

**DA IMPOSSIBILIDADE DE INSERÇÃO DO *ONTEM*, NO *HOJE*, NUMA  
PERSPECTIVA PROCESSUAL PENAL DEMOCRÁTICA**

**THE IMPOSSIBILITY OF INSERTING THE *YESTERDAY*, *ON THE TODAY*, IN  
CRIMINAL PROCEDURE IN A DEMOCRATIC PERSPECTIVE**

**Leonardo de Carvalho Barbosa  
Carlos Henrique Alvarenga Urquiza Marques**

**RESUMO**

O presente artigo propõe-se a estabelecer a distinção entre prova histórica e prova judicial. Afirma-se a impossibilidade de utilização dos testemunhos históricos, como meio de prova, na atualidade, para a responsabilização penal de ex-agentes do Estado, por crimes cometidos durante o período da ditadura militar, por absoluta incongruência com os princípios constitucionais garantidos no Estado Democrático de Direito. Sustenta-se que o Poder Judiciário não deve tratar os ex-agentes do Estado como inimigos, sob pena de duplicar a violência, cometendo o mesmo erro do regime militar. Conclui-se que por mais grave que possam ter sido tais crimes, não se pode colocar o princípio da memória acima do processo penal constitucional, em nome do qual se dispensaria a aplicação das regras do direito com seu devido rigor, formalidade e respeito à Constituição.

**PALAVRAS-CHAVE:** Direito à memória; Prova histórica; Prova Judicial; Processo Penal Constitucional; Estado Democrático de Direito.

**ABSTRACT**

This article proposes to distinguish between historical evidence and legal proof. It is stated the impossibility of using historical evidence, as evidence, at present, for criminal accountability of former state officials, for crimes committed during the military dictatorship, by absolute inconsistency with the constitutional principles guaranteed in the Democratic State. It is argued that the judiciary should not treat the former state agents as enemies, failing to duplicate the violence, making the same mistake of the military regime. We conclude that however serious they may have been such crimes, you can not put the principle of memory above the constitutional criminal procedure, on behalf of which dispense the application of rules of law with its proper rigor, formality and respect for the Constitution.

**KEYWORDS:** Historical evidence; Judicial evidence; Constitutional Criminal Procedure; Democratic State.

Para muitos loucos da memória, a verdade permite dispensar os procedimentos. A justiça deve estar a serviço da memória e não o inverso. A memória passa a ser o novo imperativo exonerador da tarefa ingrata de fazer justiça com instrumentos prosaicos, como as regras processuais e os princípios diretores do processo, classificadas como ficções jurídicas que se tornam escandalosas quando é o sofrimento humano que está em causa. As exigências processuais são associadas a formalidades inúteis, senão mesmo, ultrajantes. (...) Todos os elementos fundamentais do processo são reavaliados não em face do princípio da justiça, mas em função do dever de memória: a delimitação do desafio, a presunção de inocência, a igualdade entre as partes, o reconhecimento de um terceiro imparcial, que são princípios essenciais do processo, vêem-se subvertidos. (GARAPON, 2002, p. 140)

## 1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por tema a análise do direito à memória e sua (in) aplicabilidade no processo penal sob uma perspectiva democrática. O exame recai, especificamente, sobre os argumentos ideológicos do resgate dos fatos históricos envolvendo militantes políticos e o governo ditatorial brasileiro, ocorridos entre os anos de 1961 e 1988, com o objetivo precípuo de reiniciar os processos no Judiciário visando responsabilizar, criminalmente, os agentes do Estado pelos delitos cometidos neste período.

A problematização do tema é realizada a partir da distinção entre *prova histórica* e *prova judicial*, que é absolutamente ignorada no discurso dos “defensores do direito à memória” e pode acabar por violar a aplicação democrática do direito. Insta esclarecer que este artigo defende a existência e a efetividade deste direito. Questiona-se, apenas, a utilização do produto originado por esse “resgate histórico” como meio de prova para a condenação dos ex-agentes do Estado por crimes cometidos há cerca de 40 anos.

Assim, o objetivo precípuo deste estudo é denunciar que o uso desse instrumento (prova histórica) para se atingir o objetivo pretendido (sentença penal condenatória), no Estado Democrático de Direito, constitui violação equivalente à violação a Direito Fundamental que se pretende punir.

Além disso, também visa demonstrar que, ainda que se obtenha a punição pretendida, tal julgamento não traz qualquer benefício para a sociedade, vez que não resgata o passado e não garante qualquer avanço para o futuro.

Ao final, pretende evidenciar a impossibilidade de responsabilização penal por tais crimes, num paradigma processual constitucional democrático.

