a Convenção das Nações Unidas contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes - adotada pela Assembléia Geral em 10 de dezembro de 1984, vigorando desde 26 de junho de 1987 - e a Lei nº 9.455, de 7 de abril de 1997, que define o crime de tortura; e o preceito veiculado pelo artigo 5º, XLIII da Constituição - que declara insuscetíveis de graça e anistia a prática da tortura, entre outros crimes - não alcança, por impossibilidade lógica, anistias anteriormente a sua vigência consumadas. A Constituição não afeta leis-medida que a tenham precedido. 7. No Estado Democrático de Direito o Poder Judiciário não está autorizado a alterar, a dar outra redação, diversa da nele contemplada, a texto normativo. Pode, a partir dele, produzir distintas normas. Mas nem mesmo o Supremo Tribunal Federal está autorizado a reescrever leis de anistia. 8. Revisão de lei de anistia, se mudanças do tempo e da sociedade a impuserem, haverá - ou não - de ser feita pelo Poder Legislativo, não pelo Poder Judiciário. 9. A anistia da lei de 1979 foi reafirmada, no texto da EC 26/85, pelo Poder Constituinte da Constituição de 1988. Daí não ter sentido questionar-se se a anistia, tal como definida pela lei, foi ou não recebida pela Constituição de 1988; a nova Constituição a [re]instaurou em seu ato originário. A Emenda Constitucional nº 26/85 inaugura uma nova ordem constitucional, consubstanciando a ruptura da ordem constitucional que decaiu plenamente no advento da Constituição de 5 de outubro de 1988; consubstancia, nesse sentido, a revolução branca que a esta confere legitimidade. A reafirmação da anistia da lei de 1979 está integrada na nova ordem, compõe-se na origem da nova norma fundamental. De todo modo, se não tivermos o preceito da lei de 1979 como ab-rogado pela nova ordem constitucional, estará a coexistir com o § 1º do artigo 4º da EC 26/85, existirá a par dele [dicação do § 2º do artigo 2º da Lei de Introdução ao Código Civil]. O debate a esse respeito seria, todavia, despicando. A uma por que foi mera lei-medida, dotada de efeitos concretos, já exauridos; é lei apenas em sentido formal, não o sendo, contudo, em sentido material. A duas por que o texto de hierarquia constitucional prevalece sobre o infraconstitucional quando ambos coexistam. Afirmada a integração da anistia de 1979 na nova ordem constitucional, sua adequação à Constituição de 1988 resulta inquestionável. A nova ordem compreende não apenas o texto da Constituição nova, mas também a norma-origem. No bojo dessa totalidade - totalidade que o novo sistema normativo é - tem-se que '[é] concedida, igualmente, anistia aos autores de crimes políticos ou conexos' praticados no período compreendido entre 2 de setembro de 1961 e 15 de agosto de 1979. Não se pode divisar antinomia de qualquer grandeza entre o preceito veiculado pelo § 1º do artigo 4º da EC 26/85 e a Constituição de 1988. 10. Impõe-se o desembaraço dos mecanismos que ainda dificultam o conhecimento do quanto ocorreu no Brasil durante as

décadas sombrias da ditadura” (BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *ADPF nº 153*, Relator: Min. Eros Grau, Tribunal Pleno, julgado em 29/4/2010, DJe-145, 6/8/2010).

³ No original, “en sortant d’un non-dit officiel”.

