



*Justiça de Transição:*  
**ANÁLISES COMPARADAS  
BRASIL-ALEMANHA**

Comissão de  
**Anistia**

Ministério da  
**Justiça**



A Comissão de Anistia do Ministério da Justiça é o órgão responsável pela reparação às vítimas de atos de exceção entre os anos de 1946 e 1988. O programa de reparações inclui as dimensões: econômica, moral, simbólica e psicológica, nos âmbitos individual e coletivo. Criado em 2008, o projeto de cooperação internacional da Comissão de Anistia, mantido em parceria com a Agência Brasileira de Cooperação do Ministério das Relações Exteriores e o Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento, objetiva gerar insumos para o aperfeiçoamento da Justiça de Transição no Brasil, bem como permitir a circulação de conhecimentos e expertise, com ênfase na cooperação Sul-Sul.

Na seara da cooperação acadêmica, a presente obra soma-se àquelas editadas em parceria com o Centro de Estudos Sociais da Universidade de Coimbra, Portugal, intitulada “Repressão e Memória Política no Contexto Ibero-Brasileiro - Estudos sobre o Brasil, Guatemala, Moçambique, Peru e Portugal” (2010), e com o Centro de Estudos Latino-Americanos e o St. Anthony’s College da Universidade de Oxford, Inglaterra, sob o título “A Anistia na Era da Responsabilização - O Brasil em Perspectiva Internacional e Comparada” (2011), trazendo ao leitor brasileiro o produto final de atividades acadêmicas de excelência realizadas no estrangeiro. As obras da coleção têm distribuição gratuita em mídias física e digital.

Saiba mais sobre o Cluster de Excelência “A Formação das Ordens Normativas” da Universidade Goethe na orelha da contracapa.

*Justiça de Transição:*

**ANÁLISES COMPARADAS  
BRASIL-ALEMANHA**



*Justiça de Transição:*  
**ANÁLISES COMPARADAS  
BRASIL-ALEMANHA**

REALIZAÇÃO



**NORMATIVE ORDERS**  
Exzellenzcluster an der Goethe-Universität Frankfurt am Main



*Empoderando vidas.  
Fortalecendo nações.*

Comissão de  
**Anistia**

Ministério da  
**Justiça**

GOVERNO FEDERAL  
**BRASIL**  
PÁTRIA EDUCADORA

*Brasília & Frankfurt*  
**2015**

**Presidenta da República**

DILMA VANA ROUSSEFF

**Ministro da Justiça**

JOSÉ EDUARDO CARDOZO

**Secretário Executivo**

MARIVALDO DE CASTRO PEREIRA

**Presidente da Comissão de Anistia**

PAULO ABRÃO

**Vice-Presidentes da Comissão de Anistia**

JOSÉ CARLOS MOREIRA DA SILVA FILHO

**Conselheiros da Comissão de Anistia**

ALINE SUELI DE SALLES SANTOS

ANA MARIA GUEDES

ANA MARIA LIMA DE OLIVEIRA

CAROLINA DE CAMPOS MELO

CAROLINE PRONER

CRISTIANO OTÁVIO PAIXÃO A. PINTO

ENEÁ DE STUTZ E ALMEIDA

HENRIQUE DE ALMEIDA CARDOSO

JOSÉ CARLOS MOREIRA DA SILVA FILHO

JUVELINO JOSÉ STROZAKE

MANOEL SEVERINO MORAES DE ALMEIDA

MÁRCIA ELAYNE BERBICH MORAES

MARINA DA SILVA STEINBRUCH

MÁRIO MIRANDA DE ALBUQUERQUE

MARLON ALBERTO WEICHERT

NARCISO PATRIOTA FERNANDES BARBOSA

NILMÁRIO MIRANDA

PAULO ABRÃO

PRUDENTE JOSÉ SILVEIRA MELLO

RITA MARIA DE MIRANDA SIPAHI

ROBERTA CAMINEIRO BAGGIO

RODRIGO GONÇALVES DOS SANTOS

VANDA DAVI FERNANDES DE OLIVEIRA

VIRGINIUS JOSÉ LIANZA DA FRANCA

**Diretor da Comissão de Anistia**

VIRGINIUS JOSÉ LIANZA DA FRANCA

**Chefe de Gabinete da Comissão de Anistia**

RENATA BARRETO PRETURLAN

**Coordenadora-Geral do Memorial da Anistia Política**

ROSANE CAVALHEIRO CRUZ

**Coordenadora-Geral de Gestão Processual**

MARLEIDE FERREIRA ROCHA

**Coordenador de Registro e Controle Processual**

JOÃO ALBERTO TOMACHESKI

**Coordenador de Análise Processual**

RODRIGO LENTZ

**Coordenadora de Julgamento e Finalização**

NATÁLIA COSTA

**Coordenador de Pesquisa em Memória e Direitos Humanos**

ANDREI SUAREZ DILLON SOARES

**Coordenador de Articulação Social e Ações Educativas**

ALEXANDRE DE ALBUQUERQUE MOURÃO

**Coordenadora de Reparação Psíquica**

CARLA OSMO

**Colaboração**

BRUNO SCALCO FRANKE

VINICIUS LINS MAIA

JENY KIM BATISTA

341.234 J96t **Justiça de transição : análises comparadas Brasil-Alemanha /**  
**organização, Cornelius Prittwitz ... [et al.] ; Antonio Martins ...**  
**[et al.]. -- Brasília : Ministério da Justiça, Comissão de Anistia,**  
**2015.**  
**282 p.**

ISBN : 978-85-5506-012-0

Textos apresentados no Congresso alemão-brasileiro realizado  
de 16 a 18 de julho de 2012, em Frankfurt, sobre o tema "Justiça de  
transição".

1. Justiça de transição, Brasil, Alemanha. 2. Anistia, Brasil. 3.  
Repressão política. 4. Direitos humanos 5. Direito penal – aspectos  
políticos. I. Prittwitz, Cornelius, org. II. Martins, Antonio. III.  
Ministério da Justiça. Comissão de Anistia.

CDD

Ficha elaborada pela Biblioteca do Ministério da Justiça

Esta publicação é parte do programa de cooperação internacional da Comissão de Anistia do Ministério da Justiça, reunindo trabalhos acadêmicos de autores com diferentes perspectivas teórico-políticas. Assim, as opiniões contidas neste volume não traduzem posições oficiais ou políticas públicas do Governo Federal, exceto quando expresso em contrário.

Os textos que compõem essa obra foram originalmente publicados em alemão pela série Frankfurter Kriminalwissenschaftliche Studien, vol. 143, da Peter Lung Academic Publisher, sob o título "Transitional Justice: das problem gerechter strafrechtlicher vorgangsbewältigung". Ambas edições representam resultados de seminário internacional realizado em julho de 2012, na Universidade Goethe de Frankfurt sobre o Mene.

A Comissão de Anistia agradece o empenho do Consulado Geral do Brasil em Frankfurt para a viabilização das edições bilíngues.

## **Organizadores**

CORNELIUS PRITTWITZ  
LAURO JOPPERT SWENSSON JUNIOR  
MARCELO TORELLY  
PAULO ABRÃO  
ULFRID NEUMANN

## **Autores**

ANTONIO MARTINS  
AMARILIS BUSCH TAVARES  
CORNELIUS PRITTWITZ  
DIRK FABRICIUS  
JAN MICHEL SIMON  
KLAUS GÜNTHER  
LAURO JOPPERT SWENSSON JUNIOR  
LENIO LUIZ STRECK  
MARCELO TORELLY  
MARIA PAULA ARAÚJO  
MARLON ALBERTO WEICHERT  
PAULO ABRÃO  
THOMAS VORMBAUM  
ULFRID NEUMANN  
WINFRIED HASSEMER

# Sumário

## APRESENTAÇÃO

Cornelius Prittwitz, Lauro Joppert Swensson Jr., Marcelo Torelly, Paulo Abrão, Ulfrid Neumann

10

## PREFÁCIO:

Uma saudação de boas-vindas

Winfried Hassemer

14

## PARTE 01:

O Direito e a Política nas Transições no Brasil e na Alemanha

18

Mutações do conceito de anistia na Justiça de Transição brasileira:  
*a terceira fase da luta pela anistia*

Paulo Abrão, Marcelo Torelly

20

O papel do Direito, da sociedade e da política  
na superação de sistemas ilícitos

Ulfrid Neumann

40

## PARTE 02:

O Contexto Histórico das Transições

54

Leituras históricas e Justiça de Transição:  
*notas para um debate comparado*

Marcelo Torelly

56

Anistia no Brasil:  
*história e memória*

Maria Paula Araújo

64

A transição jurídico-penal na Alemanha depois de  
1945, com especial consideração do tratamento do  
ilícito judiciário do período nacional-socialista

Thomas Vormbaum

82

## PARTE 03:

Anistia e Justiça

104

A Justiça de Transição no Brasil e na Alemanha:  
*as possibilidades da responsabilização penal individual  
e das Comissões de Reparação e Verdade*

Amarilis Busch Tavares

106



Visão crítica dos óbices à promoção da Justiça no Brasil Marlon Alberto Weichert	114
Por que razão é a anistia demasiado pouco e a pena um erro? <i>A incumbência de uma Comissão de Verdade e Reconciliação</i> Dirk Fabricius	144
Constitui a anistia obstáculo para a Justiça de Transição brasileira? Lauro Joppert Swensson Junior	178
<b>PARTE 04:</b> Justiça de Transição e Direito Penal	<b>196</b>
Responsabilidade, culpa e obrigação de recordar: <i>um comentário</i> Jan-Michael Simon	198
Direito Penal como instrumento da política? <i>Sobre os limites da argumentação a favor e contra a "superação do passado" por meio do Direito Penal</i> António Martins	206
Os equívocos do Supremo Tribunal Federal do Brasil na interpretação da Lei da Anistia Lenio Luiz Streck	230
Responsabilidade como conceito-chave das tentativas jurídico-penais de superação do passado: <i>responsabilidade individual vs. responsabilidade coletiva e responsabilidade pelo passado e pelo futuro</i> Cornelius Prittwitz	244
Razões pelas quais a Justiça de Transição está dependente da apuração da culpa jurídico-penal: <i>doze teses</i> Klaus Günther	262
<b>SOBRE OS AUTORES</b>	<b>278</b>





# APRESENTAÇÃO

CORNELIUS PRITTWITZ

LAURO JOPPERT SWENSSON JUNIOR

MARCELO TORELLY

PAULO ABRÃO

ULFRID NEUMANN

A presente obra apresenta os resultados do congresso alemão-brasileiro sobre o tema da "Justiça de Transição", que se realizou entre 16 e 18 de julho de 2012, na Johann Wolfgang Goethe-Universität Frankfurt am Main.

O congresso foi organizado pela Cátedra de Direito Penal e Filosofia Jurídica do Instituto de Ciências Criminais e Filosofia do Direito e pela Comissão da Anistia do Ministério de Justiça do Brasil, em cooperação com o Centro de Excelência "A Formação de Ordens Normativas", o Consulado-Geral do Brasil em Frankfurt am Main, o Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD), bem como com apoio e suporte da Faculdade de Direito da Goethe-Universität.

A obra, originalmente publicada em alemão, é agora apresentada à comunidade acadêmica brasileira pela Comissão de Anistia do Ministério da Justiça, dando sequência à série de títulos produzidos em parceria com instituições de pesquisa estrangeiras de destacado mérito acadêmico. O primeiro volume, *Repressão e Memória Política no Contexto Ibero-Americano*, foi resultado de projeto de cooperação com o Centro de Estudos Sociais da Universidade de Coimbra (Portugal). O segundo, *A Anistia na Era da Responsabilização*, derivou de parceria com o Centro de Estudos Latino-Americanos e o St. Anthony's College, da Universidade de Oxford (Inglaterra). Somando a presente publicação à série, entendemos dar continuidade ao processo de compartilhamento de resultados obtidos pelo programa de cooperação internacional em Justiça de Transição mantido pelo Ministério da Justiça, o Ministério das Relações Exteriores e o Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento, sob coordenação da Comissão de Anistia.

Gostaríamos de agradecer a todos(as) os(as) conferencistas, moderadores e moderadoras por suas valiosas contribuições, bem como aos professores Ulfrid Neumann (Instituto de Ciências Criminais e Filosofia do Direito), Klaus Günther (Centro de Excelência "A

Formação de Ordens Normativas") e Cornelius Prittwitz (Faculdade de Direito da Goethe-Universität) e ao embaixador Cezar Amaral (Consulado do Brasil em Frankfurt), pelos apoios institucionais à presente iniciativa, bem como aos senhores Marcelo Torelly, Lauro Joppert Swensson Junior, Fernando Amado Aymoré e João Manuel Fernandes pela dedicação ao projeto de tradução do volume original. Agradecemos também ao Dr. Sascha Ziemann, pela competência e engajamento nos serviços de editoração da obra em alemão, e ao Ministério da Justiça pela produção e distribuição do volume brasileiro.

Passamos a reproduzir a seguir a nota orientadora dos debates tidos em Frankfurt, seguida da íntegra dos trabalhos apresentados.

"No presente volume, apresentam-se reflexões sobre como rupturas no sistema político de um Estado confrontam também o sistema jurídico com enormes problemas. Especialmente quando se trata de, após o fim de um regime ditatorial, enfrentar juridicamente sistemáticas violações aos direitos humanos por ele perpetradas. As decisões políticas a serem aqui tomadas e cujos limites estão contidos na alternativa "perdão ou penalização" necessitam igualmente ser avaliadas pelos critérios do direito e da Justiça ("Transitional Justice"). Jusfilosoficamente surge então o problema de se, com base numa posição jusmoralista (jusnaturalista), se pode suprimir "retroativamente" a validade de determinadas normas jurídicas de um ordenamento estatal pretérito. É também neste sentido que deve ser decidida a controversa questão política sobre se é ou não admissível, em um Estado de Direito, a penalização de ações que, embora a seu tempo legais, violam os direitos humanos.

O congresso abrange essas e várias outras questões, a partir das perspectivas do "enfrentamento" pela sociedade das experiências de um "sistema ilícito", da possibilidade de anistias, do significado da adstrição de responsabilidade, assim como da função do direito penal e (especialmente) do conceito jurídico-penal de culpabilidade no contexto de uma Justiça de Transição."

Brasília e Frankfurt am Main, fevereiro de 2014.

Cornelius Prittwitz

Lauro Joppert Swensson Junior

Marcelo Torelly

Paulo Abrão

Ulfrid Neumann



# PREFÁCIO

## Uma saudação de boas-vindas

WINFRIED HASSEMER

*Tradução: João Manuel Fernandes*



Minhas Senhoras e meus Senhores,

Dou-vos as minhas saudações de boas-vindas às duas conferências de abertura do nosso congresso sobre "Direito e Política na Superação do Passado Brasileiro e Alemão". Paulo Abrão vai falar sobre as experiências e perspectivas brasileiras, Ulfrid Neumann sobre as experiências e perspectivas alemãs.

A minha tarefa aqui é a moderação. Com esta tarefa não são conciliáveis reflexões longas sobre o assunto do qual se há de tratar. No entanto, e em forma de antecipação às conferências, não posso deixar de dizer duas palavras sobre este assunto. Pois não apenas o tema já me ocupou com frequência; também a circunstância de mais uma vez poder vivenciar o pensamento brasileiro e a língua brasileira merece os meus cordiais agradecimentos aos organizadores pelo seu convite.

A forma como uma sociedade e um sistema jurídico lidam com a experiência profunda de que o sistema político entra em colapso e se abre (ou promete abrir-se) a porta para uma vida nova e melhor no Estado, na sociedade e no cotidiano pessoal, é paradigmática para o estado desta sociedade, das suas normas, convicções e costumes. Dificilmente existe um outro objeto de estudo científico e de opções jurídico-políticas no qual se pudesse estudar

de forma mais precisa a situação em que se encontram o Direito e os seus fundamentos no Estado e na sociedade.

O Instituto Max Planck de Freiburg para o Direito Penal Estrangeiro e Internacional, que seguramente é bem conhecido da maior parte de vós, abriu, sob a égide do seu antigo diretor Albin Eser, num trabalho de investigação de muitos anos, com um quadro de pessoal alargado e diversidade temática, um trilho para o tema "O Direito Penal em reação ao ilícito de sistema – Análises comparadas de processos de transição". Gostaria de despertar o vosso interesse para esta obra. Começando com a reflexão sobre "Ilícito de sistema" no Direito Penal da RDA no início dos anos 90 do século passado, juntaram-se entretanto na sua totalidade 14 tomos, dos quais o último, algo como uma síntese e summa, foi publicado este ano, e cujo penúltimo é dedicado, ao longo de quase 250 páginas, ao Brasil. Estes livros são uma caverna do tesouro do Direito de Transição: ricos em fatos na reflexão de Direito Comparado, críticos a respeito dos pressupostos e consequências de um restabelecimento do sistema jurídico em moldes de um Estado de Direito e acolhedor dos Direitos Humanos, e tendo em vista as circunstâncias extrajurídicas de uma Justiça de Transição nas normas sociais da respectiva sociedade, nos costumes das pessoas, na força para um novo começo ou também na dignidade do esquecimento e do perdão.

As particularidades vão ser postas em discussão segundo os exemplos do Brasil e da Alemanha durante este congresso. As palestras vão informar e criticar, vão fazer perguntas sobre estruturas, sobre possibilidades concretas de sucesso e de fracasso e também sobre as chances de aprender com os erros passados. Se os trabalhos correrem da melhor forma, compreender-se-á que as condições de um trabalho sobre o "ilícito de sistema" têm um longo alcance: desde o estado da política externa e das possibilidades de ajuda externa no momento do colapso do sistema anterior, passando pelas necessidades de um restabelecimento e reorganização rápidos da polícia e das forças armadas até a energia e disponibilidade do maior número possível de pessoas para encerrarem o capítulo da sua vida anterior e construir uma vida nova, uma vida melhor. E ver-se-á que o Direito Penal não é o instrumento mais importante ou sequer mais apropriado para fazer com que a transição tenha êxito.

Desejo a todos nós que os trabalhos corram da melhor forma.



PARTE 01:  
O Direito e a Política  
nas Transições no Brasil  
e na Alemanha



# Mutações do conceito de anistia na Justiça de Transição brasileira: *a terceira fase da luta pela anistia*<sup>1</sup>

PAULO ABRÃO

MARCELO TORELLY

1 As opiniões expressas neste texto são de seus autores, não necessariamente refletindo posições das instituições em que atuam. Versões preliminares deste trabalho foram apresentadas nos seguintes encontros políticos e acadêmicos: seminário internacional Limites e Possibilidades da Justiça de Transição, Porto Alegre: Faculdade de Direito da PUCRS, abril de 2012; seminário internacional História Contemporânea: memória, trauma e reparação, Rio de Janeiro: Instituto de História da UFRJ, maio de 2012; seminário O direito à Verdade: informação, memória e cidadania, São Paulo: Assembleia Legislativa do Estado, junho de 2012; seminário brasileiro-alemão Transitional Justice: vergleichende einblicke in transitionsprozesse aus Brasilien und Deutland, Frankfurt: Goethe Universität Frankfurt am Main, julho de 2012; concessão de título de Doutor Honoris Causa à Paulo Abrão Pires Junior pela Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais de Florianópolis, do Centro de Estudos Universitários de Santa Catarina (CESUSC), em agosto de 2012. Agradecemos a todos os que contribuíram para seu aprimoramento nestes distintos fóruns, permitindo agora a publicação de uma versão impressa de maior qualidade.

## 1. INTRODUÇÃO

Neste estudo procuraremos sistematizar algumas teses defendidas em textos esparsos ao longo dos últimos quatro anos que, partindo da ideia de que o programa de reparações às vítimas constitui o "eixo estruturante" da Justiça de Transição no Brasil<sup>2</sup>, promovendo os denominados "direitos da transição"<sup>3</sup>, buscam explicitar a ambiguidade da Lei da Anistia de 1979 enquanto processo social cujo legado e consequências seguem em disputa, ensejando um "paradoxo da vitória de todos"<sup>4</sup> que se traduz em distintas concepções sobre a anistia no Brasil: de um lado, é lida como *impunidade e esquecimento*, de outro, como *liberdade e reparação*<sup>5</sup>.

A aprovação da Lei da Anistia no Brasil em 1979, durante o regime militar, é o marco jurídico fundante do processo de redemocratização. A forte e histórica mobilização social da luta pela anistia e pela abertura política é de tal sorte que do conceito de anistia emana toda a concepção da Justiça de Transição no Brasil. O conceito de anistia como "impunidade e esquecimento" defendido pelo regime militar e seus apoiadores seguiu estanque ao longo

2 Veja-se nosso: Abrão, Paulo & Torelly, Marcelo D. "El programa de reparaciones como eje estructurador de la justicia transicional em Brasil", in: Reátegui, Felix (org.) *Justicia Transicional – Manual para América Latina*. Brasília/Nova Iorque: Ministério da Justiça/ICTJ, 2011, pp. 477-522. O termo Justiça de Transição será utilizado em sentido amplo para referir-se aos mecanismos disponíveis para lidar com o legado de violência do passado: verdade, reparação, justiça e reforma das instituições.

3 Cf. Abrão, Paulo & Genro, Tarso. *Os Direitos da Transição e a Democracia no Brasil: estudos sobre a Justiça de Transição e a Teoria da Democracia*. Coleção Fórum Justiça e Democracia, vol. 01. Belo Horizonte: Fórum, 2012. Capítulo 2.

4 Cf. Torelly, Marcelo D. *Justiça de Transição e Estado Constitucional de Direita*. Belo Horizonte: Fórum, 2012. Capítulo 04, item 4.3.

5 Cf.: Abrão, Paulo & Torelly, Marcelo D. "Resistance to change: Brazil's persistent amnesty and its alternatives for truth and justice", in: Lessa, Francesca & Payne, Leigh (org.) *Amnesty in the Age of Human Rights Accountability*. Nova Iorque: Cambridge University Press, pp. 152-180 ou Payne, Leigh; Abrão, Paulo; Torelly, Marcelo D. (orgs.). *A Anistia na Era da Responsabilização – O Brasil em perspectiva internacional e comparada*. Brasília/Oxford: Ministério da Justiça/Universidade de Oxford, 2011, pp. 212-248.

dos últimos anos, passando por atualizações jurisprudenciais. Por outro lado, o conceito de anistia defendido pela sociedade civil na década de 1970, anistia enquanto “liberdade”, seguiu desenvolvendo-se durante a democratização, consolidando-se na ideia de anistia como “reparação” constitucionalizada no artigo 8º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias de 1988.

Para além da exposição da síntese desta tese, o presente texto procurará analisar também o momento atual da justiça transicional brasileira, com a articulação de novos movimentos sociais, com demandas por justiça junto ao Supremo Tribunal Federal<sup>6</sup>, na Corte Interamericana de Direitos Humanos<sup>7</sup>, com a nova posição da Câmara Criminal do Ministério Público Federal<sup>8</sup>, com a aprovação da Lei de Acesso à Informação<sup>9</sup>, com a criação da Comissão Nacional da Verdade<sup>10</sup> e com as primeiras condenações judiciais relacionadas aos crimes da ditadura militar<sup>11</sup>.

Tais elementos factuais, de acordo com o modelo de análise aqui proposto, consolidam a perspectiva social de uma ideia de anistia como “liberdade” e como “reparação” e apontam para o surgimento de uma terceira fase de significação social da ideia de “anistia” no processo transicional brasileiro, que chamamos de *anistia como verdade e justiça*.

Estas percepções alteram concretamente os pressupostos da *anistia como impunidade e esquecimento*, propagada durante o regime militar e, ainda, afirmada por setores e instituições conservadoras.

## 2. A CENTRALIDADE DA ANISTIA DE 1979 E SUA AMBIGUIDADE DE SENTIDO NA TRANSIÇÃO POLÍTICA

A compreensão do significado político e jurídico do termo “anistia” na história do Brasil remete-nos diretamente ao contexto político de disputa entre o regime ditatorial e a resistência política na década de 1970. Após o golpe militar de 1964, que contou com o apoio de importantes setores civis, surgem diversos movimentos de resistência, inclusive de formas de resistência armada que não existiam antes do golpe, e que passam a ser

6 Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 153/2008.

7 Caso Júlia Gomes Lund e outros vs. Brasil (caso Araguaia). Sentença disponível em: [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_219\\_por.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_219_por.pdf), bem como em: *Revista Anistia Política e Justiça de Transição*, Brasília: Ministério da Justiça, nº 04, jul./dez. 2010, pp. 402-554.

8 Cf. 2ª Câmara de Coordenação e Revisão Criminal. Documento nº 02/2011. *Workshop Internacional sobre Justiça de Transição: os efeitos domésticos da decisão da Corte Interamericana de Direitos Humanos no caso Gomes Lund e outros vs. Brasil e as atribuições do Ministério Público Federal*. Brasília, 03 de outubro de 2011. Disponível em: <http://2ccr.pgr.mpf.gov.br/diversos/justica-de-transicao/documento%202.pdf>

9 Brasil. Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011.

10 Brasil. Lei nº 12.528, de 18 de novembro de 2011.

11 Como na recente condenação a indenizar vítimas, proferida em segunda instância contra Brilhante Ustra, e a recente abertura de processo criminal na Justiça Federal do Pará envolvendo o episódio da Guerrilha do Araguaia.



utilizadas pelo regime militar em sua autojustificação<sup>12</sup>. Com a proclamação da medida de exceção denominada Ato Institucional nº 05, em 13 de dezembro de 1968, a ditadura, estimulada pelo ambiente da Guerra Fria, passou a atuar sistematicamente na repressão de tais movimentos de resistência, gerando inclusive uma política oficial típica de Terror de Estado, destinada a generalizar a tortura e a exterminar os membros da resistência armada<sup>13</sup>, a banir ou exilar líderes políticos e sociais identificados com as ideologias de esquerda do país, além de gerar um incalculável número de atingidos por prisões, demissões arbitrárias no setor público e privado, perseguidos políticos em sentido amplo, promover cassações de direitos políticos, o compimento à clandestinidade, censuras, torturas, desaparecimentos forçados e execuções sumárias.