A justificativa da pesquisa reside na necessidade de consolidação de uma persecução penal democrática, a partir da concepção de processo como garantia constitucional, o que só se torna possível por meio da ruptura da noção deste como mero instrumento de aplicação de pena.

A vertente metodológica adotada é a jurídico-teórica (GUSTIN *apud* GRESTA, 2012), razão pela qual será efetuado o delineamento dos conceitos de *prova histórica* e *prova judicial*, sempre em diálogo com o modelo constitucional de processo, marco teórico que delinea o desenvolvimento do trabalho. A investigação será jurídico-interpretativa, valendo-se do procedimento analítico para decomposição do objeto de pesquisa em seus diversos aspectos.

## **2 A DITADURA NO BRASIL E O DIREITO À MEMÓRIA**

A dolorosa tragédia vivenciada no Brasil, durante a ditadura militar, fez surgir, como forma de promoção e respeito aos direitos humanos, a necessidade do resgate da memória do passado.

Isso porque, a estratégia adotada neste período foi a de produzir a supressão da memória por meio de pactos de silêncio e de concessões mútuas, o que impossibilita “*o ajuste de contas com o passado*” favorecendo “*a ignorância dos fatos pretéritos, sobretudo entre os jovens*” (BARBOSA; VANNUCHI, 2009, p. 58).

Para que o Estado Democrático se consolide efetivamente, é necessário que o povo, como forma de aprendizado, conheça toda a verdade sobre o seu passado, para modificar o presente, objetivando um futuro de paz (BARBOSA; VANNUCHI, 2009, p. 55).

Do mesmo modo, é preciso conscientizar as gerações atuais e futuras dos horrores da ditadura pra que essas tenham pleno conhecimento desse regime político que não tolerava os opositores, cerceava as liberdades, censurava a imprensa e violava os direitos humanos, prendendo arbitrariamente, torturando e matando. (BARBOSA; VANNUCHI, 2009, p. 58).

A garantia do direito de acesso à informação, assegurado pelo Art. 5º, XIV da CR/88, tem papel fundamental no resgate da consciência de responsabilidade dos indivíduos. Por outro lado, sua negativa, equivale à censura, o que viola o princípio da democracia. Assim, todo governo democrático, deve assegurar seu livre acesso, prestando contas dos seus atos à sociedade (BARBOSA; VANNUCHI, 2009, p. 59).

Passados mais de 20 (vinte) anos desde o término do regime militar, ainda não foram

totalmente disponibilizados à população brasileira os arquivos da ditadura. Infelizmente, ainda há resistência em abri-los em importantes segmentos do Estado, cujo dever é exatamente assegurar o direito de acesso às informações, garantindo-o, mediante procedimentos simples, objetivos, ágeis e, principalmente, transparentes (BARBOSA; VANNUCHI, 2009, p. 59).

Dessa forma, trata-se a preservação da memória, entendida como registro de determinado fato ou acontecimento histórico individual ou coletivo, de ato político que constitui a base sobre a qual a sociedade pode se afirmar, exercendo função primordial na evolução das relações humanas (BARBOSA; VANNUCHI, 2009, p. 57).

Surge assim, a perspectiva de um *direito à memória*, que segundo Paul Ricoeur (2010), trata da proteção jurídica ao esforço de rememoração e preservação desta contra os abusos da memória natural, especialmente contra a denominada *memória manipulada*<sup>1</sup>.

Até o tirano precisa de um retórico, de um sofista, para transformar em discurso sua empreitada de sedução e intimidação. Assim, a narrativa imposta se torna instrumento privilegiado dessa dupla operação (...): narrativas 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. (...) O fechamento da narrativa é assim posto a serviço do fechamento identitário da comunidade (RICOUER, 2010, p.98).

Por isso, o trabalho da memória pode vir a se configurar como um dever ético, um dever de memória, que quando mantido a salvo dos abusos que o transformam em obsessão comemorativa, se conecta à ideia de justiça (MARANHÃO; PEREIRA, 2010, p.44). Sustenta Ricoeur que “*é a justiça que, ao extrair das lembranças traumatizantes seu valor exemplar, transforma a memória em projeto; é esse mesmo projeto de justiça que dá ao dever de memória a forma do futuro e do imperativo*” (RICOUER, 2010, p. 101).

### **3 PROVA HISTÓRICA X PROVA JUDICIAL**

---

<sup>1</sup> A memória manipulada envolve a relação entre memória e identidade, tanto coletiva quanto pessoal e se dá a partir da instauração pelos governantes de uma ideologia que cria uma identidade coletiva que impossibilita ao cidadão visualizar a realidade. “Seria como uma espécie de cegueira ideológica”, que justifica o poder e a dominação, que vai além da coerção física, dando base ao processo de construção da identidade, através de sua função narrativa (OLIVEIRA; MACHADO, 2011, p. 98-99).