⁴ O ex-juiz espanhol Baltasar Garzón, mundialmente célebre por medidas contra violadores de direitos humanos (como o ditador chileno Augusto Pinochet, cuja prisão ele determinou em 1998), foi punido pelo Tribunal Supremo da Espanha em fevereiro de 2012, ficando inabilitado para a magistratura por 11 anos. A motivação formal para esta penalidade foi sua participação num rumoroso caso de escutas ilegais em uma investigação de corrupção, mas muitos consideram que sua posição de investigar o desaparecimento de 114 mil pessoas durante a Guerra Civil Espanhola e o regime franquista, contrariando a lei de anistia de 1977, tenha contribuído decisivamente para este desfecho (apesar de Garzón ter sido formalmente absolvido por seis votos a um desta acusação poucos dias depois de sua penalização no caso das escutas). A íntegra dessas sentenças pode ser encontrada na página oficial do Poder Judicial espanhol, nos seguintes endereços: a) sentença condenatória com inabilitação por onze anos: <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder_Judicial/Tribunal_Supremo/Noticias_Judiciales/Tribunal_Supremo__Sentencia_del_caso_Pelaez_Crespo_y_Correa_vs_Garzon_por_prevaricacion_judicial_con_violacion_de_las_garantias_constitucionales>; sentença absolutória no caso da investigação dos desaparecimentos durante o franquismo: <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder_Judicial/Tribunal_Supremo/Sala_de_prensa/Documentos_de_Interes/Tribunal_Supremo__Sentencia_del_caso_Manos_Limpias_y_Asociacion_Libertad_e_Identidad_vs_Baltasar_Garzon_por_prevaricacion_judicial_STS_101_2012>.

⁵ A sigla, formada pelas maiores economias ‘emergentes’ – Brasil, Rússia, Índia e China – foi cunhada pelo economista inglês Jim O’Neill em 2001 e originalmente não contemplava a África do Sul, incluída na expressão em 2011 (com o “S” de South Africa).

⁶ “Nação arco-íris” é uma expressão utilizada pelo bispo Desmond Tutu, prêmio Nobel da Paz de 1984, para expressar o desejo de uma África do Sul pós-apartheid sem discriminações raciais ou de qualquer espécie, um país multiétnico e multicultural.

⁷ Na manhã de 19/3/2012, um homem abriu fogo indiscriminadamente em frente à escola Ozar Hatorah, da comunidade judaica de Toulouse, no sul da França. No atentado, foram mortos um rabino e professor da escola, de 30 anos, seus dois filhos, de 3 e 6 anos, e uma menina de 8 anos, ferindo-se gravemente um rapaz de 15. O suspeito, um francês de 24 anos chamado Mohamed Merah, acabou sendo morto poucos dias depois, durante um cerco promovido pelo *Recherche, Assistance, Intervention, Dissuasion* (RAID), unidade de elite da polícia francesa.

⁸ Segundo matéria da *Folha de S. Paulo Online* de 5/12/2008, “os chamados ‘hedge funds’ estão entre as aplicações financeiras mais agressivas disponíveis no mercado de capitais. Em geral, o gestor de um fundo de investimento precisa perseguir algum índice de referência. Nos fundos de renda variável, em regra, é o índice Ibovespa. Nos fundos cambiais, a cotação do dólar comercial. Nos ‘hedge funds’, a principal meta do gestor é conseguir o maior retorno possível para os recursos aplicados, aplicando nos mais diversos ativos financeiros: moedas, ações de mercados emergentes, ou títulos de dívida pública que rendem a juros altos, como no Brasil. “Muitos ‘hedge funds’ procuram investir em todos os tipos de mercado, com o uso de alavancagem e outras práticas de investimento especulativas que podem aumentar o risco de perdas das aplicações”, sintetiza o SEC, o órgão responsável pela fiscalização do mercado de capitais nos EUA. Os conceitos chave para entender os ‘hedge funds’ são, portanto, ‘agressividade’, ‘risco elevado’ e, principalmente, ‘alavancagem’: a prática de tomar recursos no sistema bancário para aumentar (alavancar) a aposta numa operação financeira, buscando maximizar os ganhos. Os ‘hedge funds’ são voltados para investidores ricos e sofisticados, e como regra geral, são caracterizados pelo sigilo de suas aplicações e pela regulamentação ‘tímida’. Eles ganharam as manchetes de jornais, no entanto, na final da década de 90 com a quebra do famoso ‘Long Term Capital Management’ (o ‘LTCM’, como ficou conhecido à época). Um dos maiores ‘hedge funds’ da época, o LTCM desabou sob o peso de um rombo de US\$ 9 bilhões. Com a grife de dois prêmios Nobel de Economia em seu quadro societário (Robert Merton e Myron Scholes), o LTCM fazia aplicações arriscadas em mercados emergentes, propiciando a seus investidores retornos superiores a 40% entre 1995 e 1996. A crise da Rússia, que decretou uma moratória em 1998,