O movimento em favor da aprovação de uma anistia aos perseguidos políticos já é presente desde o início da ditadura, mas se fortalece entre os anos de 1974 e 1975, liderado pelas mulheres. Após o momento mais crítico da repressão, as mães de filhos mortos, as viúvas de maridos vivos, os familiares de desaparecidos, dos presos e exilados políticos ocupam a arena pública em busca de liberdade e notícias para seus entes. O movimento pela anistia se irradia pela sociedade desde os militantes organizados que permaneceram no país, e pelo movimento estudantil e do meio cultural, que, aliados ao movimento popular operário insurgente, formaram uma das maiores mobilizações sociais vistas na história do Brasil.

A palavra de ordem do movimento social é a "anistia ampla, geral e irrestrita", referindo-se a todos os "crimes" políticos praticados na resistência contra o regime. Esta fase, que chamamos de *primeira fase da luta pela anistia*, caracteriza, portanto, a anistia "como liberdade". A luta social buscou o resgate das liberdades públicas: civis e políticas. A propósito, uma das crônicas políticas mais reconhecidas sobre o período, a relatar a histórica greve de fome de 32 dias dos presos políticos em todo o Brasil em favor da aprovação da Lei da Anistia, leva o simbólico título de "Fome de Liberdade"<sup>14</sup>.

A ampla mobilização popular obrigou a ditadura a rever sua posição contrária a qualquer anistia. Junto ao parlamento brasileiro bipartidário – que funcionou de forma descontinuada, sob intervenções e com parte de senadores "biônicos" durante o período de exceção – o MDB (Movimento Democrático Brasileiro), partido da oposição consentida, formulou um projeto de lei de anistia que tinha este condão: *devolver a liberdade a todos aqueles que o Estado ditatorial criminalizou*. Não obstante, o governo militar apresentou outro projeto de lei, que previa uma anistia aos "crimes políticos e conexos", entendida como uma anistia bilateral, porém restrita, excluindo os crimes violentos contra a pessoa,

12 Skidmore, Thomas. *The politics of military rule in Brazil 1964–85*. Nova Iorque: Oxford University Press, 1988, p. 23.

13 É desta época que trata o caso Guerrilha do Araguaia, acima referido.

14 Viana, Gilney & Cipriano, Perly. *Fome de Liberdade*. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2009.

os ditos "crimes de sangue" praticados pela resistência<sup>15</sup>. Por apertada maioria de 206 a 201 votos, a anistia proposta pelo gabinete do governo militar foi aprovada.

De um lado, o regime impôs à sociedade a anistia que lhe convinha: uma anistia *parcial e restrita*, que excluía os ditos "crimes de sangue", mas que incluía dispositivos de sentido dúbio que seriam posteriormente interpretados de forma ampliativa pelos tribunais militares responsáveis pela sua aplicação<sup>16</sup>, segundo a legalidade autoritária vigente<sup>17</sup>. De outro lado, a sociedade civil obteve sua mais significativa vitória desde a decretação do AI-5, ao alterar a correlação de forças sociais que obrigou o governo militar a aprovar alguma Lei da Anistia. A anistia, mesmo parcial, permitiu recompor direitos políticos muitos, a liberdade para a maior parte dos presos políticos, o retorno ao país dos exilados, a readmissão de servidores públicos expurgados para os seus postos de trabalho, a liberdade e o direito à identidade para os que haviam sido compelidos à clandestinidade etc. Estas primeiras medidas de *liberdade*, que são acompanhadas das primeiras medidas *reparatórias*, forjaram o ambiente para retomar o processo democrático e iniciar a abertura política. A Lei da Anistia de 1979, mesmo que restrita, constitui-se, assim, no marco jurídico fundante do processo de redemocratização. Esse processo histórico enseja a ambiguidade que definimos com um "paradoxo da vitória de todos"<sup>18</sup>.

### 3. O CONTEXTO DA APROVAÇÃO DA LEI DA ANISTIA DE 1979: UM ACORDO POLÍTICO ENTRE IGUAIS?

É também neste processo que se constrói a compreensão jurídica e histórica hegemônica de que a aprovação da Lei da Anistia de 1979 pelo Congresso Nacional constituiu-se, em duplo aspecto, num acordo político entre *oposição* e *governo*<sup>19</sup>. Seja em seu aspecto *jurídico*, de alcance concomitante aos crimes políticos da resistência e aos crimes "conexos" perpetrados pelos agentes públicos da repressão, seja em seu aspecto *político*, de uma condição de possibilidade inafastável para a reconciliação nacional, essa compreensão, a nosso ver, merece algumas considerações críticas.

15 Cf. Gonçalves, Danyelle Nilin. "Os múltiplos sentidos da Anistia", in: *Revista Anistia Política e Justiça de Transição*. Brasília: Ministério da Justiça, jan./jun. 2009, pp. 272-295.

16 Na apreciação do caso "Rio Centro", em 1981, a Lei da Anistia de 1979 sofrerá uma mutação jurisprudencial pela atuação do Superior Tribunal Militar, passando a ser uma lei "ampla e irrestrita" a todos os tipos de crimes, incluindo os crimes de Estado, e, forçosamente, até mesmo aqueles crimes cometidos posteriormente à sua edição.

17 O conceito de "legalidade autoritária" é do politólogo Anthony W. Pereira e está amplamente desenvolvido em: Pereira, Anthony W. *Ditadura e Repressão – O autoritarismo e o Estado de Direito no Brasil, Chile e Argentina*. São Paulo: Paz e Terra, 2010, pp. 237-255.

18 Cf. Torelly, Marcelo D. *Justiça de Transição e Estado Democrático de Direito*. Coleção Fórum Justiça e Democracia, vol. 02. Belo Horizonte: Fórum, 2012, pp. 184-198.

19 Por exemplo: Fico, Carlos. "A negociação parlamentar da anistia de 1979 e o chamado 'perdão aos torturadores'", in: *Revista Anistia Política e Justiça de Transição*. Brasília: Ministério da Justiça, jul./dez. 2010, pp. 318-332.

Primeiramente, relacionadas ao *déficit de legitimidade* do suposto acordo. Como já referido, o espectro de liberdade e de representação política do Congresso Nacional em agosto de 1979 era significativamente restrito. Nem todos os parlamentares eram efetivamente eleitos pelo voto direto do cidadão. Esse dado histórico é ainda mais relevante quando se verifica a apertada maioria que permitiu a vitória do projeto de lei do governo (apenas cinco votos). Ou seja: no Parlamento não houve um *acordo*, mas sim a *disputa* entre dois projetos de anistia, decidida por uma pequena diferença. Em segundo lugar, não se pode olvidar que ao falar-se de "oposição livre" em 1979, falamos na prática de uma "oposição consentida"<sup>20</sup>. Os partidos políticos não eram livres e muitos segmentos políticos não participaram do "pacto", pois somente depois da anistia é que ocorre o retorno à legalidade de algumas agremiações, bem como de importantes quadros políticos de oposição que estavam exilados, banidos ou forçados a recolherem-se à clandestinidade. Em terceiro lugar, não existia relação de *igualdade* ou *equidade* entre os pretensos sujeitos do acordo. De um lado, os governantes e a força de suas armas, de outro, a sociedade civil criminalizada, presa ou pelas grades de ferro ou pelas leis ilegítimas de exceção. Por último, quando se verbaliza que a anistia "para os dois lados" seria uma condição para a reconciliação, revela-se aí a sua face autoritária, ao produzir-se uma chantagem odiosa e repressiva: a concessão de uma *liberdade restrita* somente seria admitida com a condição da *impunidade*.

Os aspectos percebidos neste suposto "acordo político", no contexto da aprovação da Lei da Anistia, definitivamente não são suficientes para carregar consigo as características e os efeitos éticos e *normativos* que caracterizam os acordos firmados sob a liberdade e a democracia. Mesmo que os personagens negociadores do "acordo" considerassem a anistia de 1979 como bilateral, não cabe afirmar o mesmo quanto aos movimentos políticos da sociedade civil.

Quanto ao déficit de juridicidade, as questões que se apresentam são as seguintes: acordos políticos do passado autoritário podem ter o condão de afastar o exercício de direitos humanos na democracia? Existe democracia sem direitos humanos?

Estes questionamentos não pretendem, de nenhuma maneira, deslegitimar a luta política daqueles que, pelos meios institucionais disponíveis, atuaram pela aprovação da Lei da Anistia de 1979 em favor dos presos políticos, mas sim contextualizar o limite do possível à época. Procuram, portanto, diferenciar o momento da *contingência da transição*

20 Diferentemente do caso espanhol, onde uma anistia similar à brasileira é aprovada em um parlamento com possibilidade de oposição mais efetiva, integrado inclusive pelo Partido Socialista. Para uma excelente exposição crítica do caso espanhol, veja-se: Aguilar, Paloma. "A lei espanhola de anistia de 1977 em perspectiva comparada: de uma lei para a democracia a uma lei para impunidade", in: Payne, Leigh; Abrão, Paulo; Torelly, Marcelo D. (org.). *A Anistia na Era da Responsabilização – O Brasil em perspectiva internacional e comparada*. Brasília/Oxford: Ministério da Justiça/Universidade de Oxford, 2011, pp. 394-427.

de seu momento de justiça, no caso, de *Justiça de Transição*.<sup>21</sup> Tais questionamentos contribuem para elucidar os contornos claros deste eventual acordo: a atuação da oposição consentida (*restrita e limitada*), que não pode ser traduzida historicamente como um *abrangente acordo social*.

#### 4. A CONSTITUINTE E A INSURGÊNCIA DA “ANISTIA COMO REPARAÇÃO”

Após a anistia, o movimento pela redemocratização ganha fôlego, mesmo sem afetar a manutenção do poder de controle do regime militar. Grandes manifestações clamam por eleições diretas para presidente. A ditadura mais uma vez demonstra sua força e capacidade de controle parlamentar e impõe mais uma derrota à sociedade organizada. Derruba a emenda Dante de Oliveira pelas “Diretas já” e aprova eleições indiretas mais uma vez, via parlamento fragilizado, para a escolha do primeiro presidente civil pós-período ditatorial. Eleito indiretamente um presidente civil, é convocada em seguida uma Assembleia Nacional Constituinte, livre e soberana. Este será o cenário de uma nova disputa pelo conceito de anistia, tida em um ambiente efetivamente mais democrático.

O colégio eleitoral para a eleição indireta de um presidente civil para o Brasil, este sim, foi um momento de acordo político. A chapa vencedora é resultado de uma composição de um líder da oposição consentida, com o antigo presidente do partido de sustentação da ditadura. Este acordo sinalizou a falta de interesse em uma ruptura com o regime autoritário. Se, na aprovação da Lei da Anistia, mais de cinco anos antes, não houve *acordo*, e sim *disputa* entre dois projetos, eis aqui o momento do pacto político da transição brasileira. A transição, pela via indireta da eleição de Tancredo Neves (1985), foi pactuada com os militares e transcorreu de forma tranquila.

Enquanto a ditadura argentina terminou em ruptura, o Brasil e o Chile são exemplos de transições controladas. E a ditadura brasileira executou de forma meticulosa seu *plano de saída*: (I) uma lei de autoanistia restrita para afastar posições políticas radicalizadas; (II) eleições indiretas para assegurar uma lógica de continuidade; e (III) ampla destruição de arquivos públicos dos centros e órgãos de repressão para tentar apagar vestígios e responsabilidades individuais pelas graves violações aos direitos humanos.

Um fator relevante para a compreensão da mutação do conceito de anistia acontece na convocação da Assembleia Constituinte. O ato de convocação da Constituinte é formalizado por uma Emenda Constitucional à Carta outorgada pela Junta Militar de 1969. Essa Emenda

21 Torelly, Marcelo D. *Justiça de Transição e Estado Constitucional de Direito*. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p.98

reafirmou a anistia nos termos da lei de 1979, inclusive em suas ambiguidades, fazendo remissão ao perdão aos crimes políticos e conexos. A reafirmação da anistia ambígua, "bilateral", no texto da Emenda Constitucional, teve a intenção de "constitucionalizar" referido dispositivo e reiterar a dimensão da anistia como "impunidade e esquecimento".

Deve a Emenda Constitucional convocatória da Constituinte ser compreendida como uma limitação ao Poder Constituinte?<sup>22</sup> Uma espécie de limitação apriorística à própria Constituição democrática?<sup>23</sup>

O fato é que, independentemente de sua *forma* de chamamento, o Poder Constituinte brasileiro *materialmente* mostrou-se independente e não vinculado, como sói ser um espaço político desta natureza<sup>24</sup>. Como resultado, o processo constitucional consolidou-se como espaço de ampla discussão política e social, levando ao abandono do texto base produzido por uma comissão de notáveis, e pela redação de uma efetiva Constituição democrática, marcada pelas lutas e contradições que todo processo político crítico, como o é a insurgência constitucional, possui<sup>25</sup>. O debate da anistia não escapou ao alcance deste processo.

O que ocorre é que a nova Constituição resultante da Assembleia Constituinte não previu em seus dispositivos os mesmos termos da anistia ambígua e bilateral, a anistia como *impunidade e esquecimento*. Ao contrário, a Constituição da República de 1988 faz referência, em seu Ato de Disposições Constitucionais Transitórias, a uma anistia *para os que foram atingidos por atos de exceção*, prevendo inclusive, mais um conjunto de novos direitos reparatórios. Portanto, a anistia constitucional dirigiu-se aos *perseguidos políticos* e não aos *perseguidores*, omitindo-se quanto à anistia a crimes políticos e conexos. A propósito, esta mesma Constituição democrática, de modo coerente, declarou no rol dos direitos e garantias individuais (art. 5º) que *ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante* (inc. III); bem como que a lei considerará entre crimes *inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia* a prática da tortura (inc. XLIII).

Ao que tudo indica, a Constituição corroborou o sentido da *anistia como liberdade*, somando-a a uma dimensão de *reparação*, e determinou que todos aqueles cidadãos atingidos por atos de exceção deveriam ser reparados pelo Estado democrático.

22 O voto do Ministro Gilmar Mendes na ADPF 153 é uma importante leitura desta tese, de que a Emenda 26 vincula e limita o Poder Constituinte.

23 A esse respeito, veja-se: Torelly, Marcelo D. "A anistia e as limitações prévias à Constituição", in: *Constituição e Democracia (UnB)*, Brasília, outubro de 2009, pp. 20-21.

24 Neste sentido, veja-se: Paixão, Cristiano. "A Constituição em disputa: transição ou ruptura?". In: Seelaender, Airton (org.) *História do Direito e Construção do Estado*. São Paulo: Quartier Latin, no prelo.

25 A esse respeito: Barbosa, Leonardo Augusto Andrade. "*Mudança constitucional, autoritarismo e democracia no Brasil pós-1964*". Universidade de Brasília, Faculdade de Direito: Tese de Doutorado, 2009.

Desta feita, o conceito de anistia defendido pela sociedade civil movimentou-se constitucionalmente para o sentido de uma *anistia como liberdade e reparação*, antagônico com o sentido de anistia como *impunidade e esquecimento* imposto pelo regime, seus cúmplices e seus intérpretes legais.

Temos, portanto, que dos quatro pilares da Justiça de Transição, quais sejam: verdade e memória; reformas das instituições; justiça e reparações<sup>26</sup>; este último foi efetivamente constitucionalizado em 1988. E esta conquista constitucional foi possível pela mobilização na Constituinte, especialmente exercida pelos sindicatos e associações de servidores públicos em geral, perseguidos políticos, atingidos por atos de exceção ou afastados de suas funções durante movimentos grevistas ocorridos durante a ditadura militar, insatisfeitos com a incompletude das medidas reparatórias presentes na Lei da Anistia de 1979 e na Emenda Constitucional nº 25/85.

5.	<b>A SEGUNDA FASE DA LUTA PELA ANISTIA NO BRASIL: A REPARAÇÃO COMO EIXO ESTRUTURANTE DA JUSTIÇA DE TRANSIÇÃO</b>
----	--

A ambiguidade da anistia de 1979, somada ao discurso social construído ao longo do Estado de Exceção, estrutura, desta feita, os pilares da transição controlada, quais sejam: *politicamente*, a negação da existência de vítimas e a justificação da violência por meio da tese dos dois demônios (que implica na inexistência de vítimas)<sup>27</sup>; *culturalmente*, pela afirmação do esquecimento como melhor forma de tratamento do passado<sup>28</sup>; e *juridicamente*, pela garantia da impunidade por meio da Lei da Anistia.

Se num primeiro momento as forças sociais não foram capazes de superar esta estratégia, o desenvolvimento do programa de reparações às vítimas no Brasil gradualmente significou uma primeira ruptura. O seu resultado concreto é o de que um pilar da transição controlada, a pretensão ditatorial ao esquecimento, é rompido. Afinal, somente foi e é possível reparar aquilo que é objeto de conhecimento e conseqüente exercício da memória. Assim, um primeiro resultado bastante imediato do programa de reparações é pôr fim a um "estado de negação da violência de Estado" experimentado pelo país<sup>29</sup>.

26 Veja-se: ONU. "O Estado de Direito e a Justiça de Transição em sociedades em conflito ou pós-conflito". S/2004/626. Tradução disponível em: *Revista Anistia Política e Justiça de Transição*. Brasília: Ministério da Justiça, jan./jun. 2009, pp. 320-350.

27 Confira-se, refutando tal tese em foro de estudos comparados: Pascual, Alejandra Montiel. *Terrorismo de Estado: a Argentina de 1976 a 1983*. Brasília: Ed. UnB, 2004.

28 Cf. "País deveria olhar para frente, dizem militares", in: *Folha de S. Paulo*, 06 de novembro de 2008. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/folha/brasil/ult96u464785.shtml>

29 Para um maior desenvolvimento da ideia de "estado de negação", veja-se: Cohen, Stanley. *Estado de Negación*. Buenos Aires: UBA/British Council, 2005.

O Brasil tem duas comissões de reparação: a *Comissão Especial sobre Mortos e Desaparecidos Políticos*, que funcionou entre 1995 e 2007, e a *Comissão de Anistia*, atuante entre 2001 e o presente. Para promover reparação o Estado necessariamente reconhece a existência de vítimas e suas narrativas, mais ainda, reconhece as graves violações contra os direitos humanos perpetradas contra a resistência à ditadura.

De forma menos imediata, as Comissões de Reparação passaram a produzir *verdade* e *memória*, tornando-se mecanismos justtransicionais transversais. Ao desfazer as narrativas oficiais sobre os crimes de Estado e reconhecer as narrativas das vítimas, as comissões efetivam o direito à verdade ante as violações de direitos humanos mesmo antes de tal direito restar positivado no ordenamento jurídico doméstico pelo disposto na lei de criação da Comissão Nacional da Verdade. O processo de reparação resulta em um inédito acervo de testemunhos e registros de violência que compõem os arquivos das duas Comissões de Reparação<sup>30</sup>.

Mais ainda, as comissões iniciaram a implantação de projetos de resgate da memória histórica das vítimas e passaram a promover diversas ações de educação e direitos humanos em todo o Brasil. A este relevante quadrante histórico, de mais de 20 anos, de conquista e afirmação da reparação e memória contra o esquecimento; de enfrentamento ao negacionismo dos agentes de repressão; de visibilidade às vítimas e seus relatos de violência sofrida; de reconstrução de episódios históricos que vigiam sob versões oficiais deturpadoras da verdade factual; de construção crescente de um importante consenso social sobre a existência e a gravidade destas violações; e do surgimento de novas mobilizações em torno da agenda da Justiça de Transição ainda pendente; damos o nome de *segunda fase da luta pela anistia*.

Ao desenvolver ao máximo o processo de reparações, transversalmente produzindo memória e verdade, a segunda fase da luta pela anistia caracteriza, portanto, um momento em que a anistia é lida como *liberdade e reparação*. Nesta fase, o conceito de anistia passou a ser debatido de forma mais direta e aberta.

Em 2007, a Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República lançou o livro-relatório *Direito à Memória e à Verdade*, traçando de forma sistematizada seus 12 anos de atuação e quase 400 casos reconhecidos de mortes e desaparecidos praticados pela ditadura.

No mesmo ano, a Comissão de Anistia empreende uma particular virada hermenêutica e, em deliberada disputa pela significação deste mecanismo histórico de clemência, institui

30 Um amplo panorama deste processo é apresentado no nosso já referido texto "O programa de reparações como eixo estruturante da Justiça de Transição no Brasil".

atos públicos de pedidos de desculpas oficiais em nome do Estado, a cada um dos ex-perseguidos e afetados pela violência do Estado de Exceção, por meio das chamadas *Caravanas da Anistia*<sup>31</sup>. Se o conceito de anistia significava um gesto político do Estado direcionado a perdoar os cidadãos enquadrados nos dispositivos legais da Doutrina de Segurança Nacional, com a medida, a anistia ressignificada passou a constituir-se em ato no qual o cidadão violado é quem perdoa o Estado pelos erros cometidos contra ele no passado. A declaração de anistiado político torna-se um ato oficial de reconhecimento do direito de resistência da sociedade contra o autoritarismo e a opressão. Se o significado da anistia, para alguns, reverberava o *esquecimento* ou *amnésia*, agora ele passa, pela ação estatal de *reconhecimento*, a revelar o protagonismo da *reparação* e da *memória*<sup>32</sup>.

No mesmo sentido desta ressignificação institucional e política da ideia de anistia no Brasil, e considerando iniciativas do Ministério Público Federal em ajuizar ações civis contra agentes torturadores da ditadura militar, a Comissão de Anistia realizou uma Audiência Pública no Ministério da Justiça, apoiada por mais de 30 entidades nacionais de Direitos Humanos, para questionar o alcance e a interpretação da Lei da Anistia de 1979 como regra de impunidade para os crimes contra a humanidade<sup>33</sup>. O tema que era considerado um tabu político foi recolocado na pauta nacional. A Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 153, interposta pela Ordem dos Advogados do Brasil junto ao Supremo Tribunal Federal, é um dos produtos mais imediatos desta mobilização interinstitucional.

Em 2009, com a ampliação do rol de atores sociais atuantes na pauta, a sociedade civil mobilizada aprova junto à Conferência Nacional de Direitos Humanos a proposta de uma "Comissão da Verdade e Justiça". A pauta seria incorporada ao III Plano Nacional de Direitos Humanos<sup>34</sup>, e coadunaria, dois anos depois, na criação da Comissão Nacional da Verdade.

---

31 Vide: Abrão, Paulo; Carlet, Flávia et alli. "As Caravanas da Anistia: um mecanismo privilegiado da Justiça de Transição Brasileira". In: *Revista Anistia Política e Justiça de Transição*. Brasília: Ministério da Justiça. Nº 02, jul./dez. 2009, seção especial, pp. 110-149.

32 Neste mesmo sentido veja-se: Baggio, Roberta. "Justiça de Transição como reconhecimento: limites e possibilidades do processo brasileiro". In: Santos, Boaventura; Abrão, Paulo; MacDowell, Cecília; Torelly, Marcelo D. (org.). *Repressão e Memória Política no Contexto Ibero-Brasileiro*. Brasília/Coimbra: Ministério da Justiça/Universidade de Coimbra, 2010, pp. 260-285.

33 Diante das reivindicações sociais e das obrigações assumidas pelo Brasil em compromissos internacionais, a Comissão de Anistia do Ministério da Justiça promoveu a Audiência Pública "Limites e Possibilidades para a Responsabilização Jurídica dos Agentes Violadores de Direitos Humanos durante o Estado de Exceção no Brasil", ocorrida em 31 de julho de 2008. Foi a primeira vez que o Estado brasileiro tratou oficialmente do tema após quase trinta anos da Lei da Anistia. A audiência pública promovida pelo Poder Executivo, com a devida representação de posições jurídicas e políticas divergentes, rompeu com uma espécie de mito em torno do "tema proibido" e teve o condão de unir forças que se manifestavam de modo disperso, articulando as iniciativas da Ordem dos Advogados do Brasil, do Ministério Público Federal de São Paulo, das diversas entidades civis, como a Associação dos Juizes pela Democracia, o Centro pela Justiça e o Direito Internacional (CEJIL), a Associação Brasileira de Anistiados Políticos (ABAP), a ADNAM (Associação Democrática e Nacionalista de Militares), e, ainda, fomentou a rearticulação de iniciativas nacionais pró-anistia. A audiência pública resultou em um questionamento junto ao Supremo Tribunal Federal, por meio de uma Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF nº 153) pelo Conselho Federal da OAB. Ressalte-se que a controvérsia jurídica debatida e levada ao STF pela Ordem dos Advogados do Brasil advinha, inclusive, do trabalho do Ministério Público Federal de São Paulo ao ajuizar ações civis públicas em favor da responsabilização jurídica dos agentes torturadores do DOI-CODI, além das iniciativas judiciais interpostas por familiares de mortos e desaparecidos, a exemplo do pioneirismo da família do jornalista Vladimir Herzog que, ainda em 1978, saiu vitoriosa de uma ação judicial que declarou a responsabilidade do Estado por sua morte e afastou a versão oficial e inverídica de seu suicídio.