Em perspectivas práticas, a ciência jurídica e a ciência histórica, respectivamente, através do processo e da pesquisa historiográfica têm a intenção de resgatar a memória, objetivando chegar à verdade e à justiça de determinados fatos pretéritos. Dessa forma, o Juiz (aquele do direito) e o historiador (aquele da história) se colocam na posição de terceiros, a fim de realizar, o julgamento jurídico e o julgamento histórico (OLIVEIRA; MACHADO, 2011, p. 91-92).

Na busca pela verdade judicial e histórica, o Juiz e o historiador devem se colocar do lado de fora, respectivamente, da discussão entre as partes em juízo e da definição de uma hipótese sobre um acontecimento histórico, atuando como terceiros imparciais (OLIVEIRA; MACHADO, 2011, p. 109).

Tanto o processo judicial, quanto a pesquisa historiográfica dizem respeito à representação do tempo passado no qual são visados fatos que, por sua vez, já constituíam provas de memória. (RICOUER, 2010, p. 334).

Para Ricoeur (2010, p.189), o que se pode provar são “*fatos suscetíveis de serem afirmados em proposições singulares, discretas, que geralmente mencionam datas, lugares, nomes próprios e verbos de ação ou de estado.*”

Ao conceituar fato, afirma que este não significa “*aquilo que realmente se passou, ou até mesmo com a memória vivida que dele têm as testemunhas oculares, como se os fatos dormissem nos documentos até que os historiadores dali os extraíssem*” (RICOUER, 2010, p. 189). Na verdade, seria a ideia que uma consciência testemunha sobre um evento empírico, sendo assim, uma construção que pode ser feita a partir da observação de documentos, os quais estabelecem o próprio fato. (RICOUER, 2010, p. 190).

Entretanto, apesar das coincidências do “*recontar o passado*” (OLIVEIRA; MACHADO, 2011, p. 121) para o Juiz e para o historiador, verifica-se a existência de diversas diferenças tanto no papel de cada um desses na busca da verdade (judicial e histórica), quanto nos produtos obtidos (prova judicial e prova histórica).

Ambos possuem uma profunda preocupação com as provas, bem como com o seu respectivo exame crítico (OLIVEIRA; MACHADO, 2011, p. 111). Contudo, essas, muitas vezes, acabam por possuir características e procedimentos absolutamente distintos e antagônicos, o que impede a utilização de uma no lugar da outra.

O Juiz tem sua atuação sempre limitada por princípios e regras de competência, o que faz com que a *verdade judicial* seja estabelecida através do processo, com base em provas sucessivas. De maneira inversa, o historiador deve atuar da forma mais livre possível, só estando obrigado a seguir normas éticas e metodológicas (GARAPON, 2002, p. 166).

Tanto o historiador quanto o Juiz pretendem estabelecer o que se passou, mas com finalidades distintas, vez que, enquanto o primeiro procura compreender as causalidades dos acontecimentos, o segundo convoca o passado a fim de classificá-lo juridicamente (GARAPON, 2002, p. 166).

O juiz nunca pode estar livre para procurar a verdade, pois deve respeitar os limites do processo. Já o historiador tem a verdade como sua única perspectiva. O historiador procura estabelecer um juízo de realidade sobre os fatos coletivos. Mas ambos devem abster-se de qualquer juízo de valor. (...) o olhar do historiador, com um alcance geral, tenta perceber os longos movimentos do tempo e as suas impressões mais ou menos visíveis. O juiz dedica-se a delimitar a ação de um homem em particular (GARAPON, 2002, p. 166-167).

O ponto fundamental da diferença entre a atividade do historiador e do Juiz, segundo Ricoeur está na *prolação da sentença*.

O juiz deve julgar – é a sua função. Ele deve concluir. Ele deve decidir. (...) Tudo isso o historiador não faz, sob o risco de erigir-se em um tribunal da história, ao preço da confissão da precariedade de um julgamento cuja parcialidade e até mesmo a militância ele reconhece. (RICOUER, 2010, p. 335).

O historiador pode reinterpretar, sem carga definitiva, um mesmo acontecimento histórico, cultivando a dúvida sistemática e infinita, ao passo que o Juiz utiliza-se de uma dúvida metódica visando chegar a uma decisão com caráter definitivo (GARAPON, 2002, p. 169).

