

Conselho Editorial

Doutor Cláudio Roberto Cintra Bezerra Brandão
Professor Titular da Universidade Federal de Pernambuco – Brasil

Doutora Sílvia Isabel dos Anjos Caetano Alves
Professora da Universidade de Lisboa – Portugal

Doutor Georges Martyn
Professor da Universidade de Ghent – Flanders/Bélgica

Doutora Agata Cecilia Amato Mangiameli
Professora da Universidade de Roma II – Itália

Doutora Ana Elisa Liberatore Silva Bechara
Professora Titular da USP – Brasil

Doutor Stelio Mangiameli
Professor da Universidade de Teramo – Itália

Doutor José Geraldo de Sousa Junior
Professor Titular da Universidade de Brasília – Brasil

Doutor Joaquim Portes de Cerqueira César
Doutor em Direito Constitucional pela PUC/SP – Brasil

Doutor Thomas Law
Doutor em Direito Comercial pela PUC/SP – Brasil

Doutor Marcelo Figueiredo
Professor da PUC/SP – Brasil

Doutor João Grandino Rodas
Professor Titular da USP – Brasil

Editor Chefe

Plácido Arraes

Editor

Tales Leon de Marco

Produtora Editorial

Bárbara Rodrigues

Capa, projeto gráfico

Leticia Robini

(Imagem de capa por Elvert Barnes, via VisualHunt [modificada])

Diagramação

Leticia Robini

Todos os direitos reservados.

Nenhuma parte desta obra pode ser reproduzida, por quaisquer meios, sem a autorização prévia do Grupo D'Plácido.

Copyright © 2022, D'Plácido Editora

Copyright © 2022, Os Autores.

Belo Horizonte

Av. Brasil, 1843, Savassi, Belo Horizonte, MG – CEP 30140-007

Tel.: 31 3261 2801

São Paulo

Av. Paulista, 2444, 8º andar, cj 82, Bela Vista – São Paulo, SP – CEP 01310-933

WWW.EDITORADPLACIDO.COM.BR INSTAGRAM/EDITORADPLACIDO

Catálogo na Publicação (CIP)

J96 **Justiça de Transição, Memória e Democracia / Lucas de Alvarenga Gontijo...**
[et. al.] (orgs.). - 1. ed. - Belo Horizonte, São Paulo : D'Plácido, 2022.
368 p.

Organizadores: José Luiz Quadros de Magalhães, Lucas de Alvarenga Gontijo,
Mariana Ferreira Bicalho
ISBN 978-65-5589-507-0

1. Políticas públicas. I. Magalhães, José Luiz Quadros de. II. Gontijo, Lucas
de Alvarenga. III. Bicalho, Mariana Ferreira. IV. Título.

CDD: 320.6

Bibliotecária responsável: Fernanda Gomes de Souza CRB-6/2472

GRUPO
D'PLÁCIDO



*
Rodapé



A invenção dos conceitos, seus esvaziamentos na razão moderna e a transformação da memória em promessas para o futuro

Lucas de Alvarenga Gontijo¹

Mariana Ferreira Bicalho²

1. Introdução

Paul Ricoeur, quando dispõe sobre os deveres ético-políticos da memória coletiva, em meio às classificações memória impedida, memória manipulada e memória obrigada, reconstrói Aristóteles para afirmar que, entre todas as virtudes, a justiça é a que tem por fundamento a alteridade, por excelência e por constituição. “O dever de memória é o dever de fazer justiça, pela lembrança, a um outro que não o si” (RICOEUR, 2007, p 101). Se a justiça está alicerçada pela alteridade, espaço que não é o si próprio e nem o outro mas o entre é porque a memória, fonte da identidade, se perfaz pelo dever de verdade.

Em razão da Pandemia do Covid-19, reconhece-se amplamente que os anos de 2020 e 2021 foram especialmente difíceis para todo o mundo. Para alguns países as dificuldades foram extremadas não apenas em decorrência de volumosos índices de mortandade em decorrência da infecção, mas também pela aguda crise econômica que passou a assolar, sobretudo, os países que mal geriram medidas profiláticas que poderiam

¹ Doutor e Mestre em Filosofia do Direito pela UFMG. Professor da graduação e do programa de pós-graduação em direito *stricto sensu* da PUC Minas. Professor titular de Filosofia do Direito da Faculdade de Direito Milton Campos.

² Doutoranda em Teoria do Direito e da Justiça pelo PPGD PUC Minas, com bolsa CAPES. Professora da graduação em direito da Faculdade CEDIN. Coordenadora do Núcleo Redes de Direitos Humanos do PPGD PUC Minas. Pesquisadora do grupo Cidades Inteligentes e Desenvolvimento Humano - CIDH/UEMG. O presente trabalho foi realizado com apoio da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior - Brasil (CAPES) - Código de Financiamento 001.

deter a disseminação do vírus a propiciar o retorno com segurança das suas respectivas populações às atividades econômicas.

Indícios de que o Governo Federal brasileiro havia cometido inúmeras omissões no combate à pandemia e inexplicáveis recusas para compra de vacinas, além de ter minimizado de forma irresponsável a gravidade da crise sanitária e de induzir o uso de medicamentos sem qualquer comprovação científica levou o Senado Federal do país a instaurar uma Comissão Parlamentar de Inquérito (CPI) da Pandemia, instituída pelos Requerimentos n. 1.371 e 1.372, de 2021, para apurar se tais indícios se verificavam, além de investigar eventuais atos de corrupção e de favorecimento indevido de empresas privadas em meio às adversidades enfrentadas.

De acordo com o relatório final da CPI (SENADO FEDERAL, 2021), o presidente da República Federativa do Brasil, o Sr. Jair Messias Bolsonaro, pode ter cometido diversos crimes, entre eles, crime contra humanidade nas modalidades de extermínio, perseguição e outros atos desumanos. Como consta no inquérito, um dos episódios mais dramáticos enfrentados pelo país foi a crise sanitária e de saúde no Estado do Amazonas. Os hospitais do estado, especialmente em Manaus, ficaram com as unidades de tratamento intensivo (UTIs) sobrecarregadas e desabastecidas de oxigênio medicinal, o que resultou em óbitos por asfixia.

Ainda segundo o relatório, a falta de oxigênio e a sobrecarga das UTIs foram resultados da omissão, descaso e despreparo do Governo Federal, que por falta de planejamento deixaram colapsar o sistema de saúde por carência de insumos necessários ao funcionamento dos hospitais, mesmo que essa insuficiência de equipamentos e insumos já estivesse prevista e avisada, ao menos, desde setembro de 2020. Entretanto, ao invés de monitorar os equipamentos e insumos necessários ao enfrentamento da pandemia, as autoridades federais optaram por orientar a disseminação do protocolo clínico com medicamentos para tratamento precoce como forma de combate ao Covid-19. Ocorre que o tratamento precoce não tinha e não tem qualquer embasamento científico e não era aprovado pelo Conitec como meio de diminuir o contágio ou atenuar os efeitos da doença.

A prática de disseminação do tratamento precoce também foi perpetuada pela operadora de saúde Prevent Senior, beneficiada pela propaganda feita pelo Governo Federal sobre o tratamento precoce realizado por ela. A mesma operadora também foi acusada por promover pesquisas fraudulentas e não autorizadas pelos órgãos competentes de

medicina, realizadas para promover o “kit covid” (como ficou conhecido os remédios para tratamento precoce), que inclusive violaram códigos de ética e com fortes indícios de violação de direitos humanos. O relatório sugere omissões do Governo Federal e atuação imprudente e despreparada no estado do Amazonas, a configurar crimes contra a humanidade, previsto no Estatuto de Roma, incorporado ao ordenamento jurídico brasileiro por meio do Decreto 4.388/2002. Em especial, a hipótese do art. 7º (k), “outros atos desumanos de caráter semelhante, que causem intencionalmente grande sofrimento, ou afetem gravemente a integridade física ou a saúde física ou mental”.