34 Disponível em: <http://portal.mj.gov.br/sedh/pndh3/pndh3.pdf>



Em 2010, os familiares dos mortos e desaparecidos no episódio da Guerrilha do Araguaia, com apoio do CEJIL (Centro pela Justiça e o Direito Internacional), conquistam uma sentença junto à Corte Interamericana de Direitos Humanos declarando o dever do Estado brasileiro em suspender todos os obstáculos jurídicos impeditivos do direito à proteção judicial das vítimas, inclusive na esfera penal, e de declarar a Lei da Anistia brasileira como uma clara autoanistia incompatível com a jurisprudência do Sistema Interamericano de Direitos Humanos, especialmente em relação às graves violações contra os Direitos Humanos<sup>35</sup>.

Como se percebe, na segunda fase da luta pela anistia, desde o trabalho das Comissões de Reparação e das ações políticas de promoção da memória e da verdade, resgata-se e amplia-se o leque de atores sociais mobilizados para a agenda da Justiça de Transição<sup>36</sup>. Mobilizam-se os familiares dos mortos e desaparecidos, os movimentos dos presos e perseguidos políticos, o movimento dos trabalhadores civis demitidos em lutas partidárias, o movimento de outros segmentos civis e militares sociais atingidos por atos de exceção, e toda uma agenda de entidades de Direitos Humanos que se voltam à temática com grande vitalidade.

Este momento de conscientização social sobre o passado gerou a corrosão dos pilares do *negacionismo* e do *esquecimento*, restando funcional apenas o pilar da *impunidade*, assegurada nos dias de hoje pela persistência da leitura dada à anistia de 1979 pelos tribunais superiores brasileiros.

## 6. IMPUNIDADES E JUSTIÇA DE TRANSIÇÃO

A impunidade dos crimes de Estado perpetrados pela ditadura civil-militar abrange duas dimensões. Uma relativa ao *conhecimento histórico* das graves violações aos direitos humanos e suas autorias individuais e institucionais. E outra relativa à possibilidade jurídica de aplicação de *sanções* penais e civis a estes autores.

Sobre o primeiro aspecto, a lei que instituiu a Comissão da Verdade pode representar um avanço. Enquanto as Comissões de Reparação, por competência legal, apenas puderam reconhecer *atos* e assumir a *responsabilidade abstrata* do Estado brasileiro

35 Sobre a mobilização junto à Corte, veja-se: Krstićević, Viviana; Affonso, Beatriz. "A dívida histórica e o caso Guerrilha do Araguaia na Corte Interamericana de Direitos Humanos impulsionando o direito à verdade e à justiça no Brasil". In: Payen, Leigh A.; Abrão, Paulo; Torelly, Marcelo D. (org.). *A Anistia na Era da Responsabilização – O Brasil em perspectiva internacional e comparada*. Brasília/Oxford: Ministério da Justiça/Universidade de Oxford, 2011, pp. 344-390.

36 Ao colocar na agenda nacional tal questionamento, as Comissões de Reparação recapitalizaram o papel político dos ex-perseguidos políticos. Entidades que haviam se afastado momentaneamente da agenda justransicional, como a Ordem dos Advogados do Brasil, a União Nacional dos Estudantes, o Movimento de Direitos Humanos, a Associação Brasileira de Imprensa e a própria Conferência Nacional dos Bispos do Brasil retornam ao tema.

pelas violações ocorridas<sup>37</sup>, a Comissão da Verdade tem poderes para sistematizar, pelo menos, as graves violações aos direitos humanos (torturas sistemáticas, desaparecimentos forçados, execuções sumárias, genocídios e massacres) e identificar sua *autoria individual e institucional*.

Isso significa que a Comissão da Verdade tem poderes para apurar todas as violações ocorridas, verificando um certo grau de responsabilidade, uma responsabilidade individual em sentido amplo. Não uma responsabilidade estritamente jurídica ou judicial, mas sim no escopo do exercício do direito à verdade que é pertencente às vítimas e a toda a sociedade. O próprio Supremo Tribunal Federal brasileiro negou o direito à proteção judicial das vítimas, impedindo a investigação criminal dos fatos cobertos pela Lei da Anistia, mas afirmou o direito à verdade da sociedade.

E, neste aspecto, o Brasil diferenciou-se da tradição latino-americana de associar verdade e justiça. "*No hay verdad sin justicia*", expressa o Estado argentino que, em 2005, por meio de sua suprema corte, declarou a lei local de anistia inconstitucional. Com isso, foi possível abrir processos contra cerca de mil agentes da ditadura, sendo que 250 já foram condenados por crimes graves, entre outros, o ex-ditador Jorge Videla<sup>38</sup>. O Chile, mesmo não revogando sua lei de anistia, reconheceu e cumpriu a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos para abrir investigações e condenar casos de graves violações aos direitos humanos que, como já dito, escapam ao alcance das leis de anistia<sup>39</sup>. O Uruguai condenou Juan Bordaberry, seu último ditador, por atentado contra a democracia e por ser responsável por crimes de desaparecimento forçado, além de viver um intenso debate sobre a promoção de justiça ante outras violações<sup>40</sup>. O Peru indiciou e sentenciou Alberto Fujimori<sup>41</sup>. A Guatemala abriu dois julgamentos por acusações de genocídio contra o ex-ditador Efraín Ríos Montt<sup>42</sup>.

São medidas que expressam para as sociedades destes países que a lei é igual para todos, inclusive para aqueles que um dia estiveram em posição de poder para manipular o modo

37 Aquilo que Torelly definiu como o "modelo transicional brasileiro de responsabilidade abstrata" e que agora pode ser revertido, a depender do êxito das ações judiciais em curso pelo Ministério Público Federal e do trabalho da Comissão Nacional da Verdade. Para conhecer o modelo proposto por Torelly, veja-se: Torelly, Marcelo D. *Justiça de Transição e Estado Constitucional de Direito*. Coleção Fórum Justiça e Democracia, vol. 02. Belo Horizonte: Fórum, 2012, pp. 354-368.

38 A esse respeito, veja-se: CELS/ICTJ. *Hacer Justicia*. Buenos Aires: Ciclo XXI, 2011.

39 Sobre o caso chileno, veja-se: Collins, Cath et alii. "Verdad, justicia y memoria: las violaciones de derechos humanos del pasado". In: *Informe Anual sobre Derechos Humanos en Chile 2011*. Santiago: Universidad Diego Portales, 2011, pp. 19-53.

40 Veja-se: Lessa, Francesca. "Barriers to justice. The *Ley de Caducidad* and Impunity in Uruguay". In: Lessa, Francesca; Payne, Leigh A. (Org.). *Amenity in the Age of Human Rights Accountability – comparative and international perspectives*. Nova Iorque: Cambridge University Press, 2012, pp. 123-151, bem como Skaar, Elin. "Impunidade versus responsabilidade no Uruguai: o papel da ley de caducidad". In: Payne, Leigh; Abrão, Paulo; Torelly, Marcelo D. *A Anistia na Era da Responsabilização*. Brasília/Oxford: Ministério da Justiça/Universidade de Oxford, 2011, pp. 428-469.

41 Cf.: BURT, Jo-Marie. "Culpado: o julgamento do ex-presidente peruano Alberto Fujimori por violações dos direitos humanos". In: *Revista Anistia Política e Justiça de Transição*. Brasília: Ministério da Justiça, nº 04, jul./dez. 2010, pp. 108-137.

42 Veja-se: Roth-Arriaza, Naomi; Braid, Emily. "De facto and de jure amnesty laws: the Central American case". In: Lessa, Francesca; Payne, Leigh A. (org.). *Amenity in the Age of Human Rights Accountability – comparative and international perspectives*. Nova Iorque: Cambridge University Press, 2012, pp. 182-209.

de produção legislativa e direcionar institutos jurídicos de clemência para seus próprios crimes. Trata-se de uma concepção na qual o Estado Democrático presta contas daquilo que foi feito anteriormente pelo Estado de Exceção, pela via da Justiça de Transição.

A Justiça de Transição, *in concreto*, pode ser concebida segundo três características: a *complementaridade*, a *circularidade* e a *contextualidade* dos seus mecanismos.

*Complementaridade* significa que verdade, memória, justiça e reparação são elementos que se entrecruzam, suas funções são superpostas e interdependentes. Por exemplo, o direito à verdade depende tanto da atuação das comissões de verdade e reparação quanto do sistema de justiça.

*Circularidade* significa que os resultados de uns destes mecanismos remetem à necessidade de aplicação dos outros. Por exemplo, o trabalho final de uma comissão da verdade impõe novas medidas reparatórias, abre horizontes de justiça e promove novas memórias.

*Contextualidade*, por sua vez, implica que os mecanismos são aplicados conforme as características históricas, políticas e de cada transição local. Por exemplo, as ditaduras na América Latina ocorreram no contexto da Guerra Fria, estimuladas por uma das potências do mundo bipolar contra a expansão do poder da outra. No caso brasileiro, lutava-se contra a expansão do pensamento socialista e das ideias de esquerda. As ditaduras do Leste Europeu, por sua vez, são contextualmente diferentes das do Cone Sul. As eventuais democracias que insurjam do processo da Primavera Árabe serão, igualmente, distintas. Esses padrões contextuais devem ser levados em conta tanto para a integração de políticas interestatais quanto para sua diferenciação.

Para a América Latina, que possui déficits históricos na consolidação do Estado de Direito, é particularmente caro que o sistema de justiça participe do processo de democratização da sociedade e das instituições, e supere um conjunto de jurisprudências autoritárias para afirmar os direitos humanos visando vocacionar-se para a superação de uma concepção institucional de controle social repressivo rumo a uma concepção de segurança e justiça protetiva da emancipação social. Por sua vez, no Leste Europeu o deságio residia na própria construção de sistemas de justiça vinculados ao ideário constitucionalista<sup>43</sup>.

Se estas diferenças contextuais interregiões são relevantes, as distinções intrarregionais também merecem atenção. É preciso registrar que a cooperação entre as justiças dos países sul-americanos, por exemplo, tem sido vital para a promoção de justiça. A posição do Brasil sobre Justiça de Transição tem, assim, reflexos em nível regional, vez que perpetradores de

43 Schwartz, Herman. *The struggle for constitutional justice in post-communist Europe*. Chicago: Chicago University Press, 2002.

outros países latino-americanos estão em território nacional e suas extradições dependem da compreensão jurídica que o Brasil assume sobre a sua própria anistia.

## 7. ANISTIA COMO “VERDADE E JUSTIÇA”?

Atualmente, emergem no Brasil *novos movimentos sociais* com o lema da busca de Verdade e Justiça, que são análogos aos movimentos que antes surgiram na Argentina e no Chile. Questionam a validade da Lei da Anistia. Exigem o cumprimento da sentença da Corte Interamericana de Direitos Humanos para que sejam superados os obstáculos jurídicos para a responsabilização judicial dos agentes perpetradores de crimes contra a humanidade<sup>44</sup>.

Se na primeira fase da luta pela anistia os movimentos sociais demandavam *liberdade*, e na segunda *reparação* e *memória*, estes novos movimentos sociais avançam ainda mais a agenda da transição, inaugurando a *terceira fase da luta pela anistia*, ao demandarem *verdade* e *justiça*. No período recente, após a aprovação da Comissão da Verdade e da Lei de Acesso à Informação, vemos surgirem novos atores sociais da agenda justransicional: “os comitês estaduais pela memória, verdade e justiça”, o “Movimento quem?”, o “Levante popular da juventude” e os “Aparecidos políticos” são alguns destes novos atores. A manifestação popular contra a comemoração do Golpe de 1964 pelos clubes militares em 2012, no Rio de Janeiro, e os atos políticos dos “escrachos” demonstraram a capacidade de mobilização destes atores e grupos<sup>45</sup>.

Tal qual os movimentos anteriores, estes novos movimentos sociais não se insurgem contra a anistia, que mantém sua centralidade na agenda da Justiça de Transição brasileira desde os anos 1970, mas sim *disputam seu significado*, apontando para uma leitura da *anistia como justiça e verdade*, que exclua dos efeitos da Lei da Anistia de 1979 os graves delitos de Estado, os denominados crimes contra a humanidade. Pode-se dizer que buscam gerar as condições objetivas para aproximação com o modelo chileno de Justiça de Transição, onde uma anistia penal para crimes comuns convive com julgamentos por delitos contra graves violações contra os direitos humanos<sup>46</sup>.

O que explica a eficácia da Lei da Anistia no Brasil, distintamente dos demais países latino-americanos, é a combinação de *fatores históricos*, relacionados à transição controlada; *fatores sociais*, como a mobilização social tardia em torno do tema; *fatores políticos*,

44 Um exemplo pode ser encontrado em: Mourão, Alexandre *et alii*. “Os aparecidos políticos: arte ativista e Justiça de Transição”. Em: *Revista Anistia Política e Justiça de Transição*. Brasília: Ministério da Justiça, nº 06, jul./dez. 2011, no prelo.

45 Cf. “Comemoração do golpe de 64 termina em tumulto no Rio”, disponível em: <http://veja.abril.com.br/noticia/brasil/comemoracao-do-golpe-de-64-termina-em-tumulto>

46 O modelo de “equilíbrio da justiça”, exemplificado pela compatibilização entre anistias e julgamentos, é defendido por alguns autores como aquele que mais produz aprimoramentos democráticos pós-transicionais. Confira-se: Olsen, Tricia; Payne, Leigh A.; Reiter, Andrew. *Transitional Justice in Balance*. Washington: United States Peace Institute, 2010.

típicos do presidencialismo de coalizão e da dificuldade de composição de maiorias estáveis e programáticas; e *fatores jurídicos*, especialmente em razão da decisão do Supremo Tribunal Federal ao validar a bilateralidade da Lei da Anistia de 1979.

A interpretação dada à Lei da Anistia pelo Judiciário da ditadura (em especial pelo Superior Tribunal Militar), recentemente reiterada pelo Supremo Tribunal Federal democrático por meio do julgamento da ADPF nº 153, é um desafio objetivamente colocado.

A decisão do Supremo Tribunal Federal baseou-se, em síntese, em três argumentos: 1º) Por ser bilateral, a Lei da Anistia brasileira não se trataria de uma autoanistia, como outras da região; 2º) Contra a anistia brasileira não se aplicaria a tipologia de crimes contra a humanidade; e 3º) Tratando-se de uma lei de reconciliação, somente o Poder Legislativo poderia modificá-la. Coincidentemente, essas foram as mesmas fundamentações recentemente utilizadas no julgamento contra o magistrado espanhol Baltazar Garzón, o que permite corroborar a, por muitos alegada, similitude entre o processo transicional brasileiro e espanhol<sup>47</sup>.

Particularmente, temos leitura crítica a esta decisão pelos seguintes motivos: (I) ela reconhece no regime iniciado após o golpe de Estado em 1964 os elementos essenciais de um Estado de Direito; (II) considera legítimo o pacto político contido na Lei da Anistia que, mesmo sendo medida política, teria o condão de subtrair um conjunto de atividades delitivas da esfera de atuação do Poder Judiciário; (III) conseqüentemente, como efeito prático, negou o direito à proteção judicial aos cidadãos violados em seus direitos fundamentais pelo regime militar por meio de exercício de controle de constitucionalidade; (IV) reconhece que a Lei da Anistia e a Emenda Constitucional convocatória da Constituinte são as bases do Estado Democrático de Direito no Brasil; (V) ignora que anistiar os "dois lados" em um mesmo ato não anula o fato de que, no ato, o regime estaria anistiando a si próprio; (VI) não leva em conta os tratados e convenções internacionais em matéria de Direitos Humanos, especialmente a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos, que já havia declarado como inválidas as autoanistias e anistia a graves violações contra os Direitos Humanos; (VII) omite-se quanto ao tratamento consoante os precedentes do próprio tribunal constitucional pátrio, em sede da imprescritibilidade dos crimes de desaparecimento forçado, forjados nos casos de extradição de repressores argentinos.

Assim, o fato é que a decisão do STF tornou a Lei de 1979, em sua dimensão de "impunidade", formalmente válida no ordenamento jurídico democrático brasileiro, estabelecendo uma continuidade direta e objetiva entre o sistema jurídico da ditadura e o da democracia.

47 Huntington, por exemplo, define os dois casos como emblemáticos do modelo de "transição por transformação". Cf.: Huntington, Samuel. *The third wave*. Norman: Oklahoma University Press, 1993.

Evidentemente, é muito cedo para saber se esta *terceira fase da luta pela anistia* no Brasil tem ou gerará a força política necessária para alterar este estado das artes, mas o certo é que, como nos demais países da região, somente a atuação social poderá ensejar tal alteração<sup>48</sup>.

Essa possibilidade de nova ressignificação do conceito de anistia no Brasil, rumo à Verdade e a Justiça, constitui-se em momento de reflexão sobre as conexões entre a *política* e o *direito* e envolve um conjunto de aspectos muito interessantes:

- a) A relação do direito internacional e o direito nacional no Brasil;
- b) Os fundamentos da Constituição brasileira;
- c) Os efeitos penais e civis das leis de anistia;
- d) A distinção de crimes políticos e crimes comuns;
- e) O papel do Judiciário nos processos de democratização.

O certo é que já existem resultados tangíveis que apontam ao menos para uma nova etapa de nossa Justiça de Transição. Primeiramente, temos hoje positivado em nosso ordenamento o Direito à Verdade. Depois, resta criada e em funcionamento uma Comissão Nacional da Verdade, com poderes e estrutura para promover algo nunca antes feito em nosso país: a sistematização e a identificação das autorias de um conjunto de violações contra os direitos humanos promovidas pela ação ou omissão estatal, acompanhadas de um conjunto de sugestões de reformas para o enfrentamento do legado de tais violações.

A Comissão da Verdade é produto de um processo histórico que deita longas raízes, chegando à disputa original pelo conceito de anistia presente nas ruas em 1979. Constitui, certamente, um momento ímpar e extraordinário para avançar. Tem poderes, estrutura e atribuições que nenhum outro mecanismo de nossa justiça transicional já teve.

Não obstante, a Comissão Nacional da Verdade *não será a última etapa de nossa agenda transicional*. Somando-se aos esforços já empreendidos, a Comissão da Verdade é um *passo à frente*, pois seria um erro esperar que a Comissão da Verdade possa ou deva dar conta de todas as dívidas pendentes da transição, ou que seja sua responsabilidade fazê-lo isoladamente. Experiências como a do Chile, que teve duas comissões da verdade e uma mesa de negociação, são extremamente exemplificativas dos potenciais e limitações que tais mecanismos têm para fazer avançar a democracia.<sup>49</sup>

48 Como recentemente afirmado pela titular da Comissão Nacional da Verdade, Rosa Cardoso. Cf. "Revisão da Anistia depende da opinião pública". In: *O Estado de S. Paulo*. Disponível em: <http://www.estadao.com.br/noticias/impreso, revisao-da-anistia-depende-de-opinioao-publica-diz-rosa-cardoso-cunha,873966,0.htm>.

49 Cf.: "Verdade e Justiça em perspectiva comparada". José Zalaquett responde Marcelo D. Torelly. In: *Revista Anistia Política e Justiça de Transição*. Brasília: Ministério da Justiça, nº 04, jul./dez. 2010, pp. 12-29.

A sentença da Corte Interamericana de Direitos Humanos no caso "Guerrilha do Araguaia" também foi elemento determinante para a alteração da posição institucional do Ministério Público Federal que, após defender a anistia como impunidade no julgamento da ADPF nº 153, passa agora a buscar alternativas para contornar tal interpretação e processar pelo menos as mais graves violações praticadas contra os direitos humanos, incorporando em sua atuação institucional importantes aportes da doutrina do Direito Internacional dos Direitos Humanos. Propiciando, então, um deslocamento gradual do modelo de impunidade espanhol para o modelo de responsabilidade parcial chileno. Finalmente, tivemos recentemente a primeira denúncia criminal aceita pela Justiça Federal do Brasil, no estado do Pará<sup>50</sup>.

Aos somarem-se ao contexto dos novos atores sociais atualmente mobilizados, essas mudanças institucionais insurgem-se justamente contra o último sustentáculo da estratégica de saída dos agentes do regime militar de 1964: *a perpetuação da impunidade*. Embora ainda muito recente, esse novo cenário que se desenha é o mais favorável para a Justiça de Transição no Brasil desde a redemocratização.

8.	<b>APORTES FINAIS: A ANISTIA ENQUANTO REPARAÇÃO, MEMÓRIA, VERDADE E JUSTIÇA</b>
----	---

Este estudo buscou resumir e apresentar, de forma direta e sintética, um conjunto de argumentos que vem sendo construído coletivamente há alguns anos para não apenas explicar, mas também incidir no processo transicional brasileiro. Resumimos, então, suas teses centrais.

Primeiro, de que a anistia é um elemento cuja centralidade e mutabilidade é fundamental para a devida compreensão da Justiça de Transição brasileira. Do conceito de anistia emana toda a concepção da Justiça de Transição no Brasil. No Brasil, Verdade, Reparação e Justiça dependem do conceito de anistia. Sem compreender a amplitude, a ambiguidade e a disputa em torno do conceito de "anistia" no Brasil corre-se o risco de assimilar um senso comum do discurso da "anistia como impunidade e esquecimento", desperdiçando o enorme potencial político que o conceito de anistia tem em nossa transição para a expansão das liberdades públicas.

Segundo, que o processo de reparação às vítimas foi o *eixo estruturante* da Justiça de Transição no Brasil. Mesmo tratando-se de um processo tardio, quando comparado com o dos países vizinhos, temos que seu fluxo de seguimento nunca cessou e desenvolveu-se gradualmente, com o somatório de forças ocorrendo justamente na medida que o processo

50 Justiça Federal. Seção do Pará. Subseção Marabá. 2ª Vara. Autos nº 4334-29.2012.04.01.3901.

de reparação corroía dois dos pilares de sustentação da estratégia de saída do regime (a negação da existência de vítimas e a imposição do esquecimento), engendrando, inclusive, o atual questionamento do pilar da impunidade.

Terceiro, a luta pela anistia atravessa gerações e consolida-se como marco de formação de nossa identidade democrática. É por meio desta luta que a sociedade se mobiliza para mudar um conjunto de alegados elementos de conformação de nossa identidade nacional, como a premissa do "homem cordial", avesso à ruptura, que é apropriada e distorcida pela estratégia de saída do regime por meio de um "acordo político". É esta luta que nos leva a refutar a ilação de que somos um povo pacífico, somente porque temos um número de vítimas fatais menor em nossa ditadura que nas de alguns dos países vizinhos, argumento que nos leva à falácia da "ditabranda". E, sobretudo, a ideia de que é possível esquecer o passado e olhar para o futuro como se o mundo se iniciasse neste mesmo instante.

Quarto, o processo transicional brasileiro nos deixa claro que somente um amplo trabalho político e jurídico é capaz de superar o legado e os reflexos das culturas autoritárias advindas dos regimes de exceção, e que é função do Direito das democracias do presente *romper* com as pretensões das transições controladas.

Quinto, o legado de direitos que a Justiça de Transição vem consolidando, no Brasil e no mundo, é um patrimônio comum da humanidade, que deve ser cultivado e universalizado. No plano doméstico, o enfrentamento ao autoritarismo deve ser estendido a outras causas e a outros períodos. O direito à verdade e ao acesso à informação é, sem dúvida, um exemplo por excelência do que esta conclusão pretende apontar. Todos temos direito a um Estado transparente e que preste contas à população sobre seus atos. Esse é um exemplo de legado transicional que deve ser universalizado. No plano internacional, resta clara a consolidação de uma *norma global de responsabilização individual*. Seja no plano civil, seja no plano criminal, nenhuma pessoa pode ser considerada inalcançável pelo devido processo legal, nem ser excluída da responsabilidade por seus atos quando estes implicam em graves violações contra os Direitos Humanos.

As experiências de Justiça de Transição nos demonstram que a palavra "justiça" não existe no singular, vez que pode ser praticada de distintas maneiras. Não obstante, parece-nos claro que a noção de crimes contra a humanidade, impassíveis de anistia e imprescritíveis, ajuda a consolidar um padrão mínimo de justiça efetivamente capaz de promover a proteção dos direitos humanos globalmente.





# O papel do Direito, da sociedade e da política na superação de sistemas ilícitos

ULFRID NEUMANN

*Tradução: Lauro Joppert Swensson Junior*

## PARTE I | COMPETÊNCIAS E MODELOS DE REAÇÃO

O conceito de "transição", que está vinculado ao tema geral do nosso congresso "Justiça de Transição", provém das pesquisas sociológicas sobre mudanças de sistemas políticos. Ele se refere especialmente à mudança de um sistema ditatorial ou autoritário para um sistema constitucional democrático<sup>1</sup>. É comum relacionar ao sistema ditatorial (ou autoritário) violações aos Direitos Humanos que podem ser atribuídas ao próprio sistema. Não se trata de ilícitos localizados *dentro do sistema político*. Elas são, aqui, parte constitutiva do próprio sistema que, através da prática sistemática dessas violações aos Direitos Humanos, é qualificado negativamente como um "*sistema ilícito*" (*Unrechtssystem*).