Por esse motivo, a sentença (e seu caráter conclusivo/decisivo) constitui a extrema diferença entre o julgamento judiciário e o histórico. A opinião pública pode não concordar com a sentença, entretanto, não pode cassá-la (OLIVEIRA; MACHADO, 2011, p. 113). Já o julgamento histórico está sempre aberto a revisões, podendo ser reavaliado incontáveis vezes pelos cidadãos, fazendo da “*escrita da história uma perpétua escrita*.” (RICOUER, 2010, p. 335). Resumindo, o julgamento judicial é definitivo ao passo que o julgamento histórico é provisório.

Relevante é a distinção entre a ‘verdade’ construída no processo e fixada pelo juiz na sentença e a verdade científica ou histórica. A primeira tem o juiz como investigador exclusivo, ao passo que as demais, não. A competência para investigar esse fato histórico e julgar está fixada em lei, como exclusividade, para o juiz. Logo, uma vez alcançada essa decisão pela coisa julgada, será em regra imutável (LOPES JR, 2005, p. 266).

O juízo histórico é o resultado de uma lenta assimilação cultural da experiência traumática. Já o julgamento penal, por envolver a liberdade dos cidadãos, obedece a outros

ritmos e a outras exigências. Tratam-se de registros (histórico e judicial) completamente distintos e com lógicas contraditórias, pois são fundados em temporalidades antagônicas (BENSAÏD, 1999, p. 101).

Além disso, a cena jurídica é limitada. Apoiando-se a responsabilidade penal na culpabilidade individual dos indivíduos, o Juiz só pode trabalhar com casos cujos atores estão devidamente individualizados (indícios suficientes de autoria). Por sua vez, o historiador lida com amplos cenários, mantendo seu foco em eventos coletivos, só considerando fatos isolados desde que inseridos de alguma forma nestes (OLIVEIRA; MACHADO, 2011, p. 115).

O historiador não deve restringir seu olhar como faz o julgador, devendo relacionar as ações individuais a contextos mais vastos e complexos. *“Ali onde o processo criminal quer apenas conhecer protagonistas individuais, a investigação histórica não deixa de religar os personagens a multidões correntes e forças anônimas.”* (RICOUER, 2010, p. 338-339)

Assim, ainda que a autoridade judicial tenha a tarefa de reconstruir no presente um passado que não passou, não pode se desprender das tradições deste presente, pois nelas urge a necessidade de respeito a um procedimento democrático e a direitos fundamentais (OLIVEIRA, 2011, p. 257). Não pode, portanto, o Juiz *“querer situar-se no ano de 1979 de uma forma objetivante e, pior, produzindo uma interpretação falaciosa que não corresponde a uma reconstrução histórica do que aconteceu.”* (OLIVEIRA, 2011, p. 257)

Por fim, Garapon (2002, p. 164-167) condena a utilização de *provas históricas* para *juízos judiciais*, tendo em vista a conseqüente suspensão de direitos e garantias fundamentais, sob o argumento da gravidade dos delitos cometidos. *“As audiências destinam-se a satisfazer não as exigências da justiça, mas o desejo e o direito de vingança das vítimas.”* (GARAPON, 2002, p. 136).

#### **4 DA IMPOSSIBILIDADE DE UTILIZAÇÃO DA PROVA HISTÓRICA EM UM PROCESSO PENAL PAUTADO PELO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DO CONTRADITÓRIO**

Mas não só pelas potenciais injustiças se rejeita a prova histórica. O fato histórico enquanto tal impossibilita que o procedimento judicial permita aos participantes do processo, o direito de efetivamente atuar na produção das provas, e por isso ofende o princípio do contraditório.

Este princípio afirma, no artigo 5º, inciso LV, da Constituição Federal, que “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”. (BRASIL, 2012)

Surgido no final da Segunda Guerra Mundial, como reflexo ao neoconstitucionalismo que permeou as diretrizes de reformulação dos Estados no pós-guerra (DIAS, 2010, p. 93) representou uma nova leitura da categórica dialética processual já presente no sistema acusatório medieval inglês. Sobre esse período, Jacinto Coutinho já observava:

“Ao que por ora interessa, vê-se que, nele, a disputa entre acusação e defesa aparentemente tendia – e tende – a ser leal e indicava uma paridade de condições entre os contendores”. (COUTINHO, 2009, p. 193).

Resumido *no audiatur et altera pars*, o princípio do contraditório foi adotado pela Constituição Federal de 1988, como ecos do anseio por uma democracia que permeasse também os procedimentos judiciais (MARQUES, 2009, p. 57).

Exatamente como expressão máxima de um Estado Democrático é que se traduz este princípio. Nele se perfaz a construção de um processo de participação ampla e equânime (FARIA, 2011, p. 91)

O diálogo e a contraposição de vontades são inerentes ao processo judicializado – e esta é uma verdade assumida desde a segunda metade do século XIX. Sendo de sua natureza o embate entre os interesses do acusador e do réu, o Processo Penal onde há paridade de armas possibilita a ambos participantes a igual oportunidade de se fazerem presentes em cada um dos atos que compõe a marcha processual (DIAS, 2010, p. 94).