Além da crise amazonense, há evidências de ataques sistemáticos dirigidos à população indígena brasileira. As omissões deliberadas do governo federal privaram as populações indígenas do acesso à água, a medicamentos e à alimentação adequada, o que pode vir a configurar atos de extermínio (art. 7º, b). Além disso, o relatório aponta possíveis violações de direitos fundamentais em razão da identidade do grupo, o que também pode configurar atos de perseguição (art. 7º, h).

Os inquéritos, em amplo espectro, no direito contemporâneo, constituem em atos realizados pelo poder público com a finalidade de se apurar a verdade, delimitar e individualizar responsabilidades para que então, através de denúncias, possam ser devidamente julgados por um tribunal imparcial, a cumprir o trâmite processual acusatório. No caso de um inquérito parlamentar, apura-se a verdade com implicações políticas que envolvem entes do governo federal.

O relatório produzido pela CPI da Pandemia do Covid-19 pede o indiciamento de 80 indivíduos componentes do Governo Federal e agentes da iniciativa privada. Dentre os acusados, o eminente presidente da República Federativa do Brasil, o Sr. Jair Messias Bolsonaro. Interessa, para os desígnios deste artigo, tratar apenas da imputação de crimes contra a humanidade desse agente público singularmente, perante o Tribunal Penal Internacional (TPI), pois o TPI foi um dos direcionamentos do Relatório.

A proposta deste artigo consiste em desvendar como se processa a relação entre sentidos linguisticamente produzidos por leis [no caso específico deste artigo se perspectiva tratados internacionais, devidamente recepcionados pelo ordenamento jurídico brasileiro] e as condições de possibilidade de sua concreção. Os dispositivos linguísticos constantes no Estatuto de Roma e legislação complementar constituem promessas da e para a sociedade internacional. Como linguagem, apontam para o futuro

(KOSELLECK, 2022, p. 102), mas é preciso compreender como se dá a relação de conceitos criados no passado e suas respectivas concreções no presente, dadas as contingências que alimentam as ações jurídicas.

Preceitos constantes no artigo 7º do Estatuto de Roma, indicam que ataques de caráter generalizado ou sistemático contra a população civil podem configurar crimes contra a humanidade. Pelo conceito ataque, infere-se, pela jurisprudência consolidada no TPI, não apenas agressões armadas, mas também políticas de um Estado ou de uma organização. Basta que o perpetrador do crime tenha conhecimento do contexto em que o crime esteja acontecendo ou na eminência de acontecer. Nesse sentido, a omissão, a tolerância ou a inação também configuram o tipo penal. Não é necessário, com efeito, atos de violência, basta que a inação não seja aleatória, acidental ou isolada, isto é, o crime contra humanidade precisa ser resultado de uma deliberação, exige que se demonstre a existência de dolo (elemento mental).

Entretanto, os dispositivos conceituais que indicam as características essenciais dos crimes contra a humanidade não vão além de promessas, que podem ou não vir a se concretizar.

Noutra mão, o processamento dos sentidos prescritos pelos dispositivos jurídicos, deve ser pensado como um fenômeno no tempo. Prescritos no passado, são códigos a aferir efeitos no presente, assim é possível dizer que têm pretensão de vincular o futuro. É certo que o direito cria sua própria memória, como sistema social que é. Mas que mecanismos poderiam impedir a deturpação dessa memória? Que forças políticas impõem, também ao direito, seleções, impedimentos, manipulações de memória? François Ost chega a postular que “em certos casos, atacar a verdade histórica é ameaçar as próprias bases do contrato social” (OST, 1999, p. 50). O direito como autoridade constituída por uma comunidade política impõe a si mesmo o dever de verdade. Tudo que pressupõe o outro, o *alter*, exige intersubjetividade, partilha. Com efeito, sobre aquilo que é comum impõe-se o dever moral de verdade. A memória não está no passado, como se bem sabe, a memória é constitutiva da própria identidade. Sobre a memória coletiva do direito, pode-se perfeitamente aplicar a expressão de Ost: “pensávamo-la passiva, inata, recebida e espontânea, e ela revela-se activa, construída e normativa” (OST, 1999, p. 54). Esses três adjetivos precisam ser explicitados: Por que ativo, por que construído e, sobretudo, por que normativo?

Diante do exposto, o artigo estruturar-se-á da seguinte forma: na primeira parte, observar-se-á os sentidos linguísticos indicados pelos

dispositivos de direito internacional construídos ao longo da experiência humana. A invenção dos conceitos, o que implica sua dimensão coletiva de assentamento de significação pelos seus usos, a partir de mecanismos que endossam seus sentidos e lhes permitem garantir intersubjetividade (BRANDOM, 2001). Momento que delimitar-se-á, também, os limites impostos por esses signos, como a exigência de estrito cumprimento da hermenêutica restritiva própria do direito penal. Portanto, as dimensões de generalidade, sistematicidade, dimensão de política ou ação de Estado contra uma população civil, que podem ser caracterizadas pela mera omissão, tolerância ou encorajamento a ações que violam direitos humanos, mas sempre de forma deliberada, com dolo, delimitariam as condições de possibilidade para se configurar crimes contra a humanidade. Para os fins do artigo, delimitar-se-á os dispositivos apontados na CPI da Covid, isto é, os crimes contra a humanidade, instituídos no Estatuto de Roma, nas modalidades de extermínio (art. 7º, b), perseguição (art. 7º, h) e outros atos desumanos de caráter semelhante (art. 7º, k). Nesse sentido, umas das hipóteses a ser explorada coaduna com a expressão de Reinhart Koselleck quando dispôs que só é possível “compreender os conflitos sociais e políticos do passado por meio das delimitações conceituais e da interpretação dos usos da linguagem” (KOSELLECK, 2011, p. 103), isso devido a imbricada relação de tensão entre experiências e expectativas, isto é, entre o passado que pode ser capturado por meio de conceitos e o futuro que pode ser vislumbrado a partir das potencialidades desses mesmos conceitos, como fator. Conceitos, como potência linguística, abrem perspectivas para além da experiência. Vale à pena a transcrição *in verbis* da ideia de Koselleck;

Assim fica claro que, embora os conceitos compreendam conteúdos sociais e políticos, a sua função semântica, sua economia não pode ser derivada apenas desses mesmos dados sociais e políticos aos quais se referem. Um conceito não é somente o indicador dos conteúdos compreendidos por ele, é também o seu fator. Um conceito abre determinados horizontes, ao mesmo tempo em que atua como limitador das experiências possíveis e das teorias. (2011, pp. 109-110).

A segunda parte do artigo se dedica à reflexão de como os dispositivos *a priori* podem ou não se concretizar. Trata-se de um apanhado

de estudos sobre a operacionalidade das normas jurídicas propriamente ditas e da incerteza da concreção dos dispositivos normativos frente às contingências sociais, políticas e econômicas que alimentam as decisões jurídicas. Buscar-se-á demonstrar como as normas jurídicas não se confundem com os dispositivos textuais encontrados naquilo que foi promulgado e publicado como lei ou externado preteritamente nos tribunais por meio de acórdãos. As normas jurídicas são criações, produções dos intérpretes do direito, elaboradas a partir da dialética entre os dispositivos normativos e os casos concretos. A decisão não é um ato de conhecimento do dispositivo normativo acabado, mas produção de sentido que se inicia com o dispositivo normativo, mas não se finda nele. Para tanto, aprofundar-se-á na teoria da concreção normativa de Friedrich Müller. Para esse autor, os dispositivos normativos são apenas parte dos elementos constitutivos dos processos de elaboração das normas jurídicas, são elementos de integração do texto legislativo com a realidade, a ser concretizada pelos intérpretes do direito. São os intérpretes e aplicadores do direito que vão definir os limites do próprio direito, em um sistema autorreferencial e a partir de processos interativos com a realidade.