Num mundo que quase universalmente professa os Direitos Humanos, um regime que os viola sistematicamente tem sempre os dias contados. Após o término desse regime, o período de sua duração aparece como *estado de exceção*, como uma fase irregular na história contemporânea do Estado e da sua sociedade. Apesar disso, não é possível, após o reestabelecimento de uma ordem democrática, simplesmente deixá-lo de fora da agenda

<sup>1</sup> Eser/Arnold, Einführung in das Gesamtprojekt, in: Eser/Sieber/Arnold (ed.), Strafrecht in Reaktion auf Systemunrecht, Teilband 13, Brasilien, Berlin 2009, S. 2. Zu den vielfältigen Aspekten einer "Transitional Justice" vgl. die Beiträge in Félix Réategui (ed.), Transitional Justice. Handbook for Latin America, 2011 (Veröffentlichung der Brazilian Ministry of Justice Amnesty Commission).

do país. As violações que o regime deixou para trás, os crimes que foram cometidos em seu nome precisam ser *enfrentados e superados (verarbeitet)* pela sociedade. Isso é uma tarefa da política, é uma tarefa da sociedade e é uma tarefa do Direito. Com que profundidade as discussões sobre o passado devem ser feitas é uma decisão política. A política não é, portanto, apenas um ator, mas também o diretor desse processo de “superação do passado” (*Vergangenheitsbewältigung*) – uma palavra alemã cujo sentido é de difícil tradução, mas que circunscreve muito bem essa tarefa. É possível estruturar as alternativas que aqui se colocam de diferentes maneiras. A primeira pergunta a ser feita é se a competência [acerca dessa tarefa de lidar-se com e superar o passado ditatorial] deve ser primeiramente da sociedade ou do Estado e suas instituições.

## 1. | SUPERAÇÃO DO PASSADO PELA SOCIEDADE

Se o sujeito competente para lidar com o passado ditatorial for a própria sociedade, requer-se, em primeiro lugar, o emprego da ciência, como parte social do sistema, em especial da historiografia, para a reconstrução e a análise históricas das estruturas e ações do sistema ditatorial pretérito. Avaliações morais ou jurídicas dos acontecimentos podem sim ser feitas através dessas análises, mas elas não fazem parte das tarefas atribuídas à própria ciência. É a arte contemporânea, especialmente a literatura, que oferece um fórum social, inclusive para uma discussão valorativa do passado. Dela decorreriam os principais estímulos para uma discussão de toda a sociedade com o seu passado. O que todas as formas de “superação do passado” (*Vergangenheitsbewältigung*) através da própria sociedade têm em comum é o fato de elas serem descoordenadas, oferecerem espaços heterogêneos de valoração e atuarem de maneira muito mais pontual do que sistemática. Em especial, o fato de não permitirem o estabelecimento claro da sua finalidade, seja no sentido de uma ruptura, seja no de uma reconciliação com o passado. O tratamento científico do próprio passado cria uma distância e pode, com isso, servir também para o afastamento de culpa (“*Schuldabwehr*”)<sup>2</sup>. Os efeitos sociais, sejam eles considerados positivos ou negativos, permanecem casuais.

## 2. | INTERVENÇÃO ESTATAL

### a) Fins

Essa situação muda se é o Estado quem assume a responsabilidade para discutir o passado e se ele, ao realizar essa discussão, o faz com o estabelecimento de certos objetivos políticos. Na Alemanha, estabeleceu-se recentemente o conceito de “política-do-passado”

2 Perels, Der Teufel weint nicht. Zur Entwicklung von NS-Tätern, in: Pohl/Perels (ed.), Normalität der NS-Täter?, Hannover 2011, S. 47 f., 51.

("Vergangenheitspolitik")<sup>3</sup>. No âmbito da "Vergangenheitspolitik", o Estado deve tomar, sobretudo, duas decisões fundamentais. A primeira refere-se ao próprio objetivo: trata-se de, tanto quanto seja possível, suprimir o passado – o assim chamado "modelo do ponto final" ("Schlussstrichmodell")? Isso significaria que o que entraria em jogo em relação à "lembrança negativa" (Kosellek) de que trata a superação de sistemas ilícitos não seria a "lembrança sobre o negativo", mas a "não lembrança". Ou os excessos do passado devem ser denunciados publicamente e, se possível, submetidos a sanções penais? Ou então, como terceira possibilidade, o objetivo deveria ser somente a reintegração da sociedade, o fechamento de feridas abertas, no sentido do chamado "modelo da reconciliação" ("Aussöhnungsmodell")<sup>4</sup>?

## b) Meios

A segunda decisão fundamental refere-se à questão de *com que meios* a respectiva finalidade deve ser alcançada. Se se trata de uma discussão ativa sobre o passado, surgem, então, as alternativas de se essa tarefa deve ser atribuída à Justiça Penal ou, por exemplo, a "Comissões da Verdade". Se o caminho escolhido for o da persecução penal, surgem novamente duas possibilidades. Pode-se, por um lado, limitar a persecução penal a algumas poucas pessoas e conceder uma *anistia* ao restante da população que estava de alguma forma envolvida com o "sistema ilícito" – esse foi o caminho adotado pela Grécia, após o fim da ditadura militar em 1974. Por outro lado, é possível atribuir ao Direito Penal uma *tarefa abrangente* na superação do passado – essa foi a solução encontrada na Alemanha após 1945, em relação ao período do nacional-socialismo, e após 1989, em relação ao "sistema ilícito" vigente na antiga República Democrática Alemã (RDA).

PARTE II	DIREITO PENAL COMO INSTRUMENTO DA "JUSTIÇA DE TRANSIÇÃO"
----------	---

Limitamo-nos, a seguir, às reflexões sobre o "modelo da punição" ("Bestrafungsmodell"). Trata-se, sobretudo, de três problemas. Em primeiro lugar, da capacidade social do Direito Penal no enfrentamento de "sistemas ilícitos". Em segundo lugar, da justificação "intrínseca" do Direito Penal. E, em terceiro lugar, do problema dos limites do Estado de Direito para a penalização das pessoas que participavam do "sistema ilícito" do regime anterior.

3 Vgl. etwa Norbert Frei, *Vergangenheitspolitik*, München 2012.

4 Zu diesen unterschiedlichen Grundmodellen Eser/Arnold (Anm. 1) S. 3 ff.

### a) Determinação da verdade

No que concerne à *capacidade* do Direito Penal, enfatiza-se sempre o papel atribuído aos procedimentos penais na determinação da verdade histórica. Através da obtenção de provas, o Processo Penal seria especialmente apto a descobrir a verdade<sup>5</sup>. Se isso procede, nós o não discutiremos agora. Independentemente da questão de se utilizar os procedimentos penais como instrumento de pesquisa histórica, constituiria ou não um abuso do direito penal<sup>6</sup>: o processo penal pode, no máximo, fornecer tesselas para o complexo mosaico da estrutura de um sistema político. A isso, se junta o fato de os acusados nos processos penais terem o direito de manter-se em silêncio, o fato de a única informação segura possível ser frequentemente omitida por aqueles que se utilizam do seu direito de calar-se. Do ponto de vista da determinação da verdade, a utilização de Comissões da Verdade poderia ser muito mais eficiente que o uso do processo penal.

### b) Destruição de modelos interpretativos de legitimidade

Apesar disso, o Direito Penal assume uma importância central no tratamento da criminalidade sistêmica de um regime ditatorial do passado. Isso porque o Direito Penal é um importante meio de comunicação social. Procedimentos penais transportam na sociedade mensagens sobre a avaliação dada aos comportamentos, de sorte a prestar uma enorme contribuição para o estabelecimento, bem como para a correção de modelos interpretativos sociais (*Deutungsmuster*). É exatamente disso, ou seja, da destruição do modelo interpretativo instaurado no "sistema ilícito" anterior, que trata o enfrentamento de um regime ditatorial pretérito. É preciso, naturalmente, compensar violações individuais de direito – fundamental para a reabilitação da vítima, somada à reparação material. Mas a tarefa social mais relevante é a destruição de ideologias, com as quais os atos ilícitos eram legitimados. O Direito Penal, como o mais severo instrumento de reprovação social, estabelece de maneira clara que as ideologias antes utilizadas para justificar violações de direito já não se prestam para tanto. Abaixo, um exemplo recente da Europa, que ilustra bem essa questão.

O Tribunal Europeu dos Direitos Humanos (TEDH) teve que decidir, um tempo atrás, sobre a denúncia contra um *partisan* que, no ano de 1944, na Letônia, invadiu um vilarejo e lá assassinou vários civis – em alguns casos, de forma extremamente cruel<sup>7</sup>. O motivo: moradores do vilarejo haviam, meses antes, delatado um grupo de *partisans* às forças de

5 In diesem Sinne etwa *Schroeder*, Der Einsatz des Strafrechts zur Durchsetzung historischer Gerechtigkeit, in: Nußberger/von Gall (Hrsg.), *Bewusstes Erinnern und bewusstes Vergessen*, Tübingen 2011, S. 339 ff., 341 ff.

6 *Schroeder* (Anm. 5) S. 342.

7 *Kononov vs. Latvia*, Entscheidung vom 17. 5. 2010 – Aktenzeichen: 36376/04. Dazu ausführlich *Schroeder* (Anm. 5) S. 339 ff.

ocupação alemã; por isso, os membros desse grupo foram fuzilados. Após o fim do sistema comunista, o autor (*partisan*) havia sido condenado a uma pena privativa de liberdade por uma corte leta. Em ambas as instâncias, o TEDH rejeitou o recurso apresentado pelo condenado. A mídia russa reagiu a essa decisão; algumas vezes, com clara indignação. O conteúdo da crítica era este: "o TEDH condena a ação de um antifascista"<sup>8</sup>. Mostra-se aqui, de maneira clara, o modelo interpretativo central, cuja correção (ou manutenção) é decidida no processo penal: se o sistema de coordenadas determinante é formado pela oposição "fascismo – antifascismo", logo, todas as condutas que são dirigidas contra o fascismo tendem a se justificar – mesmo quando se trata da morte cruel de civis.

Não é preciso enfatizar que esse sistema de coordenadas pode ser preenchido por inúmeras outras antinomias – como "comunismo" e "patriotismo", "ortodoxia" e "heresia". A tarefa do Direito Penal é, aqui, romper com esse sistema de coordenadas e com o modelo interpretativo que o orienta. O Direito Penal possui, portanto, também a função de destruir ideologias, utilizadas no regime anterior para legitimar os crimes que estavam em conformidade com o sistema (*systemkonforme Verbrechen*). Segundo a teoria da prevenção geral positiva, atribui-se ao Direito Penal a tarefa de estabilizar reconhecidas normas sociais, quando elas são, por um delito, colocadas em xeque. Essa tarefa amplia-se através da sua função de auxiliar na supressão ou na reabilitação das normas que tenham sido suplantadas ou sobrepostas pela ideologia do sistema ditatorial.

### c) Conclusões preliminares

Como conclusões preliminares, é possível afirmar que o Direito Penal pode, no âmbito da superação de um "sistema ilícito" do passado, assumir um importante papel. Todavia, a pena não pode legitimar-se simplesmente em razão desses seus efeitos positivos, desempenhados na prática. Ela só pode justificar-se se encontrar também um fundamento normativo. Ou seja, a pena precisa comprovar ser, em relação ao autor do delito, uma reação justa à sua ação. O problema da justiça penal coloca-se aqui de duas maneiras. Em primeiro lugar, trata-se de saber se o Estado está *obrigado* a penalizar os autores de delitos, por essa punição representar uma exigência [da própria] justiça. Em segundo lugar, refere-se ao problema complementar de saber se o Estado está *habilitado* para punir ações "conformes ao sistema" ou se o princípio do Estado de Direito proíbe tal penalização. Dedicaremos, a seguir, espaço principalmente à segunda questão. Mas antes disso, gostaríamos de tratar brevemente do primeiro problema.

8 Vgl. Schroeder (Anm. 5) S. 340.

### a) Justiça penal em relação à vítima – satisfação e solidariedade

A pergunta se a punição dos ilícitos praticados deve ser vista como um *mandamento de justiça* já não pode ser respondida hoje se recorrendo a premissas religiosas ou ontológicas. Trata-se de um problema de filosofia prática, de filosofia moral, e não de uma questão metafísica. Ou seja: a justiça de uma punição deve ser fundamentada racionalmente, da mesma forma como se fundamenta a justiça de condenar alguém a compensar um dano causado (*Schadensersatz*). A exigência de uma fundamentação "racional" deve ser entendida, portanto, no sentido de uma função compensatória da pena. Quer dizer: deve-se demonstrar que à *desvantagem* imposta ao autor de um delito corresponde uma *vantagem* por parte dos que sofreram o dano, e que tal vantagem legitima a inflicção da desvantagem<sup>9</sup>.

Não é possível, todavia, realizar essa fundamentação, tendo-se em conta somente os *danos materiais* causados pela ação. Assim, diferentemente da compensação por um dano causado, no caso da pena, não se trata da distribuição justa de sofrimentos *existentes*. Trata-se muito mais da imposição de um encargo adicional ao autor que, no caso da condenação a uma pena privativa de liberdade, não beneficiaria ninguém. Não se trata, portanto, da *distribuição* de danos, mas do estabelecimento arbitrário de um *outro* dano, que deve ser imposto ao autor para "compensar" os danos por ele causados. Não há como saber como um dano pode ser compensado através do estabelecimento de um outro dano *adicional*, sem que se recorra a premissas metafísicas. Não é possível neutralizar o mal deste mundo somando-se a ele outros males.

A perspectiva muda quando se tem em conta não uma compensação material, mas uma compensação *ideal* do autor para com a vítima (e possivelmente para com a sociedade como um todo). Este ponto de vista, que desde há muito tem sido utilizado no debate sob o título "satisfação às vítimas", ganhou crescente importância nos últimos anos<sup>10</sup>. É possível, nesse sentido, afirmar que a justiça à vítima é feita ou precisa ser feita através da penalização do autor.

Sem dúvida, essa ideia possui raízes psicológicas profundas. De todo modo, nos casos de graves delitos contra a integridade pessoal, a *vítima* vivencia a penalização dos autores como um ato de justiça. Isso vale especialmente para os casos de ilícitos graves praticados pelo Estado, ou seja, nos casos de graves violações aos Direitos Humanos. Claro

9 Näher dazu *Neumann*, Dimensionen der Strafgerechtigkeit, in: Liu, Shing I/Ulfrid Neumann (Hrsg.), *Gerechtigkeit – Theorie und Praxis*, Baden-Baden 2011, S. 117 ff.

10 Dazu etwa *Hassemer/Reemtsma*, *Verbrechensopfer*. Gesetz und Gerechtigkeit, München 2002 (insbesondere S. 112 – 137).



que é possível falar aqui em um puro *clamor por vingança*. Mas, com isso, estar-se-ia formulando um juízo de valoração negativo sobre a demanda das vítimas, que reduz o sofrimento a elas infringido e que, diante da manifesta universalidade de tal demanda, dificilmente pode justificar-se. A comunidade dos estados reconhece essa exigência das vítimas [pela responsabilização penal dos seus algozes] como um interesse legítimo. A criação de uma Corte Penal Internacional (CPI), a institucionalização de outros tribunais penais internacionais servem ao propósito de dar ouvidos e de prestar satisfação às vítimas e aos seus familiares.

Trata-se aqui não apenas de satisfazer a vítima, mas de atestar que ela se tornou, efetivamente, "vítima" de um *ilícito*. Esta constatação oficial é de especial importância em relação às violências que emanam dos "sistemas ilícitos" constitucionais. Isso porque, no caso de violências conforme ao sistema, a distinção dos papéis de autor e vítima não é assim tão fácil, como (em regra) no caso de violações a bens jurídicos, qualificadas negativamente como ações criminosas dentro do próprio sistema. Assim, nas primeiras décadas após o fim da Segunda Guerra Mundial, as sentenças dos tribunais militares do "Terceiro Reich" foram consideradas legítimas na República Federal da Alemanha – inclusive as condenações à pena de morte pelo delito de *Wehrkraftzersetzung* ("subversão do esforço de guerra")<sup>11</sup>. Somente após 1998 é que se efetuou, lentamente, uma reabilitação das vítimas da Justiça Militar do nacional-socialismo<sup>12</sup>. As condenações dos chamados *Erbgesundheitsgerichte* ("tribunais de eugenia") da época do nacional-socialismo, em que foram ordenadas esterilizações forçadas, valeram num primeiro momento, na Alemanha, como decisões condizentes ao Estado de Direito. Somente no ano de 1988 foi que o *Bundestag* alemão declarou que, a respeito de tais condenações, tratava-se de ilícitos do nacional-socialismo<sup>13</sup>. A função, acima mencionada, da superação de "sistemas ilícitos" pelo Direito Penal, de (re)transmitir à sociedade regras e coordenadas do Estado de Direito, coincide com a tarefa de colocar oficialmente a vítima no seu papel de vítima de ações ilícitas estatais.

A questão de se o Estado, sob a perspectiva da justiça, pode estar obrigado a penalizar violações aos Direitos Humanos que foram praticadas no âmbito de um "sistema ilícito" anterior, pode ser respondida *prima facie* com um "sim". *Prima facie*, porque um *dever* de punir só pode existir no âmbito de um *direito* (*Berechtigung*) de punir. A justiça em relação às vítimas não pode transformar-se em injustiça em relação aos autores. Isso significa que, também em relação aos autores – reais ou supostos –, devem ser aplicados

11 Saathoff, in: *Perels/Wette* (Hrsg.), *Mit reinem Gewissen. Wehrmachtsrichter in der Bundesrepublik und ihre Opfer*, 2011, S. 297 ff., 303.

12 "Gesetz zur Aufhebung der nationalsozialistischen Unrechtsurteile in der Strafrechtspflege" (NS-AufhG) BGBl I 1998, S. 2501 sowie die dazu 2002 und 2009 ergangenen Änderungsgesetze (BGBl I 2002 S. 2714 sowie BGBl I 2009 S. 3159). Dazu Saathoff (Anm. 11) S. 311.

13 *Tümmers*, *Anerkennungskämpfe. Die Nachgeschichte der nationalsozialistischen Zwangssterilisation in der Bundesrepublik*, Göttingen 2011, S. 304.

fundamentalmente todos os princípios que constituem o Direito Penal de um Estado de Direito. Trata-se, aqui, sobretudo do princípio da culpabilidade, da presunção de inocência e do direito a um processo justo. No processo penal relativo a ações conforme o sistema, sobretudo do princípio "não há pena sem lei que a defina" (*nulla poena sine lege*). A seguir, dedicamo-nos a esse problema.

#### **b) Justiça penal em relação ao autor – a proibição da lei penal retroativa**

O problema [da proibição da lei penal retroativa] não existe se, na época de seu cometimento, determinada conduta já fosse punível, mesmo segundo o direito vigente no "sistema ilícito". Se, pelo contrário, a ação não era punível na época do seu cometimento, logo, uma eventual punição incorreria em colisão com a proibição elementar do Estado de Direito de, retroativamente, criarem-se ou aplicarem-se leis penais. Nessa situação, há três possibilidades. Primeiro: é possível, numa rigorosa consideração à proibição da retroatividade penal, desistir de penalizar os autores. Segundo: é possível, em vista da monstruosidade dos atos praticados, romper abertamente com a proibição da retroatividade penal, prevista em lei. Terceiro: é possível tentar definir o problema através de uma argumentação jusfilosófica, em que se rejeita a validade jurídica de determinadas leis do sistema jurídico pretérito. Esse terceiro caminho promete a possibilidade de uma penalização "justa", sem precisar aceitar uma limitação da proibição da retroatividade penal. Foi esse o caminho percorrido pelos tribunais na Alemanha, tanto após o fim do sistema nacional-socialista como após a reunificação das Alemanhas ocidental e oriental<sup>14</sup>.

#### **aa) "Fórmula de Radbruch" – um caminho jusfilosófico para a incriminação?**

Jusfilosoficamente, trata-se aqui de uma disputa entre o *positivismo jurídico* e o *moralismo jurídico*. Uma colisão com a *proibição da retroatividade penal* só pode existir se, segundo a "*situação jurídica*" (*Rechtsslage*) da época, a conduta não era punível. Como se sabe, a pergunta sobre qual era ou qual é o direito válido em um "sistema ilícito" é respondida de maneira distinta pelos juspositivistas e pelos defensores do jusmoralismo. Enquanto que os *juspositivistas* equiparam a "situação jurídica" da época com a "*situação legal*" da época (*Gesetzeslage*), isto é, com as leis positivas então vigentes, os jusmoralistas constroem um filtro entre a "situação jurídica" e a "situação legal", de modo a impedir que leis grosseiramente injustas sejam ou *fossem* consideradas juridicamente vinculantes. A correção jusmoralista pretende ser válida não apenas para os sistemas jurídicos atuais, mas também para *ordenamentos jurídicos anteriores*. A consequência: seguindo uma argumentação jusmoralista, é possível retirar certas normas do ordenamento jurídico do "sistema ilícito" anterior, das quais decorre a justificação para a violação aos Direitos

<sup>14</sup> Näher dazu und zum Folgenden *Neumann*, Rechtspositivismus, Rechtsrealismus und Rechtsmoralismus in der Diskussion um die strafrechtliche Bewältigung politischer Systemwechsel (2002), in: *ders.*, Recht als Struktur und Argumentation, Baden-Baden 2008, S. 163 ff.

Humanos (por exemplo: torturas). A questão é saber se, com isso, o problema da retroatividade é resolvido ou apenas contornado, em detrimento do Estado de Direito.

Para a discussão clássica sobre essa questão, encontram-se os nomes de "Gustav Radbruch" e "Herbert L. A. Hart". O Tribunal de Justiça Federal (*Bundesgerichtshof*)<sup>15</sup> e o Tribunal Constitucional Federal da Alemanha (*Bundesverfassungsgericht*)<sup>16</sup> recorreram explicitamente a Radbruch para fundamentar as suas decisões acerca do "sistema ilícito" do regime nacional-socialista e – em dimensões não comparáveis – o "sistema ilícito" da RDA. O ponto de partida de Radbruch: também a lei injusta deve ser considerada vinculante; o princípio da segurança jurídica proíbe que seja rejeitada a validade jurídica de toda lei "injusta". Mas no caso de uma violação insuportável dos princípios da justiça, deve a lei, enquanto "direito injusto" (*Unrichtiges Recht*), perder sua validade – a assim chamada "fórmula da insuportabilidade" (*Unerträglichkeitsformel*). O mesmo deve acontecer se, com a lei, nem uma vez se aspira à justiça – a chamada "fórmula da negação" (*Verleugnungsformel*). Nesses dois casos, não se trata nem mesmo de um "direito injusto" (*Unrichtiges Recht*). Faltaria à lei a própria natureza jurídica (*Rechtsnatur*)<sup>17</sup>.

*Hart* levanta uma série de argumentos contra a posição de *Radbruch*<sup>18</sup>, que não podem ser, nesse momento, discutidos em detalhe<sup>19</sup>. O mais relevante refere-se ao problema da relação da Fórmula de Radbruch com a *proibição da retroatividade*. Diz ele: se uma causa de justificação penal, cuja norma que a estabelece tenha sido criada num ordenamento jurídico anterior, vier a ser negada *ex post* à produção de seus efeitos jurídicos, encobre-se *o* e incorre-se *no* problema da aplicação retroativa de normas que definem a criminalização<sup>20</sup>. *Hart* não descarta, em termos gerais, a possibilidade de admitir-se a retroatividade de normas penais, mas ele insiste na necessidade de identificar, nesses casos, a retroatividade. Um caso de *penalização retroativa* "não deve ser visto como uma penalização costumeira para as ações ilícitas praticadas na época"<sup>21</sup>. Outros autores advertem que, devido ao problema da retroatividade a ela relacionada, a "espada afiada" da Fórmula de Radbruch deve ser utilizada com muita cautela<sup>22</sup>. Isso leva à questão de se essa espada possui ou não um lugar legítimo no arsenal do Direito Penal de um Estado de Direito. Indagando de maneira direta ou mais contundente: ao aplicar a fórmula

15 Exemplarisch in der in der Amtlichen Sammlung Bd. 39, S. 1 veröffentlichten Entscheidung (BGHSt 39, 1).

16 Exemplarisch in der in der Amtlichen Sammlung Bd. 95, S. 96 veröffentlichten Entscheidung (BVerfGE 95, 96).

17 *Radbruch*, Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht (1946), in: Gustav Radbruch-Gesamtausgabe (GRGA), hrsg. von Arthur Kaufmann, Heidelberg 1987 ff, Bd. 3, S. 87 ff., 89.

18 *H.L.A. Hart*, Der Positivismus und die Trennung von Recht und Moral (1958), in: *ders.*, Recht und Moral. Drei Aufsätze, 1971, S. 14 ff., 39 ff.

19 Näher dazu *Neumann*, Ralf Dreiers Radbruch (2005), in: *ders.*, Rechts als Struktur und Argumentation, 2008, S. 203 ff., 205 ff.

20 *Hart*, Positivismus (Anm. 18), S. 43 f.

21 *Hart*, Der Begriff des Rechts, 1973 (Original: The Concept of Law, 1961), S. 291 f.

22 *Ralf Dreier*, Gesetzliches Unrecht im SED-Staat? Am Beispiel des DDR-Grenzgesetzes, in: Strafgerechtigkeit. Festschrift für Arthur Kaufmann zum 70. Geburtstag, Heidelberg 1983, S. 57 ff., 69.

de Radbruch para as causas de justificação do Direito Penal, estar-se-ia violando a proibição de retroatividade do Estado de Direito?

É possível responder negativamente a essa questão, por motivos lógicos. Pois o peculiar ou o *chiste* (Witz) do modelo de pensamento jusnaturalista é negar *ab initio* a validade jurídica das leis contrárias ao direito natural. A argumentação jusnaturalista – esta é a conclusão óbvia – torna somente válida a *situação jurídica* que, no ordenamento jurídico, já existia na época. Com a aplicação da Fórmula de Radbruch não se mudaria retroativamente a situação jurídica, mas apenas se constataria como era de fato a situação jurídica da época<sup>23</sup>. Nesta perspectiva, a Fórmula de Radbruch não aparece como uma *ruptura*, mas sim como uma *garantia* da proibição de retroatividade.