Aliás, a noção de paridade de armas abarca o direito das partes de produzirem alegações e contra alegações sobre qualquer elemento trazido pela outra ao mundo do processo; (FARIA, 2011, p. 90). E ainda, abrange a proibição do Juiz restringir tanto a atuação probatória (lícita) do autor ou do réu, como a faculdade de um se manifestar sobre os atos praticados pelo outro (MARQUES, 2009, p. 157).

Se o Estado Democrático de Direito zela pela paridade, e nela vige esse mando aos julgadores, como conceber aceitável a prova histórica, se nela o fato produzido no pretérito não pode ser contraditado?

Se fosse atual - ou ocorrido em um passado recente, já que não existe reconstrução de fato presente - poder-se-ia trazer provas documentais, testemunhos e evidências a fim de contestá-lo. Aí o contraditório se expressaria com plenitude: a versão do fato trazida pela



parte seria o coração de um diálogo em que a outra parte teria iguais condições de negá-la por outras provas, outras testemunhas e outras evidências. Aquilo que sobrevivesse a este embate seria a verdade construída no processo e sobre ela haveria incidir um justo exercício jurisdicional (CORDERO, 2000, p. 43).

Imagine-se agora o fato pretérito que a historiografia assumiu como autêntico. Se o fato se tornou distante no tempo, e uma opinião comum construiu uma versão que se assume verdadeira sobre ele, como rechaça-lo? Onde fica a possibilidade de refutação que existe no contraditório, se os documentos se perderam, as testemunhas morreram e as únicas evidências que restam são repetidas para retroalimentar o que a História construiu?

É de todo absurdo para o processo penal moderno – e, portanto, Constitucionalizado – aceitar um elemento probatório que permanece no passado e, sem poder ser renovado, é usado para fundamentar uma sentença no presente (DIAS, 2010, p. 95).

Tudo sob o argumento de combate a impunidade. Um combate porco que se faz à custa de princípios e garantias caras à humanidade. Mais fácil seria tornar todos os crimes imprescritíveis e propositalmente deixá-los cair no esquecimento, para então ressuscitá-los quando os fatos não puderem mais ser contestados. Aí não haveria que se preocupar com alegações de legítima defesa, estrito cumprimento do dever legal, ou qualquer argumento “pró-impunidade”.

Essa projeção em pouco ou nada difere daquele sistema inquisitório que tanto se combate na contemporaneidade (COUTINHO, 2009, p. 202), e que se caracteriza justamente por estabelecer um processo onde as provas e premissas da acusação são admitidas absolutamente, de modo que o trabalho de instrução nada mais é do que um exercício de aferição da abrangência da punibilidade.

O contraditório no processo penal, a exemplo da defesa, tem de ser amplo. Tem que permear o procedimento em todas suas fases e permitir as partes, ao menos em hipóteses, contestar cada prova do seu âmago à impressão que transmite ao julgador.

O direito de defesa compreende não só a faculdade que tem o réu de contestar a acusação, como ainda o direito de praticar atos processuais que possam criar perspectivas favoráveis ao reconhecimento de sua inocência. É a possibilidade de influir o acusado no processo como um de seus modeladores, como a de criar situações processuais e reforçar sua perspectiva de sentença favorável, bem como o direito de manifestar sua apreciação final sobre as *quaestiones facti e as quaestiones júris*. (MARQUES, 2009, p. 325)

Neste ponto que o fato historicamente produzido é inábil para servir de matriz de provas judiciais. Pela existência que tem restrita no passado, os fatos desta natureza não podem ser penetrados pelo contraditório. A atuação, que o Ordenamento manda ser irrestrita, vê-se circunscrita por uma contingência lógica da parte não poder voltar no tempo para testemunhar se os elementos que corroboraram para a construção histórica de uma versão são inspirações probatórias legítimas (MARQUES, 2009, p. 355).

E se Fazzalari estava certo em dizer que processo é procedimento realizado em contraditório, esse será tanto menos processo quanto menos for contraditório. O processo em que habitam provas históricas é um processo mitigado (DIAS, 2010, p. 95).

Além da impossibilidade jurídica, a questão faz emergir uma impossibilidade prática, pois o que está no passado, por definição, existe no passado, e se fosse reconstruído no presente, deixaria de sê-lo. E daí se dizer que a prova é produzida no processo. Falar em uma autêntica prova histórica é, portanto, impossível, pois, ao existir no passado, e ali sendo criado para depois ser transportado para o processo presente, não poderia jamais ser prova, visto que sua existência é anterior ao processo que deveria criá-la exclusivamente em contraditório (GUZMÁN, 2006, p. 23).