Afastada a presunção de subsunção na aplicação do Direito, na última seção do artigo, acolhe-se a dimensão do direito no tempo, a partir do pensamento de Raffaele de Giorgi, François Ost, Reinhart Koselleck e Paul Ricoeur. Conclui-se que a concreção do direito pelos tribunais de justiça está diretamente relacionada às delimitações conceituais e aos usos das linguagens na sociedade. Embora autorreferencial, o sistema jurídico é constituinte e constituído pelos conflitos sociais, pelas lutas populares e pela atuação de movimentos sociais. E não há contradição nessa afirmação. Enquanto sistema moderno, os tribunais agem absorvendo e normalizando os conflitos e os antagonismos sociais. Nesse sentido, a disputa pela memória é o dever de se fazer justiça, a partir da lembrança coletiva das circunstâncias que ocasionaram as mais de 600 mil mortes brasileiras, e de se tencionar a concreção de direitos e valores fundamentais já perspectivados nas legislações nacionais e internacionais.

2. O direito internacional e o conceito de crimes contra humanidade

Os sentidos prescritos nos dispositivos jurídicos são sentidos e valores criados a partir das experiências de uma comunidade no seu

presente, sobre alguma temporalização passada, mas que indicam sentidos para as decisões do futuro. Enquanto consensos ético-políticos de uma comunidade, os direitos políticos são formulados, primeiro, na linguagem, para depois serem concretizados. Nesse sentido, os dispositivos linguísticos constantes nas legislações constituem promessas, baseadas na experiência política de uma comunidade, para serem concretizadas em prol da mesma comunidade. Eles carregam uma tradição que visa vincular as decisões no futuro. Nesta seção, será possível delinear a construção dos sentidos prescritos nos dispositivos jurídicos internacionais sobre os crimes contra humanidade e a sua vinculação as decisões do futuro.

A responsabilidade internacional penal do indivíduo remonta ao Tratado de Versailles, que garantia a existência de um tribunal específico³, com juizes das potências vencedoras da Primeira Guerra Mundial, para julgar o Imperador Wilhelm II da Alemanha derrotada. Embora o Imperador tenha conseguido asilo após a guerra e o julgamento não tenha ocorrido, houve uma mudança paradigmática no cenário político-jurídico: o julgamento penal sobre sujeitos individualizados saiu da competência restrita dos Estados soberanos e alcançou a esfera internacional.

Posteriormente, a Liga das Nações, em 1937, elaborou uma convenção sobre prevenção e repressão do terrorismo que previa a criação de um Tribunal Penal Internacional, como reação aos assassinatos perpetrados por terroristas croatas, em 1934, do Ministro das Relações Exteriores da França, Louis Berthou, e do Rei da Iugoslávia, Aleksandar Karađorđević, em Merseille. A Convenção teve apenas uma ratificação e nunca entrou em vigor, porém.

Apenas em 1945, por meio de acordo celebrado em Londres, criou-se o Tribunal Internacional Militar (TIM), com sede em Berlim. As partes originais do tribunal foram o Reino Unido, Estados Unidos, União Soviética e França, além de 19 Estados que aderiram ao acordo. O TIM ganhou notoriedade com o julgamento, em Nuremberg, de 24 integrantes do regime e das organizações nazistas (SS, Gestapo, Partido Nazista, Estado-Maior das forças Armadas e SA). As acusações estavam relacionadas a quatro crimes centrais (RAMOS, 2020, p. 713): *conspiracy* (reunião de agentes voltada para prática de crime); crimes contra a paz (punição da guerra de agressão e conquista); crimes contra as leis e os costumes da guerra; e crimes contra a humanidade, desde que conexos com os demais.

³ Mas especificamente ao artigo 227 do Tratado de Versailles.

Em 1950, a Comissão de Direito Internacional da ONU reuniu e codificou os sete princípios utilizados em Nuremberg: 1º) Todo aquele que comete ato que consiste em crime internacional é passível de punição; 2º) Lei nacional que não considera o ato crime é irrelevante; 3º) As imunidades locais são irrelevantes; 4º) A obediência às ordens superiores não são eximentes; 5º) Todos os acusados têm direito ao devido processo legal; 6º) São crimes internacionais os julgados em Nuremberg (nesse sentido, são normas mandatórias do direito internacional geral); 7º) Conluio para cometer tais atos é crime.

O segundo Tribunal Internacional do século XX foi Tribunal Militar Internacional para o Extremo Oriente, criado em 1946⁴. Após a Guerra Fria, dois tribunais internacionais penais ad hoc e temporários foram criados. Por meio da Resolução n. 827 do Conselho de Segurança de 1993 foi criado o Tribunal Penal Internacional para os crimes contra o Direito Humanitário cometidos na Ex-Iugoslávia, com sede em Haia, com competência para julgar quatro categorias de crimes: graves violações às Convenções de Genebra de 1949; violações às leis e costumes de guerra, crimes contra humanidade e genocídio. O segundo tribunal internacional penal foi criado por meio da Resolução n. 955, com competência para julgar as graves violações de direitos humanos, incluindo genocídios, ocorridos em Ruanda em 1994. Esses dois tribunais foram fundamentais para ratificarem internacionalmente os crimes de genocídio, crimes contra a humanidade e crimes de guerra; para reforçar a primazia dos direitos internacionais em detrimento dos direitos positivos internos; e, sobretudo, para acelerar a criação de um Tribunal Internacional Penal permanente (RAMOS, 2020), criado em 1998.

A perspectiva deste segmento, a partir deste momento, foi em grande medida inspirada pela conferência ministrada pela ex-juíza do TPI Sylvia Steiner, concedida no II Congresso Latino-Americano sobre Direito, Memória, Democracia e Crimes de Lesa Humanidade, a demonstrar os pressupostos jurídicos constantes no direito internacional que permitiriam definir a tipificação dos crimes contra a humanidade.

⁴ Este Tribunal foi criado por ato unilateral dos Estados Unidos, que também editou unilateralmente as regras de funcionamento. O Tribunal julgou militares e civis do governo japonês por crimes contra a paz, crimes de guerra e crimes contra a humanidade. Como o Japão, na Guerra Fria, era aliado ao Estados Unidos contra a União Soviética, o presidente estadunidense Truman deu concessões de liberdade condicional aos presos a partir de 1952.

O Tribunal Penal Internacional (TPI) foi constituído a partir do Estatuto de Roma, em 1998, iniciando seus trabalhos a partir de 2002⁵. Apesar de sua recente instauração, seu fundamento estruturante [Estatuto de Roma] tem raízes no século XIX, quando a comunidade internacional dispôs, pela primeira vez, sobre princípios de direito humanitário, mais precisamente surgidos como conjunto de regras protetivas à civis, em 1864, vindo a estruturar-se de maneira mais enfática na Declaração de São Petersburgo, em 1868, quando se firmou limites ao uso de projeteis incendiários ou explosivos que pudessem atingir tanto a população civil quanto aos excessos cometidos contra os próprios contingentes militares adversários. Surgiu, no mundo, portanto, nesse período, o direito internacional humanitário, preocupado com defesa e reparação dos direitos dos indivíduos e, não, apenas das relações entre Estados.

O que marca esse período a observar é a criação de um novo conceito jurídico político de cunho internacional, as Leis de Humanidade. Por sua vez, a própria invenção de direitos supra positivos, embora remontem, no direito moderno, a publicação da obra *De jure belli ac pacis*, de Hugo Grocius, publicada em 1616, a Declaração de São Petersburgo inova ao ter por objeto de proteção um conceito inédito, o nominado direito humanitário.