pulverizou as operações do LTCM, que viu seu capital minguar de US\$ 4,6 bilhões para US\$ 600 milhões entre janeiro e setembro daquele ano. Para impedir que as perdas do LTCM se espalhassem pelo sistema bancário, o Federal Reserve (banco central dos EUA) coordenou uma operação de resgate, em que 16 bancos injetaram US\$ 3,75 bilhões para manter o ‘hedge fund’ respirando, até que ele voltasse a propiciar retornos positivos a seus investidores. Como se revelou depois, esse desempenho era baseado numa pesada alavancagem: para cada dólar de investimento recebido, o LTCM tomava US\$ 20 de empréstimos de grandes bancos para manter suas operações em dia”. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/folha/dinheiro/ult91u475821.shtml>>. Acesso em: 16 jul. 2012.

⁹ No original, “[...] c’est comment on réapprend à faire de la politique ensemble, non pas à faire peuple, parce qu’on ne va pas faire peuple entre les Brésiliens, les Chinois, les Français, c’est pas vrai, mais par contre on peut faire de la politique ensemble”. A expressão “faire peuple” tem vários significados em francês, mas não me parece ter um correspondente exato em português. Ela pode significar algo como “se fazer de povoão”, “bançar o popular”, buscar parecer que compreende o povo, que faz parte dele, mesmo pertencendo a uma outra classe social, num sentido pejorativo; mas não é este o sentido da expressão tal como utilizada aqui. Segundo o próprio Antoine Garapon me esclareceu em e-mail, a expressão aqui significa “constituir um mesmo povo”, e o que ele quis aqui dizer é que há diferentes graus nas relações políticas, há relações amigo-amigo no seio de um mesmo povo; relações amigo-inimigo, que tenderiam a desaparecer; e relações *sui generis*, nascidas da globalização e que devem ser analisadas enquanto tais. O sentido utilizado por Garapon remeteria a um contexto histórico próprio, ligado à parte da tradição política francesa, especialmente de esquerda. Segundo o sociólogo Daniel Cefai, igualmente em e-mail que me enviou, a expressão aqui se refere ao modo de fazer política do Partido Comunista francês, e também a uma herança da Revolução Francesa de 1789: fazer uma política de esquerda significava organizar o povo e criar uma organização que se confundisse com o povo, envolvendo todo o imaginário do povo. Como no refrão do hino da Internacional, em sua letra original francesa de Eugène Pottier, de 1871, “a Internacional será o gênero humano”, o que remete a uma esperança de superar as divisões e os conflitos entre os povos, da mesma forma que o povo unido eliminaria as divisões e os conflitos no interior de uma nação. Ainda segundo Cefai, este tipo de política foi sendo abandonado pela esquerda francesa no fim dos anos 1970, criticando-se as posições mais revolucionárias e assumindo posturas politicamente mais realistas. Acredito que a opção de traduzi-la pela reconstrução do parágrafo mantém o sentido pretendido pelo entrevistado.

¹⁰ “A Conferência das Nações Unidas sobre Desenvolvimento Sustentável, a Rio+20, foi realizada de 13 a 22 de junho de 2012, na cidade do Rio de Janeiro. A Rio+20 foi assim conhecida porque marcou os vinte anos de realização da Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento (Rio-92) e contribuiu para definir a agenda do desenvolvimento sustentável para as próximas décadas” (fonte: <http://www.rio20.gov.br/sobre_a_rio_mais_20>, acesso em: 6 jul. 2012).

¹¹ No original, “cité politique”.

¹² A expressão utilizada foi *bricolée*, “cette construction bricolée d’un espace politique commun”. O correspondente em português seria algo como “bricolado”, que significaria algo oriundo de bricolagem, feito usando-se técnicas de bricolagem. Esta expressão, entretanto, não tem registro nos principais dicionários do país (Aurélio, Caudas Aulete, Michaelis) ou no vocabulário da Academia Brasileira de Letras. Optou-se, na tradução, por manter-se o neologismo, facilmente compreensível, apondo-se as aspas.