O que verdadeiramente se tem é um fato passado a que se deseja transformar em prova pela apresentação em uma esfera jurisdicionalizada. Tarefa irrealizável, por mais terrível que tenha sido a o passado sobre o qual se exige reparação.

Por isso o Professor Rui Cunha Martins, e o filósofo Fernando Gil travaram o seguinte diálogo:

RCM – Devo confessar que ao lançar na discussão o problema da memória, ou a questão da eficácia da verdade no campo do memorável, melhor dizendo, pretendia tocar também numa outra dimensão do problema, se calhar mais explicitamente política. A que se pretende com o surgimento nos últimos anos, e sobretudo em contextos pós-ditatoriais, de “Comissões de Verdade e Reconciliação” (para aplicar a todas as instituições desse teor a designação da congênere sul-africana). Trata-se de um fenômeno – em que são também passíveis de inscrição os desajeitados pedidos de desculpas retrospectivas, com o que se verificou a pretexto da comemoração dos 500 anos do Brasil – que se sustenta em uma crença na possibilidade de remediar, de alguma forma, os erros e atrocidade do passado, e que assenta no pressuposto de que a verdade pode ser reposta. Mas existirá algo como repor a verdade?

FG – Publiquei, depois do 11 de Setembro, dois artigos de opinião no *Diário de Notícias*. No primeiro falo de Durban, observando que se pretendeu aí algo de extraordinário, admitir a possibilidade de abolir o passado (a única coisa fora do poder dos deuses segundo Aristóteles) pedindo-se reparações pela história da colonização. Se tais reparações fossem feitas (isto é, pagas), poder-se-ia partir de novo, como se não tivesse havido história. Vê bem que isto está diretamente em relação com a “busca” de fundamentos de uma nova soberania, aqui a soberania da própria ordem internacional no seu conjunto compreendendo quer os antigos países colonizadores quer os países ex-colonizados. O raciocínio subjacente é mais ou menos este: os estados ocidentais deslegitimaram-se em virtude no novo

colonialismo (proposição sem sentido) e roubaram os aos povos colonizados a sua soberania (proposição verdadeira – para dizer depressa). A recuperação da soberania perdida do ocidente (proposição sem sentido) deve, pois, obter-se mediante pagamento de reparações (conclusão falaz) que equilibraria o mal feito (proposição absurda e no limite do *self-defeating*) (CUNHA, 2010, p. 186).

Em outras palavras, buscar a responsabilização por um passado cruel ao arrepio de normas garantidoras de um Ordenamento Jurídico humanizado, é uma conclusão falaciosa a partir de proposições frágeis.

Mesmo que, àquilo do passado que for usado por uma parte, se conceda a possibilidade de reação da outra, ainda assim será impossível um verdadeiro diálogo sobre o elemento "trazido". Também assim o contraditório restará ofendido, pois o conceito moderno do princípio, segundo Dias, não se restringe à informação-reação, mas na modernidade se resume em informação-reação-diálogo, elemento este impossibilitado pelo transporte temporal (DIAS, 2010, p. 101)

Mas ainda que fosse feito um trabalho de restauração daquele fato histórico, para reconstruí-lo como prova no âmbito de um processo, os veículos de transporte desses fatos para o presente, estariam tão deteriorados, que a tarefa restaria absolutamente inviável.

A reconstrução do evento pela memória é sempre falha e passiva de erros. Muñoz Conde discorre sobre fragilidade das provas na função de recriar eventos. Em especial as provas testemunhais:

De todos estos elementos de prueba el más difícil y complejo, y el de valor más dudoso respecto a la conclusión, es lá prueba testifical. Las declaraciones de lós testigos presenciales de lós hechos son a menudo contradictorias; Es más, son lós propios testigos lós que com sus declaraciones deforman, consciente o inconscientemente, la realidad. (CONDE, 2000, p. 40).

Todavia, existe um limite de razoabilidade quanto à tolerância sobre a possibilidade de tais erros. Quando o evento a ser retratado se aloca a uma distância temporal muito significativa, a chance de falibilidade é tão estatisticamente grande, que o testemunho resta inutilizável.

E qualquer outra prova documental tem o mesmo destino sofrível. A mentalidade que orienta a formação dos instrumentos documentais é tão variável quanto à sociedade na qual estava inserido no momento de sua formulação. Impossível dizer que uma notícia publicada pelos jornais alemães do 3º Reich, seria retratada da mesma forma pelo *Berliner Morgenpost* nos ares do século XXI.