Retornando ao TPI, sua jurisdição restringe-se aos crimes de *jus cogens*, que significa crimes que ofendem valores da comunidade internacional. Nesse sentido, são crimes que compete ao TPI julgar: genocídio; crimes contra a humanidade; crimes de guerra; e crime de agressão. Para fins deste artigo, importante definir as diferenças conceituais do crime de genocídio⁶ e dos crimes contra a humanidade.

Importante ressaltar que o crime de genocídio visa proteger a existência do grupo (bem jurídico transindividual) e seus vínculos nacionais, étnicos, raciais ou religiosos. Os atos que constituem genocídio são: homicídio de membros do grupo; ofensas graves à integridade

⁵ No Brasil, o TPI foi aprovado por meio do Decreto Legislativo n.112/2002 e promulgado pelo Decreto n. 4.388/2002.

⁶ O genocídio, com inspiração em *genos* (raça, tribo) e *cídio* (assassinato) foi cunhado por Lemkin, em livro de 1944, com referência às técnicas nazistas de ocupação de território na Europa. A primeira tipificação internacional aconteceu na Convenção para Prevenção e Repressão ao Crime de Genocídio (1948). O Estatuto de Roma traz a definição mais recente do crime de genocídio como: “ato ou atos cometidos com a intenção de destruir, no todo ou em parte, um grupo nacional, étnico, racial ou religioso”.

física ou mental de membros do grupo; sujeição intencional do grupo a condições de vida com vista a provocar a sua destruição física, total ou parcial; imposição de medidas destinadas a impedir nascimentos no seio do grupo; transferência, à força, de crianças de um grupo para outro. Esses dispositivos são exemplificativos e não restringem que outros atos sejam considerados como crime de genocídio⁷. De acordo com Estatuto de Roma, art. 6º, esses atos devem ser praticados com a intenção de destruir, no todo ou em parte, um grupo nacional, étnico, racial ou religioso. De acordo com o TPI, ainda, o elemento mental de intenção de destruição deve ser analisado pelo Tribunal no caso concreto (TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL, 2013, p. 2).⁸

O conceito de crimes contra a humanidade foi desenvolvido pelo direito internacional consuetudinário (OLIVEIRA, 2021). Embora alguns autores apresentem termos similares, desde o século XIX, a primeira definição e conseqüente concreção do conceito de crime contra humanidade ocorreu no Tribunal de Nuremberg. O tribunal conceituou como crimes contra a humanidade o assassinato, o extermínio, a escravidão, a deportação e outros atos cruéis cometidos contra a população civil antes, durante ou depois da guerra, e atos de perseguição de pessoas com conexão aos crimes de guerra. Posteriormente, seu conteúdo foi sendo aperfeiçoado, em especial, pelas jurisprudências do Tribunal Penal Internacional para a Ex-Iugoslávia, Tribunal Penal Internacional para Ruanda e do Tribunal Penal Internacional (Estatuto de Roma), afastando, sobretudo, o conceito de crime contra humanidade do vínculo com período de guerras e conflitos armados. Trata-se, hodiernamente, de uma tipificação que inclui tempos de guerra e de paz.

O art. 7º do Estatuto de Roma apresenta o consenso mais recente sobre o conceito e defini os crimes contra a humanidade como determinados atos de violação grave de direitos humanos, realizado em um quadro de ataque generalizado ou sistemático contra a população

⁷ No Brasil, a tipificação do crime de genocídio se deu com a ratificação da Convenção de 1948 e pela Lei n. 2.889/1956.

⁸ O crime de genocídio não constou no rol de acusações consolidadas na denúncia, em sua versão final, apresentada no Relatório da CPI. Embora o Relator, Senador Renan Calheiros, o tenha mencionado nas versões embrionárias do Relatório, por conta de ajustes celebrados no momento da votação e aprovação do texto a ser encaminhado para a Procuradoria Geral da União e ao TPI, descartou-se essa acusação. Entretanto, os ataques feitos contra comunidades indígenas, pode, potencialmente, vir a qualificar as omissões do governo federal brasileiro neste tipo penal quando a denúncia for apreciada pela comissão preliminar do próprio TPI.

civil, havendo conhecimento desse ataque pelo perpetrador. Nota-se, portanto, que os atos devem ser cometidos como política de um Estado ou de uma organização. Assim, exclui-se atos de violência aleatórios, acidentais ou isolados. Contudo, a política não precisa ser explicitamente estipulada ou formalmente pactuada, bastando a atuação, tolerância ou omissão que resulte deliberadamente em ato de violação grave de direitos humanos. Isto é, basta a intenção de promover ou encorajar ataque generalizado ou sistemático contra a população civil (TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL, 2013, p. 3).

Para os objetivos deste artigo, importante destacar o que se configura como crimes contra humanidade nas modalidades extermínio (art. 7º, b), perseguição (art. 7º, h) e outros atos desumanos de caráter semelhante aos crimes contra a humanidade (art. 7º, k).⁹

De acordo com o Estatuto de Roma, extermínio é a “sujeição intencional a condições de vida, tais como a privação do acesso a alimentos ou medicamentos, com vista a causar a destruição de uma parte da população” (art. 7º, b). De acordo com TPI, são elementos do crime de extermínio: 1. o perpetrador matou uma ou mais pessoas, inclusive infligindo condições de vida calculadas para provocar a destruição de parte de uma população; 2. a conduta constituiu em, ou ocorreu como parte de, um assassinato em massa de membros de uma população civil; 3. a conduta foi cometida como parte de um ataque generalizado ou sistemático dirigido contra uma população civil; 4. o autor do crime sabia que a conduta fazia parte ou tinha a intenção de fazer parte de um ataque generalizado ou sistemático dirigido contra uma população civil (TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL, 2013, p. 4).

⁹ Ainda de acordo com art. 7º, constituem crimes contra a humanidade o homicídio, extermínio, escravidão, deportação ou transferência forçada de uma população, prisão ou outra forma de privação da liberdade física grave, em violação das normas fundamentais de direito internacional, tortura, agressão sexual, escravatura sexual, prostituição forçada, gravidez forçada, esterilização forçada ou qualquer outra forma de violência no campo sexual de gravidade comparável, além de perseguição de um grupo ou coletividade que possa ser identificado, por motivos políticos, raciais, nacionais, étnicos, culturais, religiosos ou de gênero, ou em função de outros critérios universalmente reconhecidos como inaceitáveis no direito internacional, relacionados com qualquer ato referido neste dispositivo ou com qualquer crime da competência do Tribunal, desaparecimento forçado de pessoas, crime de *apartheid* e outros atos desumanos de caráter semelhante, que causem intencionalmente grande sofrimento, ou afetem gravemente a integridade física ou a saúde física ou mental. Assim como na tipificação do genocídio, esses atos são exemplificativos, não tendo caráter exaustivo.

O crime de perseguição (art. 7º, h), por sua vez, entende-se “como privação intencional e grave de direitos fundamentais em violação do direito internacional, por motivos relacionados com a identidade do grupo ou da coletividade em causa”. De acordo com TPI, são elementos do crime de perseguição: 1. o autor do crime privou gravemente, em violação do direito internacional, uma ou mais pessoas dos direitos fundamentais; 2. o perpetrador visou essa pessoa ou pessoas em razão da identidade de um grupo ou coletividade ou visou o grupo ou coletividade como tal; 3. tal direcionamento foi baseado em razões políticas, raciais, nacionais, étnicas, culturais, religiosas, de gênero, ou outras razões que são universalmente reconhecidas como inadmissíveis pelo direito internacional; 4. a conduta foi cometida em conexão com qualquer ato referido no artigo 7, parágrafo 1, do Estatuto ou qualquer crime da competência do TPI; 5. a conduta foi cometida como parte de um ataque generalizado ou sistemático dirigido contra uma população civil; 6. o autor do crime sabia que a conduta fazia parte ou tinha a intenção de fazer parte de um ataque generalizado ou sistemático dirigido contra uma população civil (TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL, 2013, p. 7).