Não há dúvida que essa interpretação corresponde às intenções de Radbruch. Isso porque ele parte do pressuposto de que, de acordo com esse modelo, “partes inteiras do direito do nacional-socialismo nunca chegaram a alcançar o status de direito válido”<sup>24</sup>. Se seguirmos esse ponto de vista, então o problema da retroatividade, da perspectiva justéorica, não mais se coloca. É preciso, de todo modo, refletir se, a partir dos fundamentos do Estado de Direito, deve-se ou não deixar de aplicar indiscriminadamente a situação jurídica “real” da época contra o autor do delito. Apresenta-se aqui a possibilidade de, em vez da *situação jurídica* de então, ter-se em conta a *situação legal*<sup>25</sup> ou a *práxis jurídica* da época. É possível ter-se em conta a ideia da proteção da confiança, mas também da adjudicação generosa de um erro de proibição inescusável, ou então, em certos casos, da exculpação pela estrita obediência à ordem de superior hierárquico. Os problemas práticos decorrentes da aceitação *ab initio* da ineficácia de causas de justificação grosseiramente injustas deixam-se superar através de outros regramentos, também defensáveis.

#### bb) A problemática de um jusmoralismo “retroativo”

O problema central encontra-se na *pretensão da filosofia do direito* em determinar qual era o direito válido em um ordenamento jurídico pretérito. Pode, desde o ponto de vista da filosofia do direito ou das alternativas do *positivismo jurídico* e do *moralismo jurídico*, determinar-se, realmente, como era, no passado, o ordenamento jurídico de um Estado? Eu penso que não. Na verdade, a disputa entre positivismo e moralismo jurídicos não trata da correta descrição da situação jurídica existente, mas de *orientações de comportamento* (*Handlungsanweisungen*). O debate não pertence ao campo da filosofia teórica, mas ao da filosofia prática. O jusmoralista exorta que os cidadãos e os tribunais

23 Prágmat in diesem Sinne Robert Alexy, Mauerschützen. Zum Verhältnis von Recht, Moral und Strafbarkeit, Hamburg 1993, S. 33: „Es wird mit der Anwendung der Radbruchschen Formel ... nicht rückwirkend die Rechtslage geändert, sondern nur festgestellt, wie zum Zeitpunkt der Tat die Rechtslage war.“

24 Radbruch, Gesetzliches Unrecht (Anm. 16), S. 89.

25 Näher dazu Frank Saliger, Radbruchsche Formel und Rechtsstaat, Heidelberg 1995, S. 36 ff.

não sigam as normas do direito positivo, consideradas extremamente injustas. A tese de que tais normas não são Direito válido não formula qualquer afirmação sobre a existência dessas normas, mas a *exigência* de que elas sejam tratadas como não vinculantes pelos tribunais. O mesmo vale, mas com sinais trocados, para a posição do positivismo jurídico. Nenhum dos dois posicionamentos produz qualquer descrição de um ordenamento jurídico existente, mas formulam *orientações de comportamento*, que se relacionam à observância ou à não observância das normas do direito positivo. Isso significa que posicionamentos jusnaturalistas não podem ser utilizados para a reconstrução de sistemas jurídicos *do passado*.

Tomemos emprestada a História do Direito para esclarecer esse ponto. Suponhamos que um defensor do moralismo jurídico afirmasse que as disposições sobre a escravidão nos ordenamentos jurídicos das cidades-estados da Antiguidade não seriam direito válido, porque violariam um Direito Natural universal, atemporal, que proíbe a escravidão. Tanto historiadores do Direito como filósofos do direito provavelmente reagiriam a essa afirmação com espanto. Isso porque uma tal declaração é destituída de sentido. Apenas aparentemente é que nós fazemos uma declaração sobre o conteúdo desse sistema jurídico. Na verdade, o que nós fazemos é formular uma crítica moralmente motivada, quer dizer: nós formulamos uma valoração na forma de uma "declaração da ordem do ser" (Seinsaussage) e não da ordem do dever-ser. Diferentemente do recurso ao direito natural para com as normas do direito válido, uma reinterpretação de ordenamentos jurídicos pretéritos não deve nunca ser vista como um apelo para que as normas legais do sistema jurídico sejam abordadas desta ou daquela maneira. Isso só faria sentido se os ordenamentos jurídicos pudessem ser entendidos como um sistema normativo ideal, cujas regras pudessem ser indicadas independentemente da sua positivação. Mas tal pressuposto não seria epistemologicamente defensável. O direito possui apenas uma existência social, não uma existência ideal.

O que vale para o exemplo da escravidão na Antiguidade vale também para ordenamentos jurídicos que, temporalmente, encontram-se bem mais próximos de nós – pensemos no instituto da escravidão nos Estados Unidos, na primeira metade do século XIX. Vale também para um ordenamento jurídico que precede imediatamente o momento presente. Não faz qualquer diferença o quão grande é o lapso temporal. A argumentação jusnaturalista, sobre a qual se apoiaram o Tribunal de Justiça Federal e o Tribunal Constitucional Federal, alemães, para fundamentar as suas sentenças a respeito das violações "conformes ao sistema" dos bens jurídicos na antiga RDA, não se sustenta.

Deixem-me, mais uma vez, destacar nitidamente um aspecto. A recusa do modelo interpretativo do jusnaturalismo para a reconstrução de ordenamentos jurídicos *anteriores* não significa que, para a interpretação do direito *válido*, esteja excluída uma posição jusnaturalista. Trata-se aqui de uma outra questão. Em relação ao ordenamento jurídico *válido*, as posições do direito natural e do positivismo jurídico possuem um caráter prescritivo: elas se relacionam à pergunta de se os operadores do direito *devem ou não devem* aplicar também as leis consideradas grosseiramente injustas. Essa é uma questão normativa pertinente e, na prática, muito importante, à qual é possível relacionar distintas posições, sem recorrer a subterfúgios metafísicos. Mas para ordenamentos jurídicos *pretéritos* não cabe um posicionamento prescritivo, devido à sua própria natureza. Quem utiliza o esquema interpretativo do direito natural para tratar de ordenamentos jurídicos pretéritos está obrigado, portanto, a compreender a controvérsia entre positivismo jurídico e jusnaturalismo, não como uma questão *prático-normativa*, mas como uma questão *cognitiva*. Ou seja: torna-se necessária a adoção de uma entidade ideal chamada "validade jurídica", para cujo conhecimento concorrem tanto o direito natural como o positivismo jurídico.

A argumentação leva-nos, contudo, a um outro problema, referente a como os tribunais *hoje e em nosso ordenamento jurídico* têm decidido em relação ao direito de um "sistema ilícito". Trata-se, pois, de uma questão prática, a ser feita desde uma perspectiva interna, estando, por isso, aberta para argumentos jusnaturalistas. Na realidade, a argumentação jusnaturalista possui aqui uma *função apelativa*. Mas esse apelo visa justamente a desconsiderar, nas atuais decisões, a "situação jurídica" de sistemas anteriores, por razões de justiça. Por um lado, o recurso à Fórmula de Radbruch acaba atingindo a proibição de retroatividade. Neste ponto, *Hart* tem razão sobre *Radbruch*. Por outro lado, há que se concordar também com o Tribunal de Justiça Federal alemão, quando ele afirma que uma limitação da proibição de retroatividade se fazia, aqui, necessária.

### cc) A alternativa: limitação da proibição de retroatividade

O esclarecimento de que uma *posição jusmoralista*, como a expressa na Fórmula de Radbruch, não pode contornar a *proibição de retroatividade própria do Estado de Direito*, não se deve somente à questão da consistência teórica do moralismo jurídico. Ele é exigido por motivos de Estado de Direito (*Gründen der Rechtsstaatlichkeit*) e, desse modo, por motivos ético-jurídicos (*rechtsethischen Gründen*). Estaria próximo do inaceitável fundamentar a punibilidade de seres humanos que agiram de acordo com as leis e com a práxis jurídica de seu tempo sob a alegação de que a situação jurídica de então era, "na verdade", algo totalmente diferente daquela reconhecida no próprio sistema. Isso incorreria em uma má ficção (*schlechte Fiktion*). A fundamentação da punibilidade só

pode ser aquela que diga que essas ações "conformes ao sistema" são *avaliadas* como um ilícito tão grave, que se justifica permitir uma exceção à proibição de retroatividade do Estado de Direito<sup>26</sup>. Uma tal argumentação obedece ao status "pré-positivo" dos *Direitos Humanos*, de cuja violação costuma tratar-se nesses casos. Assim como a *validade jurídica dos Direitos Humanos* prescinde de reconhecimento legal, tampouco a penalização de *violações elementares* dos Direitos Humanos necessita de uma norma penal válida à época dos fatos. Isto é hoje amplamente aceito no direito penal internacional. Sob determinadas condições, é suficiente uma punibilidade conforme a um direito internacional costumeiro. O direito penal nacional, codificado, precisa determinar legalmente a punibilidade, mas ele não está vinculado terminantemente à proibição de retroatividade do Estado de Direito.

Permanece a intrincada questão de saber onde exatamente traçar o *limite* entre a retroatividade de leis penais, a permitida e a não permitida. Permanecem aqui, como critério de referência, apenas os princípios gerais do Direito, que são reconhecidos pelos povos civilizados nas respectivas épocas. A Convenção Europeia dos Direitos Humanos estabelece onde são permitidas exceções à proibição de retroatividade penal, manifestando-se expressamente sobre esses princípios gerais do direito (Art. 7 §2 CEDH). A relativização histórica, que com eles está associada, é inevitável. A tortura de presos é, segundo esses princípios, claramente punível, independente da situação legal no respectivo Estado. Mas, como se sabe, isso nem sempre foi assim. Se permanecerá assim no futuro dependerá de saber se nós, hoje, utilizaremos ou não o Direito Penal de maneira consequente contra a tortura e outras graves violações aos Direitos Humanos.

26 Anders *Wolfgang Naucke*, der bei der Bestrafung von "Staatskriminalität", die zur Zeit des Unrechtssystems gesetzlich legalisiert war, lediglich eine scheinbare Rückwirkung annimmt, weil das Rückwirkungsverbot den Freiheitsrechten des Bürgers, nicht aber der der Straflosigkeit "staatsverstärkter Kriminalität" diene. "Der wirkliche Verstoß [gegen das Rückwirkungsverbot, U.N.] dient der Machtvermehrung, der scheinbare Verstoß dient der Machtverminderung" (*Naucke*, Über wirkliche und scheinbare Verstöße gegen das strafrechtliche Rückwirkungsverbot, in: *Pánstwo prawa i prawo karne. Festschrift für Andrzej Zoll*, Warszawa 2012, S. 477 ff., 484. Vgl. auch *Naucke*, Die strafjuristische Privilegierung staatsverstärkter Kriminalität, Frankfurt/Main 1996.

# PARTE 02:

## O Contexto Histórico das Transições





Leituras históricas e  
Justiça de Transição:  
*notas para um debate  
comparado*

MARCELO TORELLY

O debate sobre o contexto histórico das transições políticas no Brasil e na Alemanha permite-nos confrontar algumas questões-chave sobre as relações entre História e Justiça de Transição. Assim, este pequeno comentário busca problematizar cinco questões de fronteira, que permitem o encontro e o intercâmbio do historiador com o jurista no processo concreto de busca por formas de justiça, desde já assumindo a perspectiva de Pablo de Greiff, de que a justiça transicional não se trata de uma forma “moderada” de justiça, mas sim de um conjunto de mecanismos próprios para enfrentar um legado para o qual a justiça dos tempos ordinários, através do Judiciário, mostra-se despreparada, cabendo ao Estado articular um conjunto mais amplo de políticas públicas<sup>1</sup>. A nosso ver, tal percepção apenas reforça a perspectiva que se pretende explorar, do encontro entre saberes, para a construção de justiças.

## 1. O PROBLEMA DA VERDADE

A primeira questão-chave a ser enfrentada, tanto por historiadores quanto por juristas, será aquela que diz respeito à própria existência da verdade. Mecanismos da Justiça de Transição, como as comissões da verdade, buscam formas de conhecimento que se diferem tanto da chamada “verdade processual”, à qual se habituaram muitos juristas, quanto das formas de verdades que buscam perquirir os historiadores. Não obstante, a verdade segue sendo relevante para o estabelecimento de relações entre o passado e o presente. Nas palavras de Teitel *“historical inquiry and narrative play an important transitional role*

<sup>1</sup> Pablo de Greiff. **Report of the Special Rapporteur on the promotion of truth, justice, reparation and guarantees of non-recurrence**, Pablo de Greiff. Genebra: UN Human Rights Council, A/HRC/21/56, 9 August 2012.

*linking past to present. Transitional accountings incorporate a state's repressive legacy and by their very account draw a line that both redefines a past and reconstructs a state's political identity. Transitional historical justice illuminates the constructive relation between truth regimes and political regimes, clarifying the dynamic relation of knowledge to political power*<sup>2</sup>.

De alguma maneira, a verdade que busca a Justiça de Transição é, antes de tudo, uma *verdade negativa*, constituída pela desconstrução de narrativas falsas construídas por regimes de poder. Em segundo lugar, é uma *verdade reconstrutiva das memórias*, pois permite a insurgência de um conjunto de memórias coletivas e sociais<sup>3</sup>, que não detém pretensões de validade universal, mas cuja expressão era vedada pelo regime autoritário, por seu potencial de gerar dissensos. Em um terceiro momento, a "verdade" produzida nas transições será, por fim, o objeto direto da apreciação de tribunais, e de acadêmicos, daí decorrendo a importante conclusão de Maier de que *"this means that historians must interpret, indeed must often implicitly raised questions, that the [truth] commission itself failed to ask"*<sup>4</sup>.

Não é, portanto, uma pretensão da Justiça de Transição a superação do debate sobre a existência de uma "verdade", mas sim a ampliação do acesso a informações denegadas sobre o passado e, mais ainda, a pluralização de memórias sociais que reconstituam e fortaleçam o tecido social esgarçado pelo autoritarismo.

## 2. O PROBLEMA DAS CONTINUIDADES E DAS RUPTURAS

Uma segunda questão que permeia os debates históricos sobre transições é o da continuidade ou ruptura. Para os historiadores, a alteração do modo de distribuição e exercício do poder, em si, já se apresenta como fato relevante. Já para o jurista e para o politólogo, insurge uma segunda questão: *a continuidade ou não do sistema legal*.

Os casos em contraste, de Brasil e Alemanha, tornam-se especialmente interessantes a este respeito. De um lado, a Alemanha experimentou, primeiro, a superação de um regime criminoso, após a Segunda Grande Guerra, e depois a unificação entre dois regimes de legalidades distintas. Já o Brasil pós-ditadura militar defrontou-se com a necessidade de superação de um regime que buscou construir aquilo que Pereira define como uma

2 Ruti Teitel. **Transitional Justice**. Oxford: Oxford University Press, 2000, p.08.

3 Uma excelente construção categorial sobre as formas de memória nas transições políticas pode ser lida em: Paloma Aguilar. **Políticas de la memoria y memorias de la política**. Madrid: Alianza, 2008, pp. 43-68.

4 Charles S. Maier. "Doing History, doing Justice", in: Robert Rotberg & Dennis Thompson (eds). **Truth V. Justice**. Princeton: Princeton University Press, 2000, p.265

"legalidade autoritária"<sup>5</sup>, ou seja, um sistema de direito formalmente válido, porém, distante dos predicados de um Estado de Direito material.

Na primeira transição alemã, um insurgente direito internacional foi meio eficiente para a resolução de muitas das questões postas na qualidade de "crimes contra a humanidade" no tribunal dos vencedores, tido em Nuremberg<sup>6</sup>. Já na segunda transição, estabeleceu-se a hoje célebre *Fórmula de Radbruch* como meio tentativo de avaliação judicial de condutas tidas sob outra legalidade<sup>7</sup>. Já no caso brasileiro, apoiando-se na ideia de *continuidade e identidade* da Constituição formulada por Carl Schmitt em seu *Verfassungslehre*, o Supremo Tribunal Federal entendeu-se como impossibilitado de revisar a legislação passada frente à nova Constituição, com vistas a afastar a pretensão de Crimes de Estado anistiados pela ditadura militar<sup>8</sup>.

Nos três casos, juristas se valeram de argumentos *históricos* e de argumentos *políticos* para justificarem *continuidades* ou *rupturas* que foram peças-chave na construção de suas teorias sobre como lidar com o passado.

### 3. A QUESTÃO DOS VITORIOSOS E DOS MECANISMOS TRANSICIONAIS POSSÍVEIS

Os quatro mecanismos-chave de promoção da Justiça de Transição são: a reforma das instituições políticas e de segurança; a reparação às vítimas; o esclarecimento da verdade; e a investigação e julgamento dos crimes<sup>9</sup>. Evidentemente, a efetivação da dimensão normativa destes mecanismos depende da existência de condições políticas. Como aponta Kritz, "*it is a mistake to suggest that any thoughtful or comprehensive approach that works in one country can automatically become the model for other transitional states*"<sup>10</sup>. A decisão sobre quais medidas priorizar e a ordem para adotá-las depende de considerações que levem em conta não só o tipo de arbitrariedades que se pretende enfrentar, como também as condições políticas derivadas das relações de poder pós-transicionais e as decisões anteriormente tomadas na própria transição, num modelo de "*path dependence*". Modelos

5 Anthony Pereira. *Political (in) Justice – Authoritarianism and the Rule of Law in Brazil, Chile, and Argentina*. Pittsburgh: Pittsburgh University Press, 2005, pp. 191-200.

6 Constituindo-se, após tal julgamento, um "legado normativo" que se desenvolveu fortemente ao longo do Século XX. Cf.: Larry May. *Crimes Against Humanity – a normative account*. New York: Cambridge University Press, 2005.

7 Stanley L. Paulson. "Radbruch on unjust laws: competing earlier and later views?" in: *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 15, nº 03, 1995, pp. 489-500.

8 Cf.: Gilmar Mendes. *Voto*. Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 153/2008, Brasília (2010), item 3.4. Uma crítica a esta visão pode ser obtida em: Marcelo D. Torelly. *Justiça de Transição e Estado Constitucional de Direito*. Coleção Fórum Justiça e Democracia, vol. 02. Belo Horizonte: Fórum, 2012, pp. 327-338.

9 Cf.: Ruti Teitel. *Transitional Justice*. *Op. cit.* Louis Bickford. "Transitional Justice", in: *The Encyclopedia of Genocide and Crimes Against Humanity*. Volume III. Nova Iorque: MacMillan, pp. 1045-1047.

10 Neil Kritz. "Policy implications of empirical research on transitional justice", in: Hugo van der Merwe, Victoria Baxter & Audrey R. Chapman (eds), *Assessing the Impact of Transitional Justice*. Washington: United States Peace Institute, 2009, p.13.

comparativos apontam, por exemplo, para a maior possibilidade de medidas de justiça em transições pós-colapso<sup>11</sup> do regime autoritário do que em transições "por transformação", como as tidas em Brasil e Espanha na década de 1970, onde é o próprio regime quem conduz a transição<sup>12</sup>.

Os problemas da constituição dos chamados "regimes de verdade", conforme acima apontado, insurgem também em decorrência da decadência dos "regimes de poder" que impedem o acesso à verdade. Ainda, como será apontado no próximo tópico, a identificação das vítimas também depende de uma equação de poder a elas favorável na correlação de forças pós-transicionais. Novamente aqui, a história auxilia-nos a entender por que determinadas medidas tornaram-se possíveis ou ganharam prioridades ante a outras, numa clássica demonstração de como a agenda política da sociedade organizada possui o condão de operar mudanças estruturais capazes de gerar força normativa para direitos assegurados formalmente ou em processo de positivação<sup>13</sup>. Estudos de caso sobre Brasil e Argentina, exemplificativamente, auxiliam na compreensão sobre por que o primeiro optou por um modelo de "reparação, memória e verdade", que poderá coadunar num processo de justiça<sup>14</sup>, enquanto o segundo país, geograficamente vizinho e com uma ditadura ideologicamente próxima, optou por um modelo de "verdade e justiça" do qual decorreram processos de memória e reparação<sup>15</sup>. Na Argentina, a ditadura encerrou-se após uma derrota militar em guerra externa. No Brasil, a transição deu-se por transformação do regime autoritário. Ignorar essas realidades ensejaria uma análise historicamente equivocada e, normativamente, descolada da realidade.

#### 4. O PROBLEMA DA IDENTIFICAÇÃO DAS VÍTIMAS E DOS AGENTES PUNÍVEIS

Uma tendência universalmente verificável nos regimes autoritários e totalitários é a constante criminalização de condutas sociais contrárias ao governo, bem como o engajamento de setores sociais civis nos processos repressivos. Esses dois fatores complexificam a identificação das "vítimas". Maier aponta, com propriedade, que *"pluralistic democracies often involve competing and overlapping claims to having been badly treated; the*

11 Leigh A. Payne; Tricia Olsen; Andrew Reiter. "The Justice Balance: When Transitional Justice Improves Human Rights and Democracy", in: **Human Rights Quarterly**. Vol. 32, nº 4, 2010, pp. 980-1005.

12 O conceito de "Transição por Transformação" é desenvolvido em: Samuel Huntington. **The third wave: democratization in the late twentieth century**. Oklaroma: Oklahoma Univeristy Press, 1991, pp.124-142.

13 David Crocker. "Transitional Justice and International Civil Society: toward a normative framework", in: **Constellations**. Vol. 05, nº 04, 1998, pp. 492-517.

14 Paulo Abrão & Marcelo D. Torelly. "The reparations program as the lynchpin of Transitional Justice in Brazil", in: Felix Reategui (Ed), **Transitional Justice – Latin American handbook**. Brasília/New York: Ministério da Justiça/CTJ, 2011, pp. 443-486.

15 Par Engstrom & Gabriel Pereira. "From amnesty to accountability: the ebb and flow in the search for justice in Argentina", in: Francesca Lessa & Leigh A. Payne (Eds), **Amnesty in the Age of Human Rights Accountability**. New York: Cambridge Univeristy Press, 2012, pp. 97-122.

*groups that compete for civic status demand acknowledgment of victimhood. This acknowledgment often brings a modicum of political influence and material or symbolic compensation: a parliamentary seat, monetary reparation, a monument or memorial, and perhaps a national holiday or a moment of public silence and reflection*"<sup>16</sup>. A identificação das vítimas com fito à proposição de medidas reparatórias é sempre um desafio e, mesmo que tal desafio seja mediado pelo Direito, a fixação dos critérios materialmente relevantes para a substancialização de tal status dificilmente será, em si, neutra.

É evidente que determinados conjuntos sociais são explicitamente identificáveis enquanto vítimas por boa parte dos critérios disponíveis na cena pública de uma democracia pluralista, como o foram os aglutinados nos campos de concentração nazistas ou os mortos e desaparecidos políticos da ditadura militar brasileira. O problema que se coloca, portanto, é a extensão desta categoria a outros setores sociais que foram, de alguma maneira, prejudicados. Programas de reparação e reabilitação, neste sentido, têm procurado compatibilizar reparações judiciais e administrativas com outras formas de políticas públicas, de modo que distintos públicos sejam beneficiados de distintas maneiras<sup>17</sup>. Não obstante, tais medidas têm alto potencial para ensejar novos conflitos sociais, seja por parte de cidadãos com pretensão ao status de vítima que não se sintam compensados, seja por parte dos opositores de políticas compensatórias que nelas identificam formas inapropriadas de justiça redistributiva.

Finalmente, a mesma dificuldade em identificar vítimas se aplica à identificação de criminosos, quando se iniciam as perseguições penais. Em países como o Chile, apenas responsáveis por graves violações contra os direitos humanos foram processados. Na Argentina, não obstante, diversos envolvidos no processo repressivo foram processados e punidos<sup>18</sup>, avançando-se correntemente, inclusive, para a análise da responsabilidade das empresas e corporações que cooperaram com a perpetração de violações<sup>19</sup>. Se é bem verdade que existe uma insurgente "norma global de responsabilização individual"<sup>20</sup>, é igualmente verdadeiro que a forma da transição, o contexto político e a mobilização social têm forte incidência nas decisões sobre "quem" e "como" processar.

16 Charles S. Maier. "Doing History, doing Justice", *op. cit.* p.268.

17 Para uma visão geral sobre reparações: Pablo de Greiff. "Justice and Reparations", in: Pablo de Greiff (Ed.), **The Handbook of Reparations**. Oxford: Oxford University Press, 2006, pp. 451-477.

18 Um estudo comparativo sobre juízos penais pode ser encontrado em: Jo-Marie Burt. "Challenging impunity in domestic courts: human rights prosecutions in Latin America", in: Felix Reategui (Ed), **Transitional Justice – Latin American handbook**. Brasília/New York: Ministério da Justiça/ICTJ, 2011, pp. 285-311.

19 Cf.: Leonardo Filippini & Agustin Cavana. "Responsabilidade empresarial e terrorismo de Estado na Argentina", in: **Revista Anistia Política e Justiça de Transição**. Brasília: Ministério da Justiça, nº 06, Jul./Dez. 2011, no prelo.

20 Leigh A. Payne, Paulo Abrão & Marcelo D. Torelly. "A anistia na Era da Responsabilização: contexto global, comparativo e análise do caso brasileiro", in: Leigh A. Payne, Paulo Abrão & Marcelo D. Torelly (Eds), **A Anistia na Era da Responsabilização**. Brasília/Oxford: Ministério da Justiça/Universidade de Oxford, 2011, pp. 22-24.

Todos os elementos até agora aludidos compreendem uma circularidade: ao mesmo tempo em que a leitura histórica feita pelo jurista e pelo agente público é determinante para a tomada de decisões sobre a forma de tratamento do passado, essa mesma leitura é também vinculada historicamente por seu contexto de inserção. Tal circularidade, não obstante, igualmente é presente em todo o tecido social. Nossas leituras do passado determinam nossa tomada de posições no presente e, assim, nossa releitura da história altera as condições objetivas com que percebemos os fatos passados.