Assim sendo, a consequência dessa tentativa de transposição temporal de provas testemunhais, documentais ou quaisquer outras, implica em transmutar uma, por assim dizer, verdade do passado, em uma verdade diferente no presente, abrindo-se precedente para que se construa ainda outra verdade no futuro.

A conclusão a que invariavelmente se chega é que a blindagem proporcionada pelo princípio do contraditório frente às provas históricas impede que a incerteza impere no âmbito de aplicação do *jus puniendi*, e proporciona que os julgamentos do ontem, do hoje e do amanhã sejam sempre permanentes.

## 5 PRA QUE SERVE JULGAR QUARENTA ANOS DEPOIS?

Pode-se reparar o irreparável? Para Garapon (2002, p. 147), “*assentar-se num Tribunal e conformar-se com o papel previsto pelo Código de Processo Penal é o mesmo que admitir que uma vítima vale uma vítima e um crime contra a humanidade vale outro crime contra a humanidade.*”

Objetivar-se a punição de alguém (por violação a direito fundamental), sendo isso possível somente através da relativização de princípios constitucionais, caracteriza-se, de igual modo, como violação a direito fundamental. “*Qualquer cidadão – mesmo o mais perigoso – é protegido pelo direito, mas é obrigado a respeitá-lo. (...) A vítima não pode reivindicar um estatuto privilegiado perante a justiça, onde a igualdade das partes é uma das condições de possibilidade.*” (GARAPON, 2002, p. 142)

O Poder Judiciário não deve, sob pena de negar seus fundamentos, tratar os criminosos (aqui, especificamente, os ex-agentes do Estado) como inimigos, duplicar a violência, inverter a relação carrasco-vítima, sob o risco de dar pela razão aos detratores, ou seja, de cometer o mesmo erro (GARAPON, 2002, p. 156).

Explica Claude Lanzmann: ‘creio profundamente na imprescritibilidade dos crimes contra a humanidade, mas julgá-los hoje é, justa e paradoxalmente, fazê-los prescrever, concluí-los. (...) A imprescritibilidade é muito mais do que um regime processual: é uma característica da própria natureza do crime, perante a qual a justiça é impotente. Se os crimes contra a humanidade são imprescritíveis, isso não ocorre apenas por razões jurídicas, mas também por razões ontológicas: esses crimes não são solvíveis. Portanto, o objetivo de um trabalho de memória, que é perpetuar a lembrança, entra em contradição com o da justiça, que é, pelo contrário, pôr-lhe em cobro.’ (GARAPON, 2002, p. 148)

O tempo não altera o fato. Entretanto, deve-se ter em conta que a instauração de processos visando à responsabilização penal de ex-agentes do Estado por crimes cometidos durante o período da ditadura, e seu consequente julgamento, não são reparadores, nem dissuasivos, não resgatam o passado e não garantem o futuro. *“Talvez seja apenas um julgamento pedagógico, cívico. Isto porque o julgamento jurídico e o histórico combinam-se mal. Eles não vão sempre no mesmo sentido. Pelo contrário, arriscam, por várias vezes, de se contrariar mutuamente”* (BENSAÏD, 1999, p. 107).

Mesmo assim, quer-se julgar? É preciso, entretanto, lembrar a necessidade de submeter tal julgamento judicial à medição dos delitos e à graduação das penas, com as suas improváveis proporções (BENSAÏD, 1999, p. 107). Assim:

(...) Uma absolvição – em benefício da dúvida ou por insuficiência de provas – seria, para os sobreviventes uma segunda morte, ou seja, a negação daquilo de viveram. (...) Este receio das vítimas introduz falsas equivalências no processo. (...) **Como fazer compreender que se a condenação tem um significado, o da absolvição não é outro senão a constatação da ausência de provas suficientes?** A absolvição arrisca-se a ser entendida como uma negação das vítimas. (...) A pressão exercida pelas partes civis é enorme. (...) A sentença de absolvição não só não apazigua as vítimas como se arrisca a degradá-las ainda mais, e essa perspectiva é intolerável.” (GARAPON, 2002, p. 146)

Neste caso, no momento da sentença, as vítimas se sentirão ainda mais injustiçadas. E a injustiça não se negocia, não se troca por um equivalente de justiça. Não há equivalência entre injustiça e justiça. Na balança da justiça, poderá haver um equilíbrio instável entre uma ofensa e seu castigo, mas jamais entre a injustiça e a justiça, pois aí, não há medida comum (BENSAÏD, 1999, p. 107). *“A injustiça é certificada por um atentado à dignidade. E a dignidade não é uma grandeza comparável com outra grandeza. E a justiça é inalcançável em qualquer caso, a não ser apenas, grosseiramente, nos pratos da balança judiciária”* (BENSAÏD, 1999, p. 107-108).