De acordo com o Tribunal Penal Internacional (2013, pp. 8-9), são elementos de outros atos desumanos de caráter semelhante, art. 7º (k): 1. o perpetrador infligiu grande sofrimento ou grave lesão a saúde física ou à saúde mental por meio de atos desumanos; 2. caráter semelhante aos outros atos referidos pelo art. 7º, parágrafo primeiro, do Estatuto de Roma (o caráter se refere à natureza ou a gravidade do ato); 3. o perpetrador tinha conhecimento das circunstâncias em que se estabeleciam o ato; 4. a conduta foi cometida como parte de um ataque generalizado ou sistemático dirigido contra a população civil; 5. o perpetrador sabia que a conduta fazia parte ou tinha a intenção de fazer parte de um ataque generalizado ou sistemático dirigido contra uma população civil.

Reforça-se que é consenso na jurisprudência do direito internacional que o perpetrador não precisa ter conhecimento de todas as características do ataque ou detalhes precisos do plano ou da política, basta ter a intenção de promover ou encorajar tal ato, tanto por meio de ação direta, quanto por tolerância ou omissão.

Destaca-se, ainda, que conforme julgamentos do Tribunal Penal para a Ex-Iugoslávia, não é necessário que ocorra uma série de atos para que se caracterize o crime contra a humanidade. Desde que exista

uma política ou um cenário de ataque sistemático à população civil, basta um ataque a uma única pessoa ou um número limitado de pessoas para que seja considerado um crime contra a humanidade. Em outras palavras, não é necessário que toda a população seja afetada, basta que exista um cenário de ataque sistemático à população e que resulte em violação de uma pessoa ou um grupo mínimo de pessoas. Os sujeitos atingidos são as vítimas imediatas, mas, os crimes contra humanidade também ferem a comunidade internacional. A humanidade é um valor e não apenas o conjunto de pessoas em uma territorialidade.

Diante do exposto, os crimes contra humanidade já estão consolidados no direito internacional, tanto via consuetudinária quanto por legislações internacionais e nacionais. Soma-se aos dispositivos citados, o arcabouço jurídico internacional e nacional de defesa dos direitos humanos, como as convenções e tratados que visam a proteção e reparação das graves violações de direitos humanos, entre eles a Convenção sobre a Imprescritibilidade dos Crimes de Guerra e dos Crimes Contra a Humanidade, a Convenção internacional Sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher e a Convenção contra a Tortura e outras Penas ou Tratamentos Cruéis Desumanos ou Degradantes¹⁰.

Os sentidos produzidos pelas legislações nacionais e tratados internacionais constituem promessas que a sociedade fez a si mesma, aquilo que liga os indivíduos e que limita o aceitável e o inaceitável na sociedade. As legislações estabelecem, linguisticamente, ainda que provisoriamente, as narrativas e os valores coletivos consolidados pela experiência histórica e os limites do que é tolerável ou intolerável para aquela população (OST, 1999, pp. 49-50). As experiências históricas consolidaram promessas de que as violações de direitos humanos são inaceitáveis e, aqueles que detem a autoridade para remediar ou prevenir graves violações, tem o dever de atuar para proteger, reparar e promover direitos fundamentais. Ainda, ações ou políticas de discriminação por motivos relacionados com a identidade do grupo ou da coletividade também são eticamente indefensáveis, já que prevalece o consenso da importância do princípio da igualdade e da liberdade de todo e qualquer ser humano, independentemente das condições sociais, políticas, econômicas.

¹⁰ TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL. Elements of Crimes. 2013. Disponível em: <<https://www.icc-cpi.int/Publications/Elements-of-Crimes.pdf>>. Acesso em 14 de nov. de 2021.

Contudo, essas legislações são o ponto de partida para decisões futuras. A criação das legislações e sua concreção se dá em tempos diferentes e, por isso, é preciso compreender como se dá a relação de conceitos e valores assentados no passado e suas respectivas concreções no presente, dadas às contingências sociais, políticas e econômicas que alimentam as decisões judiciais.

3. A produção e implementação do direito pelos órgãos competentes

A teoria do direito, até o início da segunda metade do século XX, ainda não havia consolidado o devido entendimento de como suas normas efetivamente funcionam ou são usadas pelos operadores do direito.

É certo que, ao menos desde a publicação da obra *Teoria Pura do Direito*, de Hans Kelsen, não se deveria mais acreditar em subsunção no raciocínio jurídico. Mas a crença na objetividade dos conceitos jurídicos permanece muito presente na mentalidade ingênua dos operadores do direito. Há, ainda, aqueles que acreditam que a implementação do direito é um ato de compreensão ou clareza do sentido do direito positivo “em si”. Esses, que muitas vezes se auto intitulam positivistas, não prestaram atenção no que o próprio autor da *Teoria Pura do Direito* já advertia no 8º capítulo dessa obra. Kelsen foi enfático ao assegurar que o sentido do texto normativo não é unívoco e que o órgão que tem competência para aplicar o direito no caso concreto encontra-se perante vários sentidos possíveis. A vontade do legislador ou a intenção das partes é apenas uma entre as várias possibilidades de interpretação que vinculam a decisão ao texto normativo. Entretanto, ainda que a interpretação de uma lei não conduza a única solução, apenas uma interpretação se torna direito positivo, qual seja, aquela que é construída pelo intérprete autêntico. Essa escolha, por sua vez, está além do direito positivo, ela é realizada pela livre apreciação do aplicador do direito, que utiliza de normas sociais, políticas, morais, entre outras, para realizar sua escolha (KELSEN, 2009, pp. 389-391). Kelsen, inclusive, diferencia norma jurídica de proposições jurídicas. Enquanto a primeira é um ato de vontade, produzida por órgão competente, as proposições jurídicas são meras descrições (atos de conhecimento). Essa advertência ficou esmaecida nos discursos dos cultores do legalismo.

Tentando identificar a fonte dessa crença irrefletida, é certo que os seres humanos precisam, em alguma medida, de expectativas

(LUHMANN, 1980). Ademais, o sistema capitalista intensificou a necessidade de expectativas pela sua dependência à segurança dos contratos e salvaguarda da propriedade privada. A manifestação do fenômeno jurídico moderno está atrelada ao fenômeno da codificação, a pressupor um sistema normativo *a priori*, em razão da ascensão ideológica do liberalismo político, o que veio a robustecer princípios de legalidade¹¹. A partir de então generaliza-se e consolida-se a necessidade de se unificar o direito doravante de cunho exclusivamente estatal e com pretensões de coerência e completude sistêmicas. Os efeitos dessa reviravolta estrutural do ocidente fizeram sepultar o que ficou reconhecido como Antigo Regime (GONTIJO, 2019, pp. 115 e seg.). Entretanto, os meandros operativos do direito codificado e supostamente “aplicado” ainda não são de amplo domínio ou entendimento de grande parte dos operadores do direito contemporâneo, de modo que, ainda hoje, juristas desavisados pressupõem que as normas jurídicas decorrem diretamente de dispositivos jurídicos constantes dos códigos, acórdãos judiciais e tratados internacionais devidamente ratificados, diretamente. Mas as normas jurídicas não se confundem com os dispositivos textuais encontrados naquilo que foi promulgado e publicado como lei, assim como não são, no caso da jurisprudência, aquilo que os tribunais externam por meio de acórdãos, mas sim criações dos intérpretes do direito elaboradas a partir de casos concretos. Não se pode confundir dispositivos textuais com normas jurídicas.