Enquanto estratégia de incidência, as medidas de justiça transicional objetivam, a um só tempo, *retrospectivamente*, promover justiça e reparações quanto a fatos passados, mas, *prospectivamente*, gerar processos de memória que potencializem o presente democrático<sup>21</sup>. É assim que, como forma de conclusão a este breve comentário, aponta-se a importância dos processos de justiça transicional para a afirmação de uma democracia pluralista, capaz de contingentemente lidar com o dissenso estrutural da sociedade. O acúmulo histórico e o processo de reflexão-aprendizado ensejado por medidas transicionais bem ajustadas a seu contexto local têm o condão de gerar aquilo que define em outro espaço como um *sensu comum democrático*<sup>22</sup> que, ao naturalizar a existência do dissenso e a necessidade de proteção a garantias fundamentais mínimas, contribui para a estruturação de uma nova identidade política para a sociedade pós-autoritária. Esse processo demanda, portanto, não apenas uma releitura histórica do passado, como também uma reflexão presente sobre distintos elementos constitutivos do autoritarismo que se entende superar. É, portanto, um processo histórico que rompe com a ideia de linearidade e investe, a contrário sensu, na necessidade de estabelecer rupturas.

21 Marcelo D. Torelly. *Justiça de Transição e Estado Constitucional de Direito*. Op. cit. pp. 38-39; 135-142.

22 Cf.: Marcelo D. Torelly. *Justiça de Transição e Estado Constitucional de Direito*. Op. cit. p. 175; ou ainda: Marcelo D. Torelly. "Justiça Transicional, Memória Social e Senso Comum Democrático: notas conceituais e contextualização do caso brasileiro", in: Boaventura de Sousa Santos, Paulo Abrão, Cecília MacDowell & Marcelo D. Torelly (Eds), *Repressão e Memória Política no Contexto Ibero-Brasileiro*. Brasília/Coimbra: Ministério da Justiça/Universidade de Coimbra, 2010, pp. 104-123.





# Anistia no Brasil: *história e memória*

MARIA PAULA ARAÚJO

Em primeiro lugar, eu gostaria de agradecer o convite para participar deste seminário e louvar a iniciativa de estabelecer um debate e uma discussão com o intuito de comparar os diferentes processos políticos vividos no Brasil e na Alemanha.

Este texto pretende apresentar um panorama sobre o processo histórico de transição política vivido no Brasil a partir de meados da década de 1970. Um processo que destaca o tema da anistia. O presente texto pretende discutir as relações entre a história e a memória da anistia no Brasil.

Quando o Presidente da Comissão de Anistia, Dr. Paulo Abrão, me convidou a participar deste seminário ele me pediu para, como historiadora, falar do contexto histórico da anistia no Brasil. E eu me perguntei: "Que contexto é este? Ou melhor dizendo, a qual dos contextos ele se referia"? A anistia política foi um recurso usado por vários presidentes do Brasil em diferentes épocas, mas eu vou me ater à anistia relacionada à ditadura militar, ou seja, a Lei da Anistia, sancionada em agosto de 1979. Mas isso não resolve o nosso problema de contexto, muito pelo contrário. Porque esta anistia também tem um significado histórico que atravessa diferentes contextos. A lei foi sancionada em 1979, mas posteriormente foi objeto de complementações através de outras leis; e o termo *anistia* foi adquirindo novos significados e novos conteúdos políticos na medida em que avançava o

processo de consolidação democrática do país. Por isso eu trabalho com a hipótese de que é possível narrar a história política do Brasil recente a partir do tema da anistia. A anistia teve um papel político importante na luta contra a ditadura militar, posteriormente teve um papel político e simbólico na reconstrução democrática e, nos últimos anos, galvanizou, na discussão sobre a revisão da Lei da Anistia, o tema da responsabilização e punição dos culpados pelos crimes cometidos pela ditadura. Eu pretendo, neste texto, recuperar um pouco desse processo histórico que aponta para a centralidade da questão da anistia na trajetória política do país, relacionando os diferentes momentos políticos da anistia com seus diferentes contextos históricos.

1.	<b>“ANISTIA AMPLA, GERAL E IRRESTRITA” – UMA PALAVRA DE ORDEM CONTRA A DITADURA MILITAR</b>
----	---

A luta pela anistia ampla, geral e irrestrita foi a principal bandeira de luta política levantada pelas esquerdas e setores de oposição à ditadura militar, no âmbito de uma luta pelas liberdades democráticas, a partir de meados da década de 1970. Vejamos um pouco desse contexto histórico específico que se delineia em torno de 1974.

O contexto da luta democrática se definiu após a derrota política e militar da experiência da luta armada, que levou as esquerdas brasileiras a se reorganizarem em torno de uma nova tática de luta política que se consubstanciou numa plataforma de luta pelas liberdades democráticas, ajudando a constituir e, em muitos casos, a liderar um amplo campo de oposição política à ditadura militar. Por outro lado, em meados da década de 70, o próprio regime buscava ampliar sua base de institucionalidade, iniciando durante o governo do General Geisel a chamada "distensão" política. O governo começava a acenar com o seu projeto de "abertura lenta, gradual e segura". O projeto de abertura respondia em parte a conflitos internos ao governo, mas por outro lado a dinâmica concreta da abertura política era profundamente influenciada pela atuação da sociedade e das forças políticas de oposição<sup>1</sup>.

Eu gostaria de me deter um pouco aqui para retomar um tema que discuti em outros livros, que foi o debate no interior das esquerdas brasileiras, de autocrítica da luta armada e elaboração de uma nova tática política centrada em torno de uma plataforma de luta pelas liberdades democráticas<sup>2</sup>. Acho importante essa menção, já que estamos discutindo

---

1 Esta distinção entre o *projeto* e o *processo* da abertura política foi primeiramente apontada por Werneck Vianna num artigo publicado no jornal *Voz da Unidade* (1981) e mais tarde reproduzida no livro "A Classe Operária e a Abertura", SP, Cerifa, 1983.

2 Os textos de minha autoria sobre este tema estão relacionados na bibliografia, ao final.

contexto histórico, porque esta reformulação política das esquerdas brasileiras vai interferir no contexto histórico da década de 70.

O processo de autocritica da luta armada e o empenho na construção de uma nova linha política de ação começaram no Chile, nos primeiros anos da década de 70, no debate entre militantes exilados oriundos de diferentes organizações. Depois do golpe no Chile, que derrubou o governo de Salvador Allende, este debate extrapolou para outros países, que receberam exilados e banidos, centrando-se em Paris, na França, onde era produzida a revista *Brasil Socialista*. A revista *Brasil Socialista* era uma publicação clandestina que reunia militantes de organizações de esquerda que se propunham a construir um campo "revolucionário" em oposição ao campo comunista, que acusavam de "reformista"; a maioria delas havia apoiado ou participado da luta armada. Em julho de 1975, a revista *Brasil Socialista* publicou um texto fundamental para a revisão da tática política da esquerda armada: "*Notas sobre a Questão da Tática*"<sup>3</sup>. O texto definia explicitamente a conjuntura de distensão política (iniciada em 1974, pelo governo Geisel) como um projeto de institucionalização da ditadura militar e propunha em resposta uma luta pelas liberdades democráticas. Assinava o artigo o militante Raul Villa, "nome frio" de Eder Sader, um dos dirigentes da POLOP (Política Operária). No ano seguinte, um documento interno do MR8 (Movimento Revolucionário 8 de Outubro - uma das mais importantes organizações de luta armada no Brasil), intitulado "*Socialismo e Liberdades Democráticas*", escrito por Daniel Terra (dirigente da organização), consolidava a nova tática. A partir daí o campo da luta democrática passou a ser engrossado por organizações que até então eram críticas a esta perspectiva de luta (considerada "reformista") e propunham a luta armada como forma de combate à ditadura. Essa mudança de tática foi fundamental porque permitiu a rearticulação entre diferentes esquerdas e destas com setores mais moderados da sociedade civil, criando um amplo campo de oposição e protesto contra o regime.

Temos, então, a partir de meados da década de 70, uma conjuntura e um processo de luta política fortemente marcados por estes dois polos: de um lado, o projeto de abertura do Governo; de outro, a atuação de um movimento político de oposição, reunindo amplos setores da sociedade e com forte presença dos partidos e organizações de esquerda, que procurava alargar e implodir os limites do projeto de "abertura" do governo. Este movimento de oposição se organizou em torno de uma plataforma de lutas democráticas: anistia ampla, geral e irrestrita; fim do aparelho e da legislação repressiva; eleições livres e diretas; direito de greve; liberdade de organização, expressão e manifestação política, contra a censura, contra as prisões arbitrárias, contra a tortura, por uma constituinte soberana, pelo retorno ao Estado de Direito. De todas estas bandeiras a luta pela anistia

3 "Notas sobre a Questão da Tática" - *Brasil Socialista*, julho/1975. Ano 1, nº 3. Arquivo TEMPO, IFCS/UFRJ.

foi a palavra de ordem com maior capacidade de mobilização popular, esta foi a bandeira que tocou o coração das pessoas. Com esta bandeira, os cidadãos brasileiros voltaram às ruas. O estopim foi a prisão de alguns jovens, ligados a organizações de esquerda, que estavam distribuindo panfletos numa comemoração operária do Primeiro de Maio, em São Paulo. Com a palavra de ordem "*Libertem nossos presos! Agora, já!*" estudantes de todo o país realizaram amplos atos públicos em várias universidades e, junto com outros setores da oposição, aproveitaram o movimento e criaram o Comitê 1º de Maio pela Anistia: o primeiro passo para uma campanha pública de rua e ofensiva pela anistia no país. Logo depois, no início de 1978, foi criado no Rio de Janeiro o Comitê Brasileiro pela Anistia (CBA), somando-se a outros comitês que já existiam, como o Comitê Feminino pela Anistia. Na sequência, foram criadas sedes do CBA em várias cidades do país. O Comitê Brasileiro pela Anistia comandou uma campanha nacional pela anistia ampla, geral e irrestrita. Ele reunia, em suas diversas sedes por todo o país, os elementos mais combativos da oposição ao regime: estudantes, militantes de partidos e organizações de esquerda (na época, clandestinos), familiares de presos, de mortos e desaparecidos, setores progressistas da Igreja Católica e o grupo dos "parlamentares autênticos" do Movimento Democrático Brasileiro (MDB), o partido de oposição. Acho importante lembrar aqui, para nossos colegas alemães, que a ditadura brasileira instituiu o bi-partidarismo, tendo dissolvido os partidos políticos existentes antes do golpe e criado dois novos: um partido de situação e um de oposição. É importante marcar que este partido de oposição, criado e consentido pela própria ditadura, aos poucos se transformou num canal efetivo de oposição política ao regime, desempenhando um papel relevante no processo de transição política. Participavam também do CBA jornalistas, professores, advogados e intelectuais. Passeatas, atos públicos, manifestações, cartazes e uma ampla campanha na imprensa – sobretudo na chamada "Imprensa alternativa"<sup>4</sup>, expressaram o crescimento desta palavra de ordem e desta luta. A lei foi sancionada em 28 de agosto de 1979.

Mas a anistia que foi promulgada na Lei de 1979 não foi a anistia desejada pelos setores mais combativos da sociedade, em especial pelo Comitê Brasileiro pela Anistia. Foi uma anistia parcial e restrita e que deixava margem para o entendimento de uma "reciprocidade".

A anistia no Brasil tem, portanto, um caráter complexo. Ela representou, por um lado, uma conquista parcial da sociedade e dos grupos que lutavam pela "anistia geral e irrestrita" (e que viram a anistia como resultado, ainda que imperfeito, dessa luta); mas por outro lado ela foi também uma vitória parcial dos militares e da classe dirigente, que aprovou uma anistia limitada e se desobrigou da apuração das responsabilidades e dos

---

<sup>4</sup> Um tipo de imprensa característica da época, jornais de esquerda, em formato tabloide ou semitabloide, que tentavam driblar a censura e fazer oposição e críticas à ditadura.

crimes cometidos pelo regime. A Lei da Anistia foi recebida como uma vitória parcial pelos movimentos de oposição ao regime e, de certa forma, pela própria sociedade. O Verão de 1979 entrou para a história como o “*Verão da Anistia*”; os exilados voltavam e eram recebidos com festa no Aeroporto do Galeão, no Rio de Janeiro. O retorno dos exilados e banidos foi o grande marco deste período e desta fase inicial da luta pela anistia no Brasil. Mas as famílias de mortos e desaparecidos políticos nada tinham a comemorar, a lei não tocava na questão das mortes e desaparecimentos forçados.

Nos anos seguintes, medidas e leis complementares ampliaram os limites da Lei de 1979. Em 1985, 1988, 1992, 1995, 2001 e 2002, a anistia foi alvo de nova legislação federal. De um modo geral, estas leis visavam ampliar os benefícios e o número de beneficiados pela anistia, procurando reparar a violência praticada pelo Estado brasileiro durante a ditadura<sup>5</sup>. Mas, apesar disso, ao longo das décadas de 1980 e 90 a luta pela anistia sofreu um significativo recuo do cenário político nacional.

## 2. “MEMÓRIAS SUBTERRÂNEAS”: O RECUE DO DEBATE

Apesar de ser alvo de legislação complementar que tinha por objetivo ampliar os benefícios da lei, o tema da anistia foi, de certa forma, relegado a um terreno secundário da agenda política nacional, ficando restrito aos grupos de Direitos Humanos e familiares de mortos e desaparecidos políticos. Algumas das pessoas ligadas a estes movimentos, em depoimentos que deram posteriormente, queixaram-se deste “abandono”. A crítica levantada por alguns destes setores é que os partidos e organizações de esquerda haviam instrumentalizado a luta pela anistia, pelo seu potencial mobilizador, e após a mudança da conjuntura política haviam deslocado seus interesses para outros focos, deixando inconclusa a luta pela anistia. Esta crítica tem um certo fundamento histórico. Na verdade, após a Lei da Anistia, o retorno dos exilados, o fim do bi-partidarismo, entre o final de 1979 e os primeiros anos da década de 1980, uma nova conjuntura política se delineava, com a possibilidade da criação de novos partidos políticos e de novas bandeiras políticas. As lideranças políticas que retornavam ao Brasil, assim como as lideranças políticas forjadas no Brasil durante a luta contra a ditadura militar, se organizavam e articulavam alianças e projetos para a criação de novos partidos. Os dois Partidos Comunistas existentes no Brasil obtiveram a legalidade; Leonel Brizola (o histórico líder do movimento trabalhista) criou um novo partido, com o objetivo de recuperar este legado político, o Partido Democrático Trabalhista (PDT); Ulisses Guimarães, um dos políticos mais importantes do antigo MDB (Movimento Democrático Brasileiro), articulou a criação do PMDB (Partido do Movimento Democrático

5 Rodeghero, “*Anistia ampla, geral e irrestrita. História de uma luta inconclusa*”, Santa Cruz do Sul, EDUNISC, 2011

Brasileiro) – um partido que pretendia ser a continuidade do anterior, que desempenhara papel importante na transição política. Luis Inácio Lula da Silva, o líder metalúrgico do movimento sindical que se desenvolvera em São Paulo no final da década de 1970, criou o Partido dos Trabalhadores em fevereiro de 1980. Nesta nova conjuntura, as lideranças políticas organizavam-se em partidos e estruturavam-se para atuar de outra forma no cenário político. Neste contexto novas bandeiras surgiram, mobilizando uma população ávida de participação política: a campanha pelas eleições diretas e por uma Constituinte livre e soberana foi a 'palavra de ordem' desta época.

Neste cenário, o tema da anistia sofreu um forte recuo. Os exilados já haviam retornado; os presos políticos haviam saído das prisões (o último preso político, José Sales de Oliveira, foi libertado em outubro de 1980); alguns militantes de esquerda, como Jair Ferreira de Souza, dirigente da organização Ação Popular Marxista Leninista (APML), saíam da clandestinidade e retornavam à vida pública – e todos eles engajavam-se nos novos partidos e nas novas lutas políticas. A anistia deixara de ser a questão central para a maioria dos atores políticos da época e, aparentemente, para a própria sociedade. Mas ela ainda era a questão central para dois grupos de pessoas. Em primeiro lugar, para os familiares e amigos de mortos e desaparecidos políticos cuja situação não estava de forma alguma esclarecida. Em segundo lugar, um número imenso e pulverizado de pessoas, em todo território nacional, que tinham tido suas vidas completamente desestruturadas pela ditadura (perda de emprego, de postos oficiais, de patentes, de credibilidade, de laços familiares) e não haviam recebido reparação por estas perdas. Familiares e amigos de mortos e desaparecidos se organizaram em grupos e coletivos próprios que continuavam reivindicando o esclarecimento acerca das mortes e desaparecimentos, assim como também levantavam a denúncia das torturas. O mais importante e atuante destes coletivos, o Grupo Tortura Nunca Mais, criado em 1985, atua até os dias de hoje. O segundo grupo se organizou em entidades com referencial profissional, que reivindicava a reparação das pessoas afetadas – como a organização dos marinheiros e dos operários navais que lutavam por sua inserção na carreira militar ou indenização por perdas trabalhistas provocadas por questão política. A luta pela anistia subsistiu nestes grupos, em certa medida, de forma quase que "subterrânea", enquanto o país trilhava, por outros caminhos, o seu processo de reconstrução democrática.

Esse caminho passou por alguns marcos importantes, já mencionados aqui: a campanha pelas eleições diretas, entre 1983 e 1984, e a Assembleia Constituinte de 1987/1988. Estes dois momentos foram marcantes no processo de redemocratização brasileira. Momentos que demonstraram a força e o limite deste processo. A campanha pelas eleições diretas, "Diretas Já!" animou enormes comícios e manifestações em várias capitais. *O Comício das Diretas* no Rio de Janeiro, em frente à Igreja da Candelária, registrou um milhão de pessoas



cantando, emocionadas, o Hino Nacional. Apesar disso, a Emenda Dante de Oliveira, que propunha a realização imediata de eleições diretas para a sucessão do Presidente General Figueiredo, foi derrotada no Congresso Nacional em abril de 1984. Com a derrota da Emenda, os partidos políticos recém-criados encaminharam uma outra solução. A opção escolhida foi a realização de uma eleição indireta, por um Colégio Eleitoral composto por parlamentares. A negociação política que prevaleceu expressou-se na chapa que marcava a aliança entre os dois maiores partidos da época – na verdade, oriundos do bi-partidarismo anterior: PMDB e o recém-criado Partido da Frente Liberal (PFL). A chapa era composta por Tancredo Neves e José Sarney. A chapa Tancredo – Sarney, lançada pela aliança entre o PMDB e o PFL, era, portanto, a exata expressão da negociação entre as elites políticas da época. E representava um traço forte da cultura política do país (a tendência a práticas de conciliação e negociação), que emergia intacto após os anos de ditadura militar. A chapa Tancredo – Sarney foi eleita no Congresso por larga margem de vantagem. O PT não quis participar, denunciou o processo como farsa e puniu com a expulsão seus parlamentares que votaram favoravelmente à chapa de Tancredo Neves.

Apesar do caráter moderado, centrista e elitista da solução negociada, a eleição de Tancredo tinha uma simbologia política importante. Tancredo era identificado com a herança varguista. Havia sido Ministro da Justiça de Getúlio em 1954 e Primeiro-Ministro do Presidente João Goulart. Apesar de seu perfil moderado e conciliador, sua indicação para a Presidência da República tinha um certo gosto de retorno à Democracia do pré-64. Um gosto de revanche que o acaso negou à oposição e à sociedade brasileira: Tancredo adoeceu e morreu antes de ser empossado. Seu vice, José Sarney, político de tradição conservadora, da linhagem da extinta ARENA, assumiu a Presidência da República do Brasil. O Presidente Sarney tomou posse no dia 15 de março de 1985. Dois meses depois o Congresso Nacional restabeleceu as eleições diretas, aprovou o voto para os analfabetos e legalizou os partidos comunistas. Com a derrota da Emenda Dante de Oliveira, a opção pelo fim negociado da ditadura e a morte de Tancredo Neves, o reingresso do país na via democrática foi marcado pela negociação e pela frustração. No entanto, não se pode negar que o país ingressava numa nova fase e trilhava o caminho da reconstrução democrática.

O outro marco importante desta transição política foi a Assembleia Constituinte, que resultou na “Constituição Cidadã” de 1988. A Constituinte tinha por objetivo elaborar uma nova Constituição que consagrasse o novo pacto político que nascia entre os cidadãos, após o fim do regime militar. Segundo o historiador Boris Fausto:

*"A Constituição de 1988 refletiu o avanço ocorrido no país, especialmente na área da extensão de direitos sociais e políticos aos cidadãos em geral e às chamadas minorias"<sup>6</sup>*

Embora não tenha avançado na questão da anistia, na averiguação da questão dos mortos e desaparecidos, na apuração das responsabilidades do Estado – tudo isso de certa forma relegado ou adiado em função das condições políticas do momento –, a nova Constituição garantia direitos a enormes parcelas da sociedade, tradicionalmente excluídas desses direitos, como, por exemplo, nações indígenas e comunidades quilombolas. Além disso, a nova Constituição dava especial atenção aos direitos de afrodescendentes, mulheres, portadores de deficiência de qualquer tipo, crianças e adolescentes, idosos. Por isso, ganhou o nome de Constituição Cidadã, porque seu foco era a garantia de direitos, no sentido amplo, dos cidadãos brasileiros, em sua unidade e diversidade. Para alguns autores, a Constituição de 1988 é o marco mais importante do início do período democrático do país.

Mas, ao longo de todo esse período, apesar de algumas leis que ampliavam o alcance da anistia, este tema permaneceu, como dissemos, "subterrâneo", até a criação da Comissão de Anistia, em 2001, no governo do Presidente Fernando Henrique Cardoso, ele próprio um intelectual que combatera a ditadura.

As décadas de 80 e 90 marcaram também o fim das ditaduras militares no Cone Sul da América Latina: na Argentina em 1983, no Uruguai em 1985, no Chile em 1990. Praticamente todo o continente latino-americano se via às voltas, a partir do final da década de 80, com a questão crucial de construir uma Democracia efetivamente inclusiva em países que garantissem desenvolvimento social e econômico. Mas cada um desses países tratou seu legado autoritário de forma diferente.

### 3. ANISTIA COMO SINÔNIMO DE REPARAÇÃO

A Justiça de Transição no Brasil, até então, tem dado ênfase à questão da reparação, de certa forma, em detrimento de outros aspectos como a justiça e a memória. Cada país adota um modelo próprio e específico de Justiça de Transição – de acordo com a sua história, sua cultura política e a correlação de forças da época da transição. O Modelo de Justiça de Transição adotado por um país tem estreita relação, portanto, com o processo de democratização vivido neste país<sup>7</sup>. O Brasil tem desenvolvido uma Justiça de Transição pautada pela questão da *reparação* e marcada por um processo mais geral de repactuação

<sup>6</sup> Boris Fausto, "História do Brasil", 8ª edição, SP, EDUSP, 2000, pp 525.

<sup>7</sup> Barahona de Brito, Paloma Aguilar & Carmen Gonzalez. *Las políticas hacia el pasado: juicios, depuraciones, perdón y olvido em las nuevas democracias*. Madrid. Ediciones Istmo, 2002

política entre as elites. Isso distingue o país em relação a outros modelos de Justiça de Transição no mundo e na América Latina. A Argentina, por exemplo, tem dado ênfase à questão da Justiça e tem procurado responsabilizar e punir os agentes do Estado responsáveis pelos crimes cometidos durante a ditadura. O "Juízo das Juntas", realizado logo após o fim da ditadura, colocou no banco dos réus os presidentes e chefes do governo militar. Mas que logo depois foram soltos. O processo argentino não tem sido linear, o país tem realizado sua Justiça de Transição mediante avanços e recuos; esbarrou com indultos e com as chamadas "leis de impunidade" (a Lei de Punto Final de 1986 e a Lei de Obediência Devida de 1987), recuou em sua Justiça de Transição, mas retomou o processo nos últimos anos. Atualmente, o ex-presidente Videla cumpre pena de prisão perpétua por crimes cometidos durante a ditadura. Mas, entre avanços e recuos, a Argentina tem dado ênfase ao aspecto da Justiça – julgamento e punição dos agentes do Estado. Num outro polo está o modelo da África do Sul, que deu ênfase à questão da memória e da verdade. O tema da anistia também está presente no processo sul-africano, mas numa outra perspectiva, diferente da brasileira. A anistia sul-africana ("ubuntu") é concedida individualmente a cada pessoa acusada de crime e violação de Direitos Humanos. O perpetrador pede anistia após seu crime ser revelado por sua vítima. A anistia neste caso pressupõe o conhecimento e o enunciado da verdade que vem à tona, vincula-se a uma denúncia que é reconhecida como verdade pela vítima e pelo perpetrador. O perpetrador pede anistia (perdão) para ser aceito de novo pela comunidade. A anistia na África do Sul – apesar de ter por objetivo a reconciliação (como indica o próprio nome da Comissão de Verdade e Reconciliação), se relaciona com as questões de memória, verdade e responsabilização. Mas, no caso do Brasil, quem pede anistia não é o perpetrador, é a vítima. Esta é uma especificidade da Justiça de Transição brasileira. A anistia foi concedida pela ditadura militar às pessoas acusadas de crimes políticos contra o regime. Este foi o teor da Lei de 1979 – que permitiu o retorno ao país de exilados e banidos por "subversão política". Nos anos seguintes, como já mencionamos, uma legislação complementar ampliou o número de beneficiados pela anistia. E, a partir de 2001, este processo se ampliou e o termo "anistia", no Brasil, foi paulatinamente se equiparando ao termo "reparação". O governo de Fernando Henrique Cardoso iniciou este processo de reparação. A ideia era que o cidadão não fosse apenas *anistiado* dos crimes políticos dos quais era acusado, mas *reparado* pelo mal sofrido. A Comissão de Anistia, criada em agosto de 2001, junto ao Ministério da Justiça, tinha (e tem) por função reparar, indenizar, reconduzir a postos públicos e a antigos cargos, restaurar e compensar os danos provocados pela ditadura militar a perseguidos políticos. No modelo brasileiro, solicitar anistia é solicitar reparação – moral e financeira. Esta é uma especificidade da anistia no Brasil, nem sempre compreendida por nossos colegas da América Latina, para quem, quase sempre, a leis de anistia foram essencialmente medidas

de autoanistia promulgadas pelos agentes de Estado no final das ditaduras. No caso do Brasil – embora exista o debate sobre a “reciprocidade”, o processo foi diferente. A anistia foi uma conquista parcial da luta da sociedade contra a ditadura, e principalmente uma medida de reparação às vítimas da ditadura. De 2001 ao presente momento, a Comissão de Anistia já julgou, anistiou e reparou milhares de pessoas que tiveram suas vidas, de diferentes formas, atravessadas, prejudicadas, inviabilizadas ou traumatizadas pela ditadura militar, realizando um trabalho de reparação que conduz também a um processo de reconciliação nacional, já que restituiu cidadania a milhares de brasileiros.