## 6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Na busca incessante pelo *direito à memória*, almeja-se, através da Comissão da Verdade, recém nomeada pelo Governo brasileiro, estabelecer, através de *provas históricas*, uma narrativa prevalente que será alçada à posição de *verdade histórica*.

Entretanto, não se pode admitir a utilização desta *prova histórica*, como *prova judicial* em processos penais visando à responsabilização penal de ex-agentes do Estado por crimes cometidos durante a Ditadura. *“O processo penal não pode servir como instância simbólica para honrar a memória.”* (GARAPON, 2002, p. 145).

Por mais grave que possam ter sido os crimes cometidos nesse período, não se pode, sob a perspectiva do Estado Democrático de Direito, colocar um princípio (da memória) acima do processo penal constitucional, muito menos da justiça, em nome do qual se dispensaria a aplicação das regras do direito com seu devido rigor, formalidade e respeito à Constituição.

O processo penal democrático só faz sentido se houver suspense e se os dados já não estiverem todos lançados de antemão, o que não é possível com a adoção das *provas históricas*. (GARAPON, 2002, p. 146).

Seria punir uma violência através de outra violência.

## REFERÊNCIAS

BARBOSA, Marco Antônio Rodrigues; VANNUCHI, Paulo. Resgate da memória e da verdade: um direito de todos. *In*: SOARES, Inês Virgínia Prado; KISHI, Sandra Akemi Shimada (Coord.). **Memória e verdade**: a justiça de transição no estado democrático brasileiro. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

BENSAÏD, Daniel. **Quem é o juiz?**: para acabar com o tribunal da história. Lisboa: Instituto Piaget, 1999.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 20 jun. 2012.

CONDE, Francisco Muñoz. **La Búsqueda de la verdad en el proceso penal**. Argentina: Editorial Hammurabi SRL, 2000. (CONDE, 2000, p. 40).

CORDERO, Franco. **Procedimiento Penal**, Tomo II. Santa Fé de Bogotá: Temis, 2000.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **Sistema Acusatório: cada parte no lugar constitucionalmente demarcado**. Revista de Informação Legislativa. Brasília, v.46, n. 183, p. 103-115, jul./set. 2009.

CUNHA, Rui Martins. **Estado de Direito, evidencia e processo: incompatibilidades electivas Sistema Penal e Violência**: Revista Eletrônica da Faculdade de Direito. Rio Grande do Sul: Porto Alegre, v.2, n. 1, p. 83-90, jan./jun. 2010.

DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. **Processo Constitucional e Estado Democrático de Direito**. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

FARIA, André Luiz Chaves Gaspar de Moraes. **Os poderes instrutórios do juiz no processo penal: uma análise a partir do modelo constitucional de processo**. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2011.

GARAPON, Antoine. **Crimes que não se podem punir nem perdoar: para uma justiça internacional**. Lisboa: Instituto Piaget, 2002.

GRESTA, Roberta Maia. **Direito à memória ou direito pela memória?: a ausência de processualidade a serviço da memória manipulada e julgamento da ADPF 153**. Texto encaminhado pela autora, Minas Gerais: 2012.

GUZMÁN, Nicolás. **La verdad en el proceso penal**. Prólogo: Luigi Ferrajoli. 1ª ed. Buenos Aires: Del Puerto, 2006.

LOPES JR, Aury. **Introdução crítica ao processo penal: fundamentos da instrumentalidade garantista**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

MARANHÃO, Bernardo Costa Couto; PEREIRA, Mateus Henrique de Faria. Memória e justiça nas transições políticas: contribuições de Paul Ricoeur. *In*: INSTITUTO DE HERMENÊUTICA JURÍDICA. **(In)justiça nas transições políticas**. Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica, v. 8, n. 8. Belo Horizonte: Instituto de Hermenêutica Jurídica, 2010.

MARQUES, José Frederico. **Elementos do Direito Processual Penal**. v.1 Atualizadores: Eduardo Reale Ferrari e Guilherme Madeira Dezem. Campinas, SP: Millennium Editora: 2009.

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de; **Anistia, história constitucional e direitos humanos: o brasil entre o supremo tribunal federal e a corte interamericana de direitos humanos**. *In*: OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de (Coord.). Constitucionalismo e história do Direito. Belo Horizonte: Pergamum, 2011.

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de; MACHADO, Felipe Daniel Amorim. **Recontando o passado: uma análise do testemunho como prova histórica e judicial**. *In*: OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de (Coord.). Constitucionalismo e história do Direito. Belo Horizonte: Pergamum, 2011.

RICOUER, Paul. **A memória, a história o esquecimento**. Trad. Alain François [et al.]. 3ª reimp. Campinas: Editora UNICAMP, 2010.