Como expressou Humberto Ávila no início da obra *Teoria dos Princípios*, “normas não são textos nem o conjunto deles, mas os sentidos construídos a partir da interpretação sistemática dos textos normativos” (2009, p.30). De um mesmo dispositivo, por meio de processos hermenêuticos, pode-se aferir várias normas, assim como as normas jurídicas podem ser construídas a partir da conjugação de mais

¹¹ Embora se constate inúmeros registros de legislações codificadas durante toda a antiguidade, assim como no período medieval, tais legislações se diferem da forma como concebidas hoje. O fenômeno da codificação instaurado a partir do início do século XIX, sob inspiração de subjetivações iluministas, é algo inovador em termos jurídicos, como observa Norberto Bobbio (2006). A partir da Revolução Francesa, criou-se convicção política de que seria possível criar um código simples e unitário, que traria clareza e objetividade. Também se assentou a ideia da lei escrita como fonte ativa do direito e com pretensão de planejamento. As legislações escritas anteriormente a esse contexto não tinham caráter impositivo, mas serviam como espécies de compêndios de direito, de caráter mais enciclopédico do que como norma a ser aplicada, impositivamente.

de um dispositivo. Há normas jurídicas que não decorrem de qualquer dispositivo, assim como há dispositivos vazios, quais não servem de suporte para qualquer norma jurídica¹².

A não compreensão de como funciona a relação entre fontes do direito e suas instrumentalizações práticas causa frustrações de expectativas nos operadores do direito. Mas, usualmente, esses são acostumados a absorver sem maiores reflexões ou mesmo problematizações tais frustrações. O mesmo se dá, ainda com maior intensidade, em âmbito de direito internacional, já que esse ramo do direito enfrenta obstáculos peculiares à sua normatividade.

Perscrutando aprofundar o entendimento do processo de concreção normativa, uma das mais frutíferas explicações sobre os mecanismos operativos das práxis jurídica decorre das teorias concretistas, tendo um de seus mais reconhecidos expoentes Friedrich Müller. Embora essa teoria seja partilhada e desdobrada por incontáveis teóricos contemporâneos, por questões esquemáticas, o artigo ater-se-á a esboçar linhas propostas por esse autor.

Para a teoria estruturante do direito, os dispositivos normativos são apenas parte dos elementos constitutivos dos processos de elaboração das normas jurídicas. São apenas parte de uma complexa engrenagem e devem ser entendidos como um *modelo* a ser seguido, isto é, algo paralelo que pode ou não induzir a concreção normativa. Por isso, Müller dispõe que a o texto da norma não deve ser apreendido como limite ao direito, mas como “elemento da relação com a realidade” (2009, p. 222).

Müller difere dois elementos a compor o que nomina de *metódica estruturante* do direito: o *programa normativo* e o *âmbito normativo*. O primeiro é composto pelos dados linguísticos dos dispositivos, já o segundo

¹² Humberto Ávila não é o criador dessa tese, mas passa a demonstrá-la e a exemplificá-la com respaldo em Ricardo Guastini, Josef Esser, Karl Larenz, Claus-Wilhelm Canaris, Robert Alexy dentre outros. Dispõe, portanto, que normas como as que garantem *segurança jurídica e certeza do direito*, amplamente sustentadas na práxis jurídica, não têm qualquer dispositivo que as sirvam de esteio. Ilustra exemplos de dispositivos vazios de sentido jurídico, como o preâmbulo da Constituição da República de 1988, que prevê a proteção de Deus sem que isso seja compatível com o ordenamento jurídico pátrio. E assim continua a mostrar que, eventualmente, mais de um princípio decorre de único dispositivo, assim como dispositivos que em decorrência de ações de controle de constitucionalidade tiveram seus sentidos recortados ou cerceados sem necessidade que seus textos sejam alterados. Prova, portanto, que “não há correspondência biunívoca entre dispositivo e norma - isto é, onde houver um não terá obrigatoriamente de haver o outro” (ÁVILA, 2009, p. 31).

compõe-se dos dados relativos às contingências, fatos, entendimentos, jurisprudência e até a literatura jurídica. Os sentidos apresentados pelo direito a serviço dos juristas não são, portanto, figuras perfeitas, no sentido de uma definição fechada, mas “esferas dadas de antemão para várias possibilidades” (MÜLLER, 2009, p. 223). A evidência constatada pela sua análise do processo constitutivo das normas jurídicas é a de que toda decisão é composta pela admissão de estruturas reais concretas que salientam aspectos previstos nos dispositivos. As normas jurídicas são compostas por essas admissões que só a realidade pode fornecer. Portanto, a norma enquanto texto, isto é, o programa normativo, é apenas um modelo instituído, parcial e possível de ser concretizado. A norma enquanto texto é apenas um ponto de partida, que toma forma e sentido por meio da experimentação da realidade. Nesse sentido, o texto normativo faz parte de um ordenamento parcial e não é mais que um elemento a ser explorado pela comunidade jurídica envolvida numa demanda judicial. Os intérpretes e aplicadores do direito (juízes, advogados, promotores, procuradores) completam esse ordenamento ao fixarem a normatividade, levando-se em conta a confluência da realidade experimentada.

A teoria estruturante do direito não desconsidera o pressuposto de intersubjetividade do direito. De forma alguma sua teoria da norma pode ser entendida como relativista ou mesmo alinhada à entendimentos que perspectivam reconhecer ou ampliar a subjetividade dos juízes. A teoria concretista proposta por Müller apenas procura desnudar os contornos práticos das operações cognitivas estabelecidas pelos órgãos de decisão jurisdicional. O objeto de sua investigação é justamente a norma jurídica e por pressuposto como ela pode efetivar-se como processo cognitivo aplicado à realidade experimentada. Sua perspectiva enfrenta as limitações do projeto ideológico do positivismo jurídico, incrementando-o e aperfeiçoando-o. A expressão muito em voga “pós-positivismo” é de sua autoria, inclusive. Em termos próprios, Müller dispõe que

[...] a norma, como projeto obrigatório e como modelo de ordenamento, é apreendida a partir da possibilidade real e imposta com base no conhecimento dos dados reais das estruturas fundamentadas. Contextos reais são ocasião histórica, condição social e campo prático da realização do projeto obrigatório (2009, p. 228).

Pois bem, quando se fizer a análise das condições de possibilidade da condenação do governo federal brasileiro em razão da gestão omissiva ou até mesmo tendenciosa e corrupta na lida com a pandemia do Covid-19 e sua eventual responsabilização por levar a efeito milhares de mortes que poderiam ter sido evitadas, todos os componentes normativos previstos no Estatuto de Roma e legislação complementar a ser usada pelo Tribunal Penal Internacional serão submetidos ao âmbito normativo. Suas possibilidades práticas, ao tempo do julgamento, a consolidação das narrativas históricas feitas sobre a temporalização compreendida entre 2020 e 2021, suas condições políticas, enfim, múltiplos espectros que viabilizarão ou não a realização de um projeto (*modelo*) normativo.

Por outro lado, o direito é dinâmico, heurístico, propõe diferenciações específicas a cada caso, a todo tempo. O eventual julgamento do TPI a ser levado a efeito tendo por réus o Presidente da República, Sr. Jair Messias Bolsonaro, membros de seu governo e empresas privadas envolvidas nos tipos penais previstos pela legislação internacional pertinente não se converterão em condenação simplesmente por existirem pressupostos normativos. Isso porque o modelo normativo dirige as possibilidades de concretização, mas são as motivações da prática jurídica que vão permitir, ou não, a sua efetiva concreção. Müller, nesse exato sentido, aduz que

[...] a norma não constitui algo que é dado pronto e que seria aplicável sem maiores dificuldades básicas. Na linguagem figurada, poderíamos dizer que ela não é a armadilha lógica que se fecha rapidamente assim que aparece um caso apropriado de acordo com sua dimensão e atributos, um caso que é 'subsumido'. (2009, p. 230).