#### 4. UMA ANISTIA RECÍPROCA? O DEBATE SOBRE A REVISÃO DA LEI DA ANISTIA

No texto da lei aprovada em 1979 havia uma menção aos “crimes conexos” – a anistia era concedida aos crimes políticos e aos “crimes conexos”. Este era um artifício que tinha por objetivo proteger os agentes do Estado que tivessem cometido crimes conexos aos crimes políticos da oposição. Esta interpretação, durante décadas, funcionou como um forte inibidor de qualquer tentativa, por parte da sociedade, de apurar, responsabilizar e punir os agentes do Estado perpetradores de crimes e violações aos Direitos Humanos. A noção de “crime conexo”, na verdade, protegia os torturadores. Nos últimos anos, essa discussão tomou corpo num debate onde alguns setores, especialmente entidades de Direitos Humanos e familiares de mortos e desaparecidos, levantaram a bandeira de revisão da Lei da Anistia, solicitando uma nova redação da lei que permitisse o julgamento e punição dos torturadores. A Ordem dos Advogados Brasileiros entrou com um pedido de revisão da lei, mas o Supremo Tribunal Federal reafirmou que a Lei da Anistia de 1979 anistiou militantes de esquerda e agentes do Estado que cometeram crimes durante a ditadura. Recentemente, este debate foi reaberto com a denúncia do Ministério Público feita ao major da reserva Sebastião Curió Rodrigues de Moura, acusado pelo desaparecimento de cinco guerrilheiros do Araguaia, em 1974. O STF julgará de novo a questão.

Neste debate, duas interpretações políticas têm aparecido, duas formas, não antagônicas, mas diferentes, de enfrentar o problema.

Uma delas é a que questiona a própria interpretação da expressão “crimes conexos” e a possibilidade da tortura ser contemplada pela anistia. Esta é a posição de alguns eminentes juristas brasileiros, como Dalmo Dallari, Fabio Comparato, Márcio Thomaz Bastos: a lei concedeu anistia aos crimes políticos cometidos durante o regime militar. Ela não anistiou torturadores. Porque a tortura não é crime político, é crime contra a humanidade. A Lei

da Anistia, portanto, não impediria a apuração de responsabilidades nem o julgamento e punição de torturadores e não poderia ser invocada como instrumento de impunidade.

A outra posição, que defende a revisão da lei, olha para o problema de um ponto de vista mais político: a Lei da Anistia de 1979 representou o acordo político possível na época, em função da correlação de forças, e também de uma cultura política marcada pelas práticas de negociação e conciliação. Elementos estruturais e conjunturais produziram a “anistia possível” no final da década de 1970. Mas a política está sempre em movimento e o que é possível hoje é muito diferente do que era possível há trinta e três anos. O país mudou, a correlação de forças hoje é inteiramente diferente. A marca da negociação e conciliação, como marca forte da cultura política brasileira, não mudou, mas as forças em jogo hoje no país e no mundo (especialmente na América Latina) são outras. As leis não são estruturas de ferro, elas mudam com as alterações políticas. Nesse sentido, a Lei da Anistia poderia ser atualizada e revista em função das novas demandas da sociedade por justiça.

Este debate ainda segue em curso. Militantes de Direitos Humanos e familiares de mortos e desaparecidos tentam, de diferentes formas, superar este aspecto da lei, considerado inibidor de justiça. Algumas iniciativas, visando responsabilizar os perpetradores, são feitas nas brechas da lei. Como a ação por “danos morais”, movida pela família do jornalista Luis Eduardo Merlino, morto pela repressão, contra o Coronel Carlos Alberto Brilhante Ulstra, comandante do DOI-CODI<sup>8</sup> de São Paulo na época.

## 5. UM NOVO CONTEXTO: O GOVERNO DILMA E A COMISSÃO DA VERDADE

A posse da Presidenta Dilma Rousseff em janeiro de 2011 inaugurou um novo contexto que permitiu um novo patamar para o tema da anistia e da reparação e para a retomada de temas que haviam permanecido como “memórias subterrâneas” ao longo de décadas. Este novo contexto se constitui, a meu ver, por dois fatores. Em primeiro lugar, a própria trajetória e perfil político da presidente. Dilma foi militante de organizações de esquerda, foi presa, torturada, teve amigos presos, torturados e mortos pela repressão e tornou-se ela própria uma das principais defensoras da criação de uma Comissão da Verdade no país. Em segundo lugar, o contexto internacional, em especial da América Latina, hoje vivendo em vários países a experiência de diferentes governos de corte nacional e popular, muitos deles sendo presididos por antigos militantes que lutaram nos anos 60 e 70 contra ditaduras militares em seus países. Esta conjuntura latino-americana, sem dúvida nenhuma, interfere e dá fôlego à retomada deste debate no Brasil.

8 DOI-CODI: Destacamento de Operações de Informações – Centro de Operações de Defesa Interna.

Neste novo contexto nacional, as "memórias subterrâneas" têm vindo à tona e o Brasil vive um novo momento de sua Justiça de Transição: o direito à memória e à verdade factual. Neste novo contexto, o país instalou, em maio do corrente ano, uma Comissão da Verdade. Um dos principais objetivos da Comissão é revelar aos brasileiros os crimes e violações de Direitos Humanos cometidos pelos agentes do Estado e aclarar as circunstâncias de morte e desaparecimento de pessoas durante a ditadura militar.

## 6. O DIREITO À MEMÓRIA/OS CONFLITOS DA MEMÓRIA

Eu gostaria agora de me deter um pouco na questão da memória. Maurice Halbwachs foi o primeiro sociólogo a resgatar o tema da memória para o campo das interações sociais<sup>9</sup>. Rejeitando a ideia corrente em sua época de que a memória seria o resultado da impressão de eventos reais na mente humana, ele estabeleceu a tese de que os homens tecem suas memórias a partir das diversas formas de interação que mantêm com outros indivíduos. Assim sendo, determinadas lembranças são reiteradas no seio de famílias, outras entre os operários que trabalham em uma fábrica e assim por diante. A memória individual, Halbwachs afirmava, revela apenas a complexidade das interações sociais vivenciadas por cada um. A memória individual, portanto, não pode ser distanciada das memórias coletivas. Não é o indivíduo que lembra, que detém o controle do resgate sobre o passado. A memória é constituída por indivíduos em interação, por grupos sociais, sendo as lembranças individuais resultado desse processo. O grande mérito de Halbwachs foi apontar o aspecto coletivo e social da memória. Mais ainda, mostrar que a memória é uma construção social. Por esta porta aberta por Halbwachs, diferentes autores passaram, agregando abordagens e complexificando o tema. Michael Pollak revelou a dimensão conflitiva das memórias. As memórias são sempre resultados de disputas e negociações. Existem as memórias dominantes e as memórias dominadas, subterrâneas, silenciadas. Mas também estas disputam entre si e esperam o momento adequado de vir à tona. As disputas pela memória são também influenciadas pelos movimentos de conjuntura, pela correlação de forças, pelos problemas e questões do presente que pressionam e modificam a memória. Ou seja, a memória muda em função do presente. Andreas Huysen enfatizou que a memória política não pode funcionar sem o esquecimento e que esta relação entre memória e esquecimento muitas vezes é crucial na transição entre Ditadura e Democracia. Esta relação não é absolutamente ingênua e também não é maniqueísta. Ela é uma relação dinâmica que se altera em função da conjuntura.

<sup>9</sup> Maurice Halbwachs estabeleceu os principais argumentos teóricos de defesa do caráter coletivo da memória coletiva em duas obras que hoje se tornaram referências obrigatórias ao tema, "Os quadros sociais da memória" (1925) e "A memória coletiva", esta última publicada após sua morte (1950).

O debate sobre a questão da memória deve levar em conta estas dimensões de uma memória social e politicamente construída: as disputas, os conflitos, as estratégias políticas, a pluralidade. Como apontou a pesquisadora argentina Elizabeth Jelin, no texto *"Memorias en conflicto"*:

"É impossível encontrar uma memória, uma visão, uma interpretação única do passado compartilhada por toda a sociedade. O que existe é uma luta política, e muitas vezes esta luta é concebida como uma luta contra o esquecimento"<sup>10</sup>

Nesta luta contra o esquecimento o testemunho é um elemento central. No livro *"História, memória, literatura: O testemunho na era das catástrofes"*<sup>11</sup>, Márcio Seligmann-Silva, professor de literatura da Universidade de São Paulo (USP) afirma que o testemunho tem sido uma questão central de nossa época – desde o Holocausto até os inúmeros episódios de genocídio, de violência e arbítrio em muitas regiões do mundo contemporâneo. Para Seligmann-Silva, o testemunho pode ser encarado de diferentes formas: no sentido jurídico, como testemunho histórico e como representação de um evento-limite, ou seja, como representação de um trauma.

Nesta última noção, o testemunho tem um papel que vai mais além do relato empírico do registro da testemunha ocular que revela uma verdade. Mais do que isso, o testemunho relata uma experiência, geralmente uma experiência traumática – de dor e de violência – e, ao fazer este relato, reintegra numa dada comunidade a vítima. O testemunho – o espaço para testemunhar, para relatar, denunciar, a garantia de escuta e valorização deste relato – devolve à vítima/à pessoa que testemunha a sua integridade social e, muitas vezes, também humana. Vários países que atualmente estão passando por processos de democratização e Justiça de Transição estão constituindo acervos de História Oral. Acervos que reúnem testemunhos e depoimentos de vítimas de crimes perpetrados por agentes de Estado.

Estes acervos têm desempenhado um papel importante nos processos de transição e consolidação democrática. Eles permitem reconstituir as diferentes versões sobre o passado e as disputas pela memória. Permitem também conhecer uma dimensão da experiência humana, que é a vivência do arbítrio e da violência, e as diferentes formas e estratégias de enfrentamento e resistência a este arbítrio. Mas permitem, principalmente, fazer o que Seligmann-Silva mencionou: uma representação do trauma. No livro *"Writing history, writing trauma"*, Dominick LaCapra<sup>12</sup> reconhece a dificuldade do exercício do historiador frente àqueles que dão o seu testemunho, ou seja, frente às

10 Jelin, "Memorias en conflicto", PUENTES, Buenos Aires, nº 1, agosto, 2000.

11 Seligman-Silva (Org.), "História, memória, literatura. O testemunho na era das catástrofes", Campinas, SP, Editora Unicamp, 2003.

12 Como o livro não foi traduzido no Brasil, utilizamos a edição argentina "Escribir la historia, escribir el trauma", lançado pela editora Nueva Visión em 2005.

vítimas e aos sobreviventes. Para LaCapra, o historiador que trabalha com testemunhos, converte-se, ele próprio, numa testemunha secundária (*testigo secundário*), porque tem acesso, em primeira mão, a um relato/registo do passado, que só pode ser conhecido através daquele testemunho que, de certa forma, revive os acontecimentos traumáticos que relata. O historiador que ouve e regista o testemunho não é, portanto, um agente "imparcial", mas está implicado no ato político que o testemunho comporta, ele está envolvido com o registo e a denúncia que o testemunho traz.

Nos últimos dois anos, no Brasil, participamos de um projeto nacional que reuniu três universidades federais com o objetivo de constituir um acervo audiovisual intitulado "Marcas da Memória: história oral da anistia no Brasil". Este acervo reuniu depoimentos e testemunhos (no sentido que estamos usando aqui) que nos ajudam a conhecer a história e a memória do período da ditadura militar, da transição política e da consolidação democrática.

## 7. O PASSADO NO PRESENTE

Por último, eu gostaria de apontar algumas questões sobre o atual contexto em que se desenvolvem os trabalhos da Comissão da Verdade. O Brasil instalou sua Comissão da Verdade *mais de quarenta anos depois do golpe e mais de duas décadas após o fim da ditadura*. A Comissão foi criada após muitos anos de regime democrático e de um longo processo de reparação desenvolvido pela Comissão de Anistia. Este é um dos elementos importantes de diferenciação da Comissão da Verdade no Brasil em relação a outros países que, de forma geral, criaram comissões de verdade logo após o fim dos regimes ditatoriais. Esta característica não é pouco importante; ao contrário, ela é extremamente sintomática do processo político brasileiro. A transição política que o país viveu não contemplou os aspectos que uma comissão de verdade suscita: não revelou, não nomeou, não respondeu às inúmeras demandas das vítimas, não esclareceu amplamente sobre mortos e desaparecidos, não assumiu as violações, não reconheceu a tortura, não responsabilizou ninguém. A transição política para a Democracia foi se desenvolvendo através de pactos e alianças que criaram, sem dúvida, um espaço político novo, mas que passaram por cima dos abusos e violência perpetrados durante a ditadura. Ou seja, a Comissão da Verdade recém-instalada vai lidar com um terreno consolidado no qual as graves violações foram "ocultadas", "esquecidas". A Comissão da Verdade no Brasil, portanto, ao questionar o passado, estará também questionando o presente. Melhor dizendo: trazendo esse passado para inquirir o presente, para questionar o pacto político pós-ditadura e, desta forma, questionar os próprios fundamentos desta transição. Isto pode ter um saldo bastante



positivo: inserir na cultura política de negociação e conciliação – características fortes brasileiras – o respeito aos Direitos Humanos.

Concluindo este texto – que procurou apresentar um panorama geral da transição política no Brasil e a inserção da questão da anistia nesta trajetória – eu gostaria de finalizar com um trecho do depoimento de Bernardo Mata Machado. O irmão de Bernardo, José Carlos Mata Machado, era dirigente da organização de esquerda Ação Popular Marxista Leninista (APML), e foi morto, sob tortura, em 1973. A família conseguiu o traslado dos restos mortais em caixão lacrado e pôde, diferentemente da maioria das outras famílias, enterrar José Carlos. Para Bernardo, o irmão mais novo, isso foi essencial. E esta é a sua principal expectativa em relação à Comissão da Verdade:

*“Eu acho fundamental a questão de levantar a memória de cada um, saber como morreu, quem mandou matar, quem torturou, onde foi enterrado. Eu acho que tem que achar os corpos, que tem que desenterrar e entregar para as famílias. A minha expectativa é essa: que todas as famílias possam enterrar os seus mortos, que elas saibam em que condições eles morreram, que a gente levante isso tudo, que consigamos fazer com que os militares compreendam que eles são fundamentais para a preservação da Democracia brasileira e que para isso o restabelecimento da verdade é fundamental”<sup>13</sup>”*

Registro da história, resgate da memória, revelação e esclarecimento, responsabilização, justiça. Estes são os temas em jogo no atual contexto da Comissão da Verdade. A conjugação destes elementos, o peso maior ou menor de cada um deles, será, parcialmente, resultado, expressão e produto da nossa história e da nossa cultura política; mas será também, com igual força, elemento indutor de novos caminhos para a nossa história.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

ARAUJO, Maria Paula, “A Utopia Fragmentada: novas esquerdas no Brasil e no mundo na década de 1970”, Rio de Janeiro, FGV, 2000.

\_\_\_\_\_ “A luta democrática contra o regime militar na década de 1970” IN: Aarão Reis, Ridenti & Sá Motta (orgs.) “O golpe e a ditadura militar”, São Paulo, EDUSC, 2004.

\_\_\_\_\_ “Lutas democráticas contra a ditadura” IN: Ferreira & Aarão Reis (orgs.) “Revolução e Democracia”, Rio de Janeiro, Civilização Brasileira, 2007. Coleção As Esquerdas no Brasil.

13 Depoimento de Bernardo Mata Machado. Acervo “Marcas da Memória: história oral da anistia no Brasil”, Instituto de História, UFRJ.

ARAUJO, Maria Paula Nascimento & SEPÚLVEDA, Myrian: *História, memória e esquecimento: implicações políticas*. **Revista Crítica** de Ciências Sociais, Dezembro 2007, nº 79, pp. 95-111. Coimbra, Portugal.

D'ARAUJO, Maria Celina; Soares, Gláucio Ary & Castro, Celso (orgs), "A Volta aos Quartéis: a memória militar sobre a abertura", RJ, Relume Dumará, 1995.

FAUSTO, Boris "História do Brasil", 8ª edição, SP, EDUSP, 2000.

HALBWACHS, Maurice. *A memória coletiva*. São Paulo: Vértice, 1990.

JELIN, Elizabeth, "Memorias en conflicto", PUENTES, Buenos Aires, nº 1, agosto, 2000.

LACAPRA, Dominick, "*Escribir la historia, escribir el trauma*", Buenos Aires, Nueva Visión, 2005.

RODEGHERO, Carla; Diestman, Gabriel & Trindade, Tatiana, "*Anistia ampla, geral e irrestrita. História de uma luta inconclusa*", Santa Cruz do Sul, EDUNISC, 2011.

SELIGMANN-SILVA, Márcio (Org.), "História, memória, literatura. O testemunho na era das catástrofes", Campinas, SP, Editora Unicamp, 2003.



# A transição jurídico-penal na Alemanha depois de 1945, com especial consideração do tratamento do ilícito judiciário do período nacional-socialista<sup>1</sup>

THOMAS VORMBAUM

<sup>1</sup> Neste contributo foram integradas partes essenciais de duas palestras, que eu proferi nos seguintes congressos: Humboldt-Kolleg "La transformación jurídica de las dictaduras en democracias y la elaboración jurídica del pasado / Transformation von Diktaturen in Demokratien und Aufarbeitung der Vergangenheit" an der Universität Pablo de Olavide Sevilla, 7.-9. Februar 2008 ("La transformación jurídica de Alemania tras la Segunda Guerra Mundial" / "Die rechtliche Transformation Deutschlands nach dem Zweiten Weltkrieg"); Symposium "Die Rosenberg. Das Bundesministerium der Justiz und sein Umgang mit der NS-Vergangenheit". Berliner Kammergericht, 26. April 2012 ("Die strafrechtliche 'Aufarbeitung' des Justizrechts der NS-Zeit"). O primeiro texto está publicado in: *Francisco Muñoz Conde/Vormbaum* (Hrsg.), [tomo do congresso em língua espanhola Valencia 2009; em língua alemã Berlin 2010, respectivamente sob o título do congresso], ver 49 ss. ou. 183 ss.; o segundo texto estará contido no tomo do congresso a editar por *Manfred Gärtemaker e Christoph Safferling*, cuja publicação está prevista para a primavera de 2013.

*Tradução: João Manuel Fernandes*

O meu tema contém, se considerado com precisão, três elementos que vão ajustando o seu foco sobre o tema, num movimento de estreitamento concêntrico, e sobre os quais pretendo tomar posição, um seguido do outro:

- 1) A transição do Direito Penal existente no fim do regime nacional-socialista para um Direito Penal pós-nacional-socialista. Esse tema abordarei com brevidade;
- 2) A forma de lidar com os crimes do período nacional-socialista em geral e;
- 3) A forma de lidar com os crimes judiciários do período nacional-socialista.

PARTE I	TRANSFORMAÇÃO DO DIREITO PENAL DA DITADURA NACIONAL-SOCIALISTA EM DIREITO PENAL DA REPÚBLICA FEDERAL DA ALEMANHA
---------	--

Em primeiro lugar, deve-se aqui clarificar que, pela transformação do Direito nacional-socialista em Direito de um Estado de Direito não eram ao princípio responsáveis organismos alemães. A Alemanha estava dividida em quatro zonas de ocupação. Nestas zonas de ocupação os governos militares dispunham de uma ampla autonomia; no entanto, o Conselho de Controle das potências vencedoras aliadas exercia os poderes supremos

de governação; e principalmente, possuía, nos anos até o começo da Guerra Fria, uma importante função de coordenação.

## 1. | NORMAS

Mas, independentemente da competência, tinha que ser decidido sobre o método com o qual a transformação deveria ser efetuada. Deveriam ser revogadas todas as normas que tinham sido promulgadas entre 30 de Janeiro de 1933 e 8 de Maio de 1945<sup>2</sup>? Esta solução nunca foi ponderada seriamente. Em vez disso, deveria ser revogada uma *parte* dessas normas e uma *outra parte* manter-se em vigor. E esta opção compreendia-se como devendo ser revogado o Direito *nacional-socialista*, permanecendo em vigor o Direito *não-nacional-socialista*. Se esta era uma distinção com sentido, essa é uma problemática própria que eu não quero aqui analisar detalhadamente<sup>3</sup>. Mas, sem dúvida, que existiam alguns preceitos – no Direito Penal como em outros ramos do Direito – que sem grandes reflexões teóricas se podiam designar como nacional-socialistas<sup>4</sup>.

O Conselho de Controle dos Aliados eliminou, logo com a sua primeira lei, a Lei de Concessão de Poderes (*Ermächtigungsgesetz*), que tinha fundamentado formalmente a soberania de Hitler, a Lei contra a Formação de Novos Partidos, com a qual tinha sido fundamentado o monopólio do Partido Nazi (*NSDAP*), a Lei sobre a Polícia Secreta Estadual (*Gestapo*) e ainda as leis rúnicas e outras leis discriminatórias. Ainda com outras leis, foram eliminadas as disposições discriminatórias da Lei Matrimonial, Lei do Direito Sucessório, Lei do Direito do Trabalho, Lei do Direito Agrário e Lei do Direito Cinematográfico e de Imprensa.

Principalmente, o estado em que se encontrava o Direito Penal no final do domínio nacional-socialista, não podia ser mantido. Colocava-se a tarefa de "tratar" formalmente o Direito Penal existente, de tal forma que de consciência tranquila se pudesse deixá-lo em prática na comunidade de um Estado de Direito – ainda que se encontrando esta, a princípio, sob a soberania de uma potência ocupante.

O Conselho de Controle dos Aliados e os governos militares procuraram também aqui, com uma mistura de leis avulsas e princípios gerais, eliminar leis penais sentidas como

2 Sobre o seguinte, *Matthias Etzel*, Die Aufhebung von nationalsozialistischen Gesetzen durch den Alliierten Kontrollrat (1945–1948). Tübingen 1992; *Jürgen Welp*, Die Strafgesetzgebung der Nachkriegszeit (1945–1953), in: Thomas Vormbaum / Jürgen Welp (Hrsg.), Das Strafgesetzbuch. Sammlung der Änderungsgesetze und Neubekanntmachungen. Supplementband 1: 130 Jahre Strafgesetzgebung – Eine Bilanz. (Juristische Zeitgeschichte. Abt. 3, Band 1, p. 1). Berlin 2004, pp. 139–173.

3 Cf. *Joachim Vogel*, Einflüsse des Nationalsozialismus auf das Strafrecht. (Schriftenreihe Juristische Zeitgeschichte. Kleine Reihe. Bd. 12). Berlin 2004.

4 Cf. *Vormbaum*, Il confronto con il diritto penale nazionalsocialista, in: Critica del diritto 2005, S. 129–142; versão espanhola: La confrontación con el derecho penal nacionalsocialista, in: Dogmática penal entre naturalismo y normativismo. Libro en homenaje a Eberhard Struensee. Buenos Aires 2011, pp. 727–742.

insustentáveis. Entre outras, foram revogados regulamentos e leis que tinham servido à manutenção da maquinaria de guerra, a economia bélica e de armamento, a propaganda nacional-socialista, a perseguição dos assim chamados inimigos públicos (*Volkschädling*), a repressão de polacos e judeus; as normas que ficaram em vigor não poderiam continuar a ser interpretadas segundo "doutrinas nacional-socialistas", em especial foi proibida a punição com fundamento em analogias ou com invocação de um "sentimento popular saudável". Penas de morte, que tinham sido introduzidas depois de 1933, não podiam continuar a ser aplicadas. As medidas máximas das penas, em vigor antes de 30 de Janeiro de 1933, não podiam ser excedidas. No Código Penal, foram formalmente revogados o recurso obrigatório à analogia, introduzido em 1935, e todo o Direito Penal de proteção do Estado, assim como o Direito Penal de proteção das Forças Armadas.