¹³ A expressão “terceiro incluído” vem originalmente dos estudos de Lógica e da Física Quântica. Pelo princípio da não contradição, ou do *terceiro excluído*, se temos duas proposições contraditórias, necessariamente uma delas será verdadeira; e a outra, falsa (ou, dito de outro modo, se duas proposições são contraditórias entre si, a verdade ou falsidade de uma implica necessariamente a falsidade ou verdade da outra). Contudo, nos estudos de Física Quântica percebeu-se que ao se realizar uma experiência ou ao se interpretarem seus resultados, a realidade pode mostrar-se em aspectos contraditórios inteiramente incompreensíveis para um ponto de vista fundado sobre a lógica da não contradição, o que levou alguns físicos a operarem com o conceito de *terceiro incluído*, não para indicar que se possa ao mesmo tempo afirmar uma coisa e seu contrário, mas para evidenciar que experiências são necessariamente apenas um recorte do

real, e que a realização da própria experiência afeta e modifica o real (como, aliás, expresso no princípio da incerteza de Heisenberg). Desta forma, o que parece contraditório ou absurdo para uma lógica do “isto ou aquilo” pode deixar de sê-lo no contexto de uma lógica baseada nos postulados de “isto e aquilo” ou “nem isto, nem aquilo”. O princípio do terceiro incluído tem se expandido a partir daí para vários âmbitos de análise e teorizações em variados campos do conhecimento, principalmente a partir de estudos inter e transdisciplinares. Garapon parece usar a expressão no sentido de que atualmente o direito nacional se relaciona de forma tensionada com o direito internacional ou supranacional, e que cabe aos juízes o papel de compatibilizar, nos conflitos cotidianos em sociedades democráticas, esse aparente antagonismo. Como ele diz em artigo inédito em português e que estamos traduzindo para as próximas esta edições deste periódico, “sugerimos não pensar a jurisprudência da Corte Europeia de Direitos Humanos (CEDH) como antagonista em relação às ordens jurídicas nacionais, mas como uma nova dimensão delas. Uma nova dimensão que implica por sua vez compreender o direito como fruto de uma tensão: doravante, ele deve ser pensado como ao mesmo tempo positivo e fundamental, interno e supranacional, fechado e aberto” (*Les Limites à L'interprétation Évolutive de la Convention* conferência na abertura do ano judiciário na Corte Europeia de Direitos Humanos, em Estrasburgo, em 28/1/2011). Sobre o conceito de *terceiro excluído*, cf. André Lalande, em *Vocabulário técnico e crítico de filosofia* (1993, verbete “Meio”, item B, p. 660); sobre *terceiro incluído*, cf. Basarab Nicolescu, *Contração, Lógica do Terceiro Incluído e Níveis de Realidade* (2009). Disponível em: <<http://www.cetrans.com.br/textos/contradicao-logica-do-terceiro-incluido-e-niveis-de-realidade.pdf>>; sobre *o princípio da incerteza* de Heisenberg e como ele delimita hoje o conceito de ciência, cf. Stephen W. Hawking, *Uma Breve História do Tempo: Do Big Bang aos Buracos Negros*. Rio de Janeiro: Rocco (1997, especialmente p. 86-96); Werner Heisenberg, *La Nature dans la Physique Contemporaine* (1962), entre outros.

¹⁴ A expressão utilizada aqui foi “se réponde”, que significa corresponder-se, apresentar-se simetricamente, harmonicamente. No contexto da fala, optei pela expressão “equivaler”, no sentido de que todas essas decisões inserem-se no âmbito de decisões que se impõem como dados a serem considerados pelos mercados.

¹⁵ O magnata russo do petróleo Mikhail Khodorkovsky e seu sócio Platon Lebedev foram condenados em 2005 a 8 anos de prisão por fraude fiscal, e em 2007 a mais 14 anos (a contar desde 2003, quando foram presos) pelo roubo de 218 milhões de toneladas de petróleo e lavagem de cerca de US\$ 23 bilhões. Grupos de direitos humanos consideram que os julgamentos teriam sido arranjos porque o bilionário russo e seu sócio estariam financiando campanhas eleitorais de partidos de oposição a Vladimir Putin, de quem se teriam tornado inimigos. Autoridades russas negam qualquer tipo de interferência nos julgamentos, dada a autonomia do Judiciário russo.