Portanto, seria oportuno indagar se pressupostos normativos do direito internacional, mais precisamente aqueles que prescrevem crimes contra a humanidade, poderiam ser aplicados para sancionar a dolosa omissão do governo federal brasileiro no enfrentamento da crise sanitária experimentada pelo povo brasileiro durante a pandemia do Covid-19. Se isso se concretizar, os efeitos dessa eventual condenação sinalizariam não só para o Brasil, mas para todo o mundo um futuro menos perigoso, a exigir maior responsabilização dos governantes para proteger suas respectivas populações e os direitos fundamentais. Essa

inferência, entretanto, se revela ingênua. Isso porque sempre será possível elencar uma gama de argumentos morais, justificativas racionais balizadas em bom senso e crenças humanitárias a pedir encorajamento da Corte Penal Internacional. Mas a investigação científica do direito não é um discurso de como os tribunais deveriam agir, mas a análise de como efetivamente agem. O sistema jurídico moderno, quer seja positivo, quer seja supra positivo, é autorreferencial e determina seus próprios limites.

Parece interessante, portanto, analisar, à luz do pensamento de Raffale de Giorgi em que consistem esses limites do direito. Para o pensador de Lecce, o limite não é a linha que determina os confins de um sistema auto referencial, mas aquilo que permite consistir o ente em si mesmo. Em outras palavras, o limite não limita, mas atravessa o próprio ente.

4. Inferências, experiências, expectativas

Desnudado o funcionamento das normas jurídicas, suas cunhas firmadas no passado (experiência), sua dimensão presente que se dá pela captura da linguagem e suas potencialidades (expectativas) é possível aferir alguns prognósticos para que o direito não caia num relativismo inconsequente e insensível à construção da justiça.¹³

Raffaele de Giorgi, por ocasião do II Congresso Latino-Americano sobre Direito, Memória, Democracia e Crimes de Lesa Humanidade, dedicou-se, na conferência de abertura, ao tema dos limites do direito. O tema foi abordado a partir de uma perspectiva específica, as fórmulas da contingência, isto é, o que está por detrás das seleções que os sistemas sociais fazem. Em outras palavras, se o sistema se constitui por meio das seleções que executa, o que move a criação das seleções? O direito, como sistema social que é, lida com a redução de complexidade estabelecendo sentidos a determinar em que consiste o próprio direito. Como se sabe, o direito não está nos dispositivos que constituiu a pressupor e a construir a si mesmo, no passado. O direito lida com circunstâncias específicas do ambiente: as contingências. Isso lhe impõe o paradoxo do tempo presente porque esse sistema é memória de seu passado, por certo, mas se difere do passado. Isso quer dizer que os sentidos que cria não estão no passado,

¹³ A função prioritária do direito não é, de fato, fazer justiça, mas garantir expectativas. Entretanto, a justiça é constitutiva de seu discurso de legitimação; é sua função transversal, minimamente.

onde aparentemente estaria enraizado, mas o direito moderno, positivo, tem por pressuposto de sua própria existência sua auto definição permanente, no presente. Há, portanto, circularidade tautológica na constituição do direito moderno, exatamente porque é moderno. “La circularidad y paradojalidad son características estructurales de la sociedad moderna” (DE GIORGI, 2018, p. 143).

Se o direito não vem do passado, mas é, a todo tempo, constituído no presente, a partir de si mesmo, em que adianta toda a evolução histórica a perceber e a garantir direitos humanitários como demonstrado neste artigo? Ou, ainda, como De Giorgi usualmente se expressa: “a única certeza do direito, a única segurança que o direito oferece é que um juiz ou um colegiado de juízes declararão o direito”. Essa proposição, embora possa causar perplexidade, coaduna perfeitamente as considerações sobre a teoria da norma jurídica, também expostas neste artigo.

Ainda acompanhando o mestre de Lecce, postula-se que o presente é uma diferença porque inclui em si diferenças. E o que isso quer dizer? Quais são as diferentes diferenças inclusas no presente? Elas não estão determinadas, elas emergem, elas dependem de condições práticas que podem ou não ser capturadas pela racionalidade daqueles que declararão o direito. Portanto, o direito tem suas bordas constantemente redefinidas e não pode ser apreendido por uma vontade que está presa ao passado. Com efeito, se tudo que acontece, acontece a partir do próprio presente, o presente, por essa perspectiva, é um paradoxo: o tempo que não tem tempo, não tem duração. Mas é o único tempo existente, por pressuposto. Assim, a narrativa de desenvolvimento gradual do direito humanitário aparentemente acumulado desde meados do século XIX, que teria sido consolidado por meio de declarações igualmente pretéritas que lastreariam os pressupostos normativos da ação do TPI estão apartadas do que o mesmo tribunal prescreverá no futuro, eventualmente, sobre as responsabilidades e as consequências daqueles que detinham o dever de agir e não agiram, a cometer crimes contra a humanidade.

Essas diferenciações quais o direito é capaz de fazer a todo tempo podem ser também chamadas de distinções constitutivas, eis aí os requisitos que fazem do direito uma racionalidade tipicamente moderna. “La sociedad moderna se caracteriza porque los sistemas sociales se diferencian y se especifican respecto de una determinada función” (DE GIORGI, 2018, p. 210).

Na ‘não modernidade’ ou, ainda, no ‘antes da modernidade’, as sociedades ocidentais se estruturavam a partir de uma ordem que se

reconhecia estratificada. Mas a modernidade tudo transformou na monocultura da identidade e assim assentou sua fórmula política de soberania. A monocultura da modernidade é uma fórmula para lidar com as contingências, a fórmula que pressupõe não haver diferenças.

O direito, como sistema tipicamente moderno, determina seus próprios limites. Valendo-se da operação de seus próprios limites como lugar de manutenção ou controle da complexidade, o sistema do direito seleciona contingências e as neutraliza por meio das distinções, isto é, lícito\ilícito, incluso\excluso, proibido\permitido, culpado\inocente etc. O limite é, portanto, o instrumento por meio do qual se opera a contração ou a restrição da complexidade. A estabilidade do direito ou do sistema capitalista depende da capacidade das instituições jurídicas de absorverem e normalizarem os conflitos e os antagonismos sociais.

Na experimentação do direito a se concretizar nos processos decorrentes da CPI da Covid-19 estará em jogo o dever de justiça, pela lembrança dos mais de 600 mil brasileiros mortos na pandemia. Entre os vitimados pela pandemia, muitos morreram por asfixia em virtude da omissão, descaso e despreparo do governo federal, que, por falta de planejamento, permitiram o colapso do sistema de saúde. Ainda, estará em jogo os ataques sistemáticos dirigidos às populações indígenas brasileiras, por razões étnico-raciais, que privaram as respectivas populações do direito à água, a medicamentos e à alimentação adequada.

A possibilidade da memória do morticínio se transformar em promessa para o futuro está diretamente relacionada as condições do seu conhecimento e a dinâmica pró ativa da comunidade política nacional e internacional. Isso quer dizer que a concreção dos dispositivos normativos jurídicos não depende somente da operacionalidade dos códigos do direito, mas está relacionada a capacidade das mobilizações sociais a ratificar ênfases ao cumprimento dos direitos humanos, da dignidade humana e da sinalização da proteção da vida no presente.

Entretanto, é possível inferir, seguindo Koselleck, que “não há expectativa sem experiência, não há experiência sem expectativa” (2011, p. 307). A experiência das centenas de milhares de vidas perdidas em decorrência de políticas que seriam, na sua dimensão menos gravosa, negligências a configurar culpa e, na mais gravosa, premeditadas, sistematizadas e transformadas em política públicas, a configurar dolo, vieram ao conhecimento público e passam a compor a memória coletiva do povo brasileiro. E, nesse sentido, se dão a capturar no jogo de conceitos concatenados por Koselleck assim disposto:

[...] esperança e recordação, ou mais genericamente, expectativa e experiência – pois a expectativa abarca mais que a esperança e a experiência é mais profunda que a recordação – são constitutivas, ao mesmo tempo, da história e de seu conhecimento, e certamente o fazem mostrando e produzindo a relação interna entre passado e futuro, hoje e amanhã (2011, p. 308).

A questão então se deixar revelar: que seleções de hipótese e consequência a comunidade política brasileira exigirá cumprimento e como fará isso? Como demonstrado, o direito seleciona contingências e as neutraliza e essa seleção pode ou não atender demandas por justiça de uma comunidade política, pode ou não estar lastreado por uma memória coletiva. Isso porque a justeza de uma decisão não está no texto da lei, mas na força política de uma comunidade capaz de se impor, a partir da sua memória coletiva. Por pressuposto, dispõe Koselleck:

[...] os conceitos não servem mais para apreender os fatos de tal ou tal maneira, eles apontam para o futuro. Privilégios políticos ainda por serem conquistados foram formulados primeiro na linguagem, justamente para que pudessem ser conquistados e para que fosse possível denominá-los. Com esse procedimento, diminuiu o conteúdo empírico presente no significado de muitos conceitos, enquanto aumentava proporcionalmente a exigência de realização futura contida deles” (2011, p. 102).

As investigações da CPI da Covid têm um caráter fundamental no conhecimento da história: o processo investigatório e seu relatório final são constitutivos da história e do seu conhecimento e podem vincular o passado ao futuro. No entanto, a linguagem não vem do passado, não é fixa, não está apreendida numa espécie de mundo das ideias platônico (BRANDOM, 2001), mas é recriada constantemente pelos seus usos. Por conhecer conceitos, valores, sentidos, a memória, experiência organizada (*anamnèsis*)¹⁴ de um povo constrói uma tradição. Não é o TPI, ou qualquer corte superior que fundará o futuro. O futuro é determinado pela capacidade dos movimentos sociais populares

¹⁴ Para Aristóteles, *mnèmè* é a simples conservação do passado, ao passo que *anamnèsis* consiste na recordação voluntária do passado. (ARISTÓTELES, 1952, 449 b 6).

e de grupos organizados a travar enfrentamentos no cotidiano. Só a partir da percepção da alteridade é possível elaborar o passado, produzir sensibilidades e percepções para as decisões do presente. Elaborar o passado é condição de possibilidade de se fazer justiça no presente. Esquecer, não raro, encobre injustiças. O ato de elaborar o passado é resistência. Transformar o luto e os traumas experimentados pela população brasileira nos anos de 2020-21 em dever de justiça, ratificando no presente o valor da dignidade humana e dos direitos fundamentais, só se concretizará em efeito do desassossego¹⁵ dos membros da comunidade política brasileira. Ou ainda, como dispôs Ricoeur:

É a justiça que, ao extrair das lembranças traumatizantes seu valor exemplar, transforma a memória em projeto; e é esse mesmo projeto de justiça que dá ao dever de memória a forma do futuro e do imperativo. Pode-se então sugerir que, enquanto imperativo de justiça, o dever de memória se proteja à maneira de um terceiro termo no pronto de junção do trabalho de luto e do trabalho de memória. (2010, p.101)

A concreção do direito pelos tribunais nacionais e internacionais está diretamente relacionada as delimitações conceituais e aos usos das linguagens forjadas pelas lutas populares e pela atuação de movimentos sociais. Os órgãos aplicadores do direito são constituintes de valores, sentidos, mas também são constituídos pelas relações sociais e pelo poder político da sociedade organizada. Enquanto sistema moderno, os tribunais agem absorvendo e normalizando os conflitos e os antagonismos sociais. A disputa pela memória coletiva, pelos movimentos sociais, é o dever de se fazer justiça a partir da lembrança da dor e de se tencionar a concreção de direitos e valores fundamentais na sociedade. Retomando a passagem de Ricoeur que abriu este artigo, “o dever de memória é o dever de fazer justiça, pela lembrança, a um outro que não o si”. (2010, p 101).

Referências

ARISTÓTELES, *De la mémoire et de la réminiscence*, Paris: Les Belles Lettres, 1952.

¹⁵ A expressão desassossego foi usada por De Giorgi em sua conferência para se referir ao movimento dialético em Hegel.

- ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos, 9ª edição, São Paulo: Malheiros Editores, 2009.
- BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito. São Paulo: Ícone, 2006.
- BRANDOM, Robert B. **Articulating Reasons**: an introduction to inferentialism, Harvard University Press - Cambridge, Massachusetts - London - 2001.
- BRANDOM, Robert B. **Making it explicit**: reasoning, representing, and discursive commitment. Harvard University Press, 1998.
- DE GIORGI, Raffaele, **Observación sociológica de la filosofía del derecho**, tradução para o espanhol de Javier Espinoza de los Monteros, México: Derecho Global Editores, 2018.
- GONTIJO, Lucas de Alvarenga. **Filosofia do Direito**: Metodologia Jurídica, Teoria da Argumentação e Guinada Linguístico-pragmática. Belo Horizonte: Editora D'Placido, 2020.
- HALBWACHS, Maurice. **A memória coletiva**. São Paulo: Centauro, 2006
- KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 8º edição. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.
- LUHMANN, Niklas. **Sociologia do direito I e II**, título original: Rechtssoziologie, tradução de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1985.
- MÜLLER, Friedrich. **Teoria estruturante do direito**, título original: Strukturierende Rechtslehre, tradução de Peter Naumann e Eurides Avance de Souza, 2ª. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.
- OLIVEIRA, Ana Carolina Rezende. Crime contra a humanidade. Em: MAGALHÃES, José Luiz Quadros de; GONTIJO, Lucas de Alvarenga; COSTA, Bárbara Amelize; BICALHO, Mariana Ferreira (Orgs.) Redes de Direitos Humanos: **Dicionário de Direitos Humanos** [recurso eletrônico]. Porto Alegre, RS: Editora Fi, 2021.
- OST, François. **O tempo do direito**, título original: Le temps du droit, tradução de Maria Fernanda de Oliveira, Lisboa: Editora: Instituto Piaget. 1999.
- RAMOS, André de Carvalho. **Curso de Direitos Humanos**. Edição do Kindle. 7 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

RICOEUR, Paul. **A memória, a história, o esquecimento**, título original: *La memoire, l'histoire, l'oubli*, tradução de Alain François [et. Al], Campinas SP: Editora da Unicamp, 2007.

RICOEUR, Paul. **Tempo e Narrativa**, Volume 1: A intriga e a narrativa histórica. Tradução de Claudia Berliner, título original: *Temps et récit*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2012.

TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL. **Elements of Crimes**. 2013. Disponível em: <<https://www.icc-cpi.int/Publications/Elements-of-Crimes.pdf>>. Acesso em 09 de novembro de 2021.

TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA A EX-IUGOSLÁVIA, **The Prosecutor v. Dusko Tadić**, IT-94-1-AR72, Appeals Chamber, Decision, 2 October 1995.

TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA A EX-IUGOSLÁVIA, **The Prosecutor v. Dragoljub Kunarac, Radomir Kovac and Zoran Vukovic**, IT-96-23 and IT-96-23/1, Appeals Chamber, Judgement, 12 June 2002.

TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA A EX-IUGOSLÁVIA, **The Prosecutor v. Tihomir Blaskic**, IT-95-14-A, Appeal Judgement, 29 July 2004.