## 2. SENTENÇAS

Na transformação através da revogação de sentença, foram em primeira linha as sentenças proferidas à época da dominação nazi que precisaram ser revistas. Por meio de legislação dos Aliados e com participação dos novos Estados federados, foram decretados, em parte, leis, em parte, regulamentos, pelos quais – parte oficiosamente, parte a requerimento – podiam ser reduzidas penas graves, sentidas como desproporcionais, que tinham sido possibilitadas através da legislação da época nacional-socialista; em muitos casos, podiam também as sentenças ser revogadas no seu todo. Esta última variante aplicava-se especialmente às condenações de resistentes contra o nacional-socialismo. De um modo geral, foi tendencialmente dado mais valor à atitude antinazi do condenado do que ao ilícito objetivo, por exemplo, na forma de desproporcionalidade das sentenças proferidas. Só mais de 50 anos depois do fim da dominação nacional-socialista, em agosto de 1998, é que foi publicada uma lei federal que dispunha, como princípio, a revogação de todas as sentenças que tinham ofendido princípios fundamentais de justiça. O pressuposto continua, no entanto, a ser que o ilícito judiciário praticado tenha sido um ilícito especificamente nacional-socialista. O legislador auxiliou a resposta a esta questão com alguns critérios ulteriores, assim como através de um catálogo com um total de 59 leis do período nacional-socialista, em cuja aplicação este pressuposto se considera como verificado.

E sobre a transformação da ordem jurídica, em especial da ordem jurídica penal, com toda a brevidade, é suficiente.

1. | PATOLOGIA GERAL E ESPECIAL DO  
REGIME NACIONAL-SOCIALISTA

Para a finalidade da minha conferência, compreendo sob tratamento jurídico do passado nacional-socialista a discussão com a *patologia especial* do sistema nacional-socialista<sup>5</sup>.

Distingo patologia especial de patologia geral. Um sistema ou regime autoritário, ou totalitário, é medido pelo critério de um Estado de Direito, sempre algo de patológico. Políticas que ameaçam a paz, perseguição de inimigos políticos, competências policiais alargadas, campos de concentração, racismo, são elementos desta patologia. Elementos desta espécie existiram em muitos sistemas, e não só do século XX. Talvez seja esta a razão pela qual anteriormente, quer dizer antes do desenvolvimento de um Direito Penal Internacional, estes elementos não eram tidos como dignos de sanção depois de uma mudança de sistema, e se sancionavam posteriormente, ou então porque os antigos detentores do poder eram adversários políticos, e não porque tivessem ofendido determinados princípios de humanidade, conservação da paz, democracia e Estado de Direito.

Uma discussão com o passado nacional-socialista a esse nível também existiu na Alemanha. Em parte, coincide com a transformação – estou a pensar nas indenizações e reparações aos judeus e outras vítimas do regime nazi –, como quer que se avaliem os seus resultados.

Como *patologia especial*, eu designo os acontecimentos “que se destacam”, em mau sentido, destes fenômenos, principalmente as ações de extermínio em massa, levadas a cabo contra doentes psíquicos (a assim chamada ação da eutanásia), contra os judeus e outros povos (polacos, ciganos e russos) e a ação de um poder judiciário, sobretudo o Judiciário Penal, que com razão foi designado como uma Justiça sem Humanidade.

A discussão jurídico-penal com esses fenômenos foi levada a cabo, durante o período de ocupação e depois na República Federal da Alemanha, desde o princípio como um tratamento desta patologia com os meios do Direito Penal. E também em face da dimensão quantitativa e qualitativa dos crimes do sistema nazi, uma outra forma de tratá-la – por hipótese uma estratégia de reconciliação – não podia ser ponderada com seriedade<sup>6</sup>.

5 Mais desenvolvido, *Vormbaum*, Einführung in die moderne Strafrechtsgeschichte. 2. Auf. Heidelberg, Berlin 2011, p. 219 ss.

6 *Bettina Lang*, Strafrechtsbezogene Vergangenheitspolitik. Politischer Wille und Strafrechtsrealität im Spannungsverhältnis am Beispiel von Deutschland und Südafrika. Freiburg 2005, procede a uma comparação entre a Alemanha e a África do Sul pós-racista.



Vou saltar já para a fase entre o fim da guerra e a fundação da República Federal da Alemanha. Quero abordá-la no contexto especial do ilícito judiciário.

## 2. FUNDAMENTO JURÍDICO

Na persecução penal dos crimes nacional-socialistas pelos tribunais alemães, era preciso responder à pergunta sobre o *fundamento jurídico*. Não tinha, no passado, sido Direito, aquilo que hoje era visto como um crime? Podia aquilo que no passado tinha sido Direito, ser hoje considerado como ilícito? A palavra-chave era – com invocação do Artigo 103, parágrafo 2 da Lei Fundamental (*Grundgesetz*) – “proibição da retroatividade”.

Quando a Ciência Jurídica penal e o Judiciário Penal, a nível federal, se colocaram a si mesmos esta pergunta, ofereceram-se-lhes três possibilidades para superar a proibição da retroatividade:

1. Seria possível a invocação de um Direito Natural sempre vigente, por conseguinte da punibilidade eternamente válida daqueles comportamentos que até os séculos XVII e XVIII se designaram por *delicta in se* e que na terminologia de hoje seriam ordenados num “Direito Penal nuclear” (*Kernstrafrecht*) ou no núcleo de um “Direito Penal nuclear”. Deste ponto de partida não se coloca problema algum de retroatividade. Aquilo que no passado era ilícito é também ainda hoje ilícito – assim argumentou o Tribunal de Nuremberga para os principais criminosos de guerra<sup>7</sup>, e este foi também o ponto de partida da lei nº 10 – ainda por analisar – do Conselho de Controle dos Aliados, que constituiu a base dos assim chamados processos subsequentes de Nuremberga contra médicos, juristas, líderes econômicos e diplomatas<sup>8</sup>.

2. A posição que se lhe opõe no outro extremo é um conceito jurídico a que – de forma fortemente simplificada – se poderia chamar “sociológico”. Aquele que conseguiu obter a obediência para o seu ordenamento num Estado ou numa sociedade, cria também com o seu ordenamento “Direito”. Para os defensores desta concepção, as normas promulgadas pelo regime nacional-socialista possuíam caráter jurídico e, vice-versa, também o juiz penal da República Federal da Alemanha só tem que aplicar o Direito Penal da República Federal da Alemanha. E se aquilo que nas condições passadas era Direito e segundo o Direito atual é ilícito, condenar-se-á – verificando-se a existência de culpa – segundo o Direito atual, por conseguinte segundo o Direito da República Federal da Alemanha. A partir daqui, foi possível argumentar que ou a proibição da retroatividade apenas vigora

7 O texto da sentença está acessível em: Das Urteil von Nürnberg 1946. München (dtv) 1977 (1. Aufl. 1961).

8 Sobre o tema veja-se abaixo, sob III 1.

dentro do sistema jurídico da República Federal da Alemanha ou podia-se ser favorável à retroatividade e restringir a sua proibição através de uma modificação da Constituição.

3. Na prática da discussão jurídico-penal, com os crimes do nacional-socialismo, nenhuma dessas abordagens logrou aplicação na sua forma pura. Foi, antes, feito uso de uma argumentação mista. Fazia-se a ligação com um elemento externo, argumentando nomeadamente que o tipo legal relevante – assassinato, homicídio, ofensas corporais, perversão do Direito (*Rechtsbeugung*)\* – já então tinha existido. Deste modo – dizia-se –, não se colocava nenhum problema de retroatividade.

Mas, como se diz em Horácio:

*Naturam expellas/  
Furca, tamen usque recurret!*

O problema expulso pela porta da frente do tipo legal regressava pela porta das traseiras da ilicitude. Poderiam os acusados invocar que o seu comportamento (típico) tinha sido *justificado* no passado? Depois de se ter seguido até este ponto (enigmaticamente) a segunda abordagem – a "sociológica" – entrava agora novamente a abordagem "jusnaturalista" em jogo e, na verdade, na figura da assim designada Fórmula de Radbruch<sup>9</sup>. Esta fórmula é tão conhecida,<sup>10</sup> que não preciso citá-la aqui por extenso. Ela vale como comprovação de que Radbruch, na época de Weimar, um dos protagonistas do positivismo jurídico, tinha novamente descoberto o Direito Natural devido à experiência da dominação nazi<sup>11</sup>. Eu considero isto duvidoso. Se se ler a fórmula com precisão, ela começa com a frase: "O conflito entre a segurança jurídica e a Justiça devia ser resolvido no sentido de que o Direito positivo, garantido pela lei e pelo poder, também tem precedência quando o seu conteúdo for injusto ou inadequado ao respectivo fim". Só depois se segue a limitação para o caso em que "a contradição do Direito positivo com a justiça atingiu uma medida tão insuportável que a lei como "direito falso" (*unrichtiges Recht*) tem que ceder o lugar à Justiça". Além disso, existem, segundo Radbruch, os casos

9 \*Nota do tradutor: A tradução usual de *Rechtsbeugung* é a "prevaricação". No entanto, nesta matéria referente à atividade dos tribunais nacional-socialistas, a tradução usual não refletiria a dimensão real dos atos praticados. Como resulta, com toda a clareza do texto de Thomas Vormbaum, não estava em causa a simples prevaricação deste ou daquele juiz. O que existia, sim, era uma organização interna do aparelho judiciário, sob as diretivas e ao serviço das intenções do poder político da época, com a finalidade de transformar, dizendo-o em duas palavras, um sistema de Direito num sistema de não Direito. Por isso, damos, neste contexto, ao termo *Rechtsbeugung*, a tradução de *perversão do Direito*.

A exposição mais pormenorizada da história da aplicação da Fórmula de Radbruch encontra-se em *Giuliano Vassalli*, *Radbruchsche Formel und Strafrecht. Zur Bestrafungen der "Staatsverbrechen" im postnazistischen und postkommunistischen Deutschland*. dt. Übers. Berlin 2010.

10 Da literatura já quase a perder de vista sobre a Fórmula de Radbruch, veja-se por exemplo *Walter Ott*, *Die Radbruchsche Formel. Pro und Contra*, in: *Zeitschrift für schweizerisches Recht* 1988, 335 ff.; *Frank Saliger*, *Radbruchsche Formel und Rechtsstaat*. Heidelberg 1995.

11 Este entendimento é ainda reforçado pelo fato de que Radbruch, no mesmo ensaio no qual apresenta a(s) fórmula(s) à(s) qual(is) foi dado o seu nome, formulou a também tão conhecida – na minha opinião, duvidosa – frase de que "o Positivismo tinha, com a sua convicção 'Lei é Lei', deixado a classe dos juristas alemães indefesa contra leis arbitrárias e de conteúdo criminoso": *Radbruch*, *Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht*. (primeiro em: *Süddeutsche Juristenzeitung* 1946, pp. 105–108); aqui citado da edição de Baden-Baden (Nomos) 2002, com uma introdução de Winfried Hassemer (*Juristische Zeitgeschichte*. Kleine Reihe. 4), p. 10.

nos quais as leis positivas não são apenas direito falso, mas sim "carecem em absoluto de natureza jurídica" \*(*Nicht-Recht*), nomeadamente aqueles casos "nos quais nem sequer se pretende alcançar a justiça" e a igualdade, "que constitui o núcleo da justiça" no processo legislativo do Direito positivo, "foi conscientemente negada."<sup>12</sup> – no seu todo, portanto, uma demarcação que não é particularmente clara; mas mesmo assim foi indicado um caminho pragmático para a resolução prática de casos problemáticos, face às dimensões dos crimes nacional-socialistas. É evidente que metodicamente, jurídico-politicamente e historicamente este caminho era evitado de problemas. *Metodicamente*, ocultava o fato de que a negada retroatividade era mesmo praticada. *Jurídico-politicamente* era fatal que nem o Direito Natural nem o Direito Penal da República Federal, mas sim – pelo menos como princípio – o Direito do Estado nacional-socialista é que era usado como base para as decisões; e historicamente era – como Gerhard Werle, com razão, apontou – simplesmente inconveniente fazer logo precisamente do Direito nacional-socialista o fundamento para o julgamento de grandes criminosos nacional-socialistas<sup>13</sup>. E exatamente em conexão com o tratamento do ilícito judiciário foi precisamente velado o fato de que o crime não consistia numa "recusa" às diretivas de assassinato nacional-socialista, mas sim na sua aplicação", como refere Hubert Rottleuthner<sup>14</sup>.

A forma de lidar com os autores da assim chamada ação-eutanásia oferece um exemplo de como é que esta argumentação se desenvolvia: Hitler tinha, em 1939, entregue uma carta ao diretor da sua chancelaria Bouhler, no qual Bouhler e o médico pessoal de Hitler, Dr. Brandt, eram encarregados de conferir poderes a médicos para matarem doentes psíquicos incuráveis. Essa carta fora escrita em papel timbrado da chancelaria pessoal de Hitler, que trazia o brasão de armas do partido nazi, uma águia tendo nas garras o símbolo da cruz gamada. Era exatamente esse o aspecto do brasão de armas do Império Alemão – com a única diferença de que a águia olhava para a direita, enquanto a águia do brasão de armas do partido olhava para a esquerda. Depois de 1945, nos processos contra médicos da eutanásia, a Procuradoria da República – por exemplo, também, Fritz Bauer na acusação Heyde/Savade,<sup>15</sup> – argumentava que a ordem de Hitler não podia ter justificado a atuação dos réus, porque a carta não trazia o brasão de armas do Império Alemão, mas sim o brasão de armas do partido, por conseguinte Hitler tinha atuado também segundo o Direito da

12 **\*Nota do tradutor:** Thomas Vormbaum designa no texto por "*Nicht-Recht*" a situação que *Radbruch* em "Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht" descreve como sendo "os casos nas leis positivas carecem em absoluto de natureza jurídica": "(...)da ist das Gesetz nicht etwa nur «unrichtiges Recht», vielmehr *entbehrt es überhaupt der Rechtsnatur*."

13 Sobre o tema, *Werle*, Die Bestrafung von NS-Unrecht in Westdeutschland, in: Marxen / Miyazawa / Werle (Hrsg.), Der Umgang mit Kriegs- und Besatzungsunrecht in Japan und Deutschland. Berlin 2001, Sp 137–158

14 *Rottleuthner*, Das Nürnberger Juristenurteil und seine Rezeption in Deutschland – Ost und West, in: NJ 1997, 617–623, aqui 622; semelhante, *Burghardt*, Vor 60 Jahren: Fritz Bauer und der Braunschweiger Remer-Prozess. Ein Strafverfahren als Vehikel der Geschichtspolitik, in: Journal der juristischen Zeitgeschichte (JoJZG) 2012, 47–59 (na nota 125).

15 A dedução da acusação está documentada em: *Institut für juristische Zeitgeschichte Hagen*, Euthanasie vor Gericht. Die Anklageschrift des Generalstaatsanwalts beim OLG Frankfurt gegen Dr. Werner Heyde u.a. vom 22. Mai 1962. Mit Anmerkungen von Uwe *Kaminsky* und Friedrich *Dencker*. Hrsg. von Thomas Vormbaum. (Juristische Zeitgeschichte. Abteilung 1, Bd. 17). Berlin 2005.

época, não como titular de direitos de soberania, mas sim como pessoa privada ou como membro do partido. Não se encontrava, por isso, justificada uma atuação típica segundo o parágrafo 211 do Código Penal. A mim, parece-me muito duvidoso se esta argumentação é imanentemente certa (ou seja, considerada dentro do sistema jurídico nacional-socialista), porque o NSDAP era, segundo a compreensão da época, uma corporação de Direito Público, por conseguinte titular de direitos de soberania. E mesmo se se procurasse opor a esta objeção o argumento de que o partido, mesmo nessa altura, não tinha tido competência para a autorização de ações tais como a ação-eutanásia, fica ainda sempre a objeção de que uma cisão da pessoa de Hitler (como *Führer*) numa pessoa do Estado e uma pessoa do partido ou privada nunca teria nessa altura sido aceita<sup>16</sup>.

O processo mostra que houve um esforço, também ao nível da ilicitude, para em primeiro lugar estabelecer a existência de uma contradição entre o comportamento tido e o Direito do Estado nacional-socialista; só quando esta tentativa falhou é que se voltou a lançar mão da Fórmula de Radbruch.

Por último, esta argumentação da persecução penal depois de 1945 visava um ponto determinado: não se queria aceitar ordens secretas como causa de justificação; muito mais do que isso, se queria vincular os titulares do poder àquilo que estes tinham formalmente publicado como Direito; e em última análise, por conseguinte, àquilo que na época se encontrava no Diário Oficial. Se a pergunta sarcástica de Adolf Arndt: "O *Führer* podia fazer tudo, apenas não podia abolir o Diário Oficial do Império?" era justificada é algo que teria que ser discutido (como é sabido, o problema colocou-se novamente mais tarde, nos processos dos atiradores do Muro, com respeito à ordem para disparar).

Dentro do quadro descrito, naturalmente que o Judiciário Penal da Alemanha Federal construiu ele próprio obstáculos que permitiram que ficasse impune uma parte não irrelevante de autores de crimes, quando trazidos perante os tribunais. Eu quero tratar aqui, apenas brevemente, dos crimes violentos e, em seguida, conforme já referi, mais pormenorizadamente sobre a temática dos crimes judiciais.

No domínio da criminalidade violenta, que eu hoje vou apenas aflorar, a jurisprudência desenvolveu a tese de que, segundo a – na altura dominante – teoria da participação subjetiva apenas poucos líderes nacional-socialistas, e Hitler acima de todos, poderiam ser vistos como autores, todos os participantes subordinados, na dúvida, como simples auxiliares. Excluía-se os chamados criminosos excessivos, por conseguinte, sobretudo, aqueles criminosos que tinham excedido o quadro de atuação definido pelo sistema, com

---

16 Ver também a mesma nota crítica [62] de Dencker.

atos sádicos ou atos que iam para além das ordens dadas. Mas, porque desde 1968 o quadro penal dependia da forma de participação e a duração do prazo de prescrição dependia do quadro penal, fez-se notar aqui uma longa hesitação na persecução de crimes nacional-socialistas, dado que numerosos processos tiveram mais tarde que ser arquivados devido ao fato de ter decorrido o prazo de prescrição – e esta é também uma temática própria<sup>17</sup>.

PARTE III	DISCUSSÃO DOS CRIMES JUDICIÁRIOS DO PERÍODO NACIONAL-SOCIALISTA
-----------	---

1.	O PROCESSO DE NUREMBERGA DOS PRINCIPAIS CRIMINOSOS DE GUERRA DE 1946
----	--

No que respeita aos crimes judiciários, apenas tem que se mencionar brevemente o processo de Nuremberga dos principais criminosos de guerra de 1946, pois o tema "ilícito judiciário" não era, como tal, objeto do julgamento. Embora Hans Frank tenha sido acusado e condenado à morte, não o foi na sua qualidade de Diretor dos Serviços Jurídicos do Império do NSDAP nem como Presidente da Academia do Direito Alemão, ou devido a outras funções jurídicas por ele desempenhadas, mas como Governador da Polónia ocupada. Outros juristas como o Ministro da Justiça do Império, Franz Gürtner, o Presidente do Tribunal Popular, Roland Freisler, e o Ministro da Justiça do Império, Otto Thierak, que possivelmente do mesmo modo teriam sido englobados no círculo dos principais criminosos de guerra, já não eram acessíveis à justiça terrena, quer em consequência de morte natural, quer como vítima de bombardeamento ou devido a suicídio.

2.	O PROCESSO DE NUREMBERGA DOS JURISTAS
----	---------------------------------------

Um ano depois, realizou-se o processo de Nuremberga dos Juristas como 3º dos 12 assim chamados processos subsequentes de Nuremberga<sup>18</sup> – já não perante um tribunal internacional, mas perante um tribunal militar americano e segundo o Direito Processual Penal americano.

O fundamento do processo era a Lei nº 10 do Conselho de Controle, na qual se encontravam codificados os chamados Princípios de Nuremberga, que tinham servido de fundamento

<sup>17</sup> Se esta assim designada Jurisprudência dos auxiliares realmente decorre de forma obrigatória da doutrina da participação, é extremamente questionável. Ver em análise do tema *Freudiger*, Die juristische Aufarbeitung von NS-Verbrechen. (Beiträge zur Rechtsgeschichte des 20. Jahrhunderts 33). Tübingen 2002, p. 143 ss.

<sup>18</sup> Sobre o processo de Nuremberga dos Juristas, ver além das indicações dadas nas notas seguintes *Ralf Oberndörfer*, Feindstrafrecht, Terror durch Normen, geduldete Devianz. Zur Rolle der Juristen im NS-System. Einige Anmerkungen zum Nürnberger Juristenprozess 1947, in: Justizministerium NRW (Hrsg.), Leipzig – Nürnberg – Den Haag: Neue Fragestellungen und Forschungen zum Verhältnis von Menschenrechtsverbrechen, justizieller Säuberung und Völkerstrafrecht. (Juristische Zeitgeschichte NRW. 16), pp. 40–47. O texto integral da sentença está disponível em *Peschel-Gutzeit* (Hrsg.), Juristenurteil.

normativo ao processo dos principais criminosos de guerra<sup>19</sup>. Objeto dos procedimentos, eram assim os seguintes tipos legais<sup>20</sup>:

- 1) Crimes contra a Paz
- 2) Crimes de Guerra
- 3) Crimes de Lesa Humanidade
- 4) Pertença a Organizações Criminosas

O primeiro ponto – o dos crimes contra a paz – não foi no entanto admitido pelo tribunal<sup>21</sup>.

Culpados destes crimes deviam ser, ao lado de autores e auxiliares, aqueles que tinham participado "com o seu acordo" ou tinham estado "em conexão com o planeamento ou execução" ou "tinham pertencido a uma organização ou associação" que "estivera em conexão" com a execução<sup>22</sup>.

A pena prevista era aquela "que o Tribunal considerasse adequada". Podiam ser consideradas a pena de morte, a prisão perpétua, a pena de prisão com ou sem trabalhos forçados. A pena de multa, o confisco de património, a restituição de património ilegalmente adquirido e a privação total ou parcial dos direitos cívicos e políticos<sup>23</sup>.

Os acusados eram 16 juristas do Judiciário: nove membros do Ministério da Justiça do Império, três presidentes de Tribunais Especiais, dois juizes do Tribunal Popular e dois membros da Procuradoria do Império<sup>24</sup>.

Depois de um julgamento que demorou quase nove meses, foram proferidas, no princípio de Dezembro de 1947, as sentenças: duas absolvições, assim como quatro condenações à prisão penitenciária perpétua (entre elas, a do Ministro interino temporário da Justiça do Império, Franz Schlegelberger, e do presidente do Tribunal Especial de Nuremberga, Oswald Rothhaug) e, no restante, condenações à prisão penitenciária de duração entre cinco e dez anos.

---

19 Informações seguintes segundo: Amtsblatt des Kontrollrats n° 3, vol. 31. Januar 1946, p. 50; Extrato da Kontrollratsgesetz N° 10, com os artigos que aqui interessam em *Vormbaum*, Einführung, p. 236 s.

20 Artikel II Ziff. 1 KRG 10.

21 *Ostendorf / ter Veen*, Das "Nürnberger Juristenurteil". Eine kommentierte Dokumentation. Frankfurt, New York 1985, p. 40 s.; *Kastner*, "Der Dolch des Mörders war unter der Robe des Juristen verborgen". Der Nürnberger Juristenprozess des Jahres 1947, in: JoJZG 1 (2007), 81–87, aqui p. 82 r. Sp.; *Rottleuthner*, NJ 1997, 617. Com isto, ficou eliminada a responsabilidade dos réus pelos atos que outros tinham praticado.

22 Art. II Ziff. 2 lit. a - e KG 10; lit. f referiu-se ao Art. II 1° e não era, portanto, atual para o processo dos juristas.

23 Artikel II Ziff. 3 KG 10.

24 Exposição transparente do processo, da sentença e do seu pano de fundo, em *Ostendorf*, Der "Nürnberger Juristenprozess" und seine Auswirkungen auf eine internationale Strafgerichtsbarkeit, in: Ders. / Uwe Danker (Hrsg.), Die NS-Strafjustiz und ihre Nachwirkungen. Baden-Baden (Nomos) 2003, pp. 125–135., aqui p. 125 ss., und *Kastner*, JoJZG 2007, 81 ss., em quem se apoia em primeira linha a exposição seguinte; documentação da sentença comentada com detalhe, em *Ostendorf / ter Veen*, Juristenurteil. Sobre as pessoas individuais dos réus v. *Kastner*, JoJZG 2007, 82.

O texto da Lei nº 10 do Conselho de Controle e a fundamentação da sentença no processo dos Juristas deixam claro que se tentou atender às particularidades de uma criminalidade de sistema estadualmente organizada, que frequentemente se escapava à subsunção aos tipos legais de crimes concretos tradicionais, sem que no mesmo ato se deixasse de ter em atenção o princípio jurídico-penal da responsabilidade individual. Nos fundamentos das sentenças, dizia-se então também que "não se tratava de simples assassinatos ou de casos isolados de crueldades", muito mais do que isso, os réus "eram culpados de crimes de tal forma incomensuráveis que os simples casos isolados de tipos legais de crimes pareciam, em comparação, insignificantes. A acusação, dito de forma breve, é a da participação consciente num sistema de crueldade e injustiça espalhado por todo o país e organizado pelo governo, com violação das leis da guerra e das leis da humanidade, praticado em nome do Direito, sob a autoridade do Ministério da Justiça e com o auxílio dos tribunais."<sup>25</sup>

No entanto, na medida da pena, o tribunal esforçou-se, de forma muito cuidadosa, por vezes até com empatia, em atender às circunstâncias pessoais dos réus.

Com exceção do réu Rothaug – que como juiz tinha condenado à morte o comerciante Katzenberger por desonra da raça –, já em 1951 tinham sido libertados todos os condenados. Rothaug seguiu-se-lhes em 1956. Como também muitos autores nacional-socialistas de crimes violentos, os condenados aproveitaram uma "febre de indultos"<sup>26</sup>, que por esta altura grassou até aos mais altos círculos da República<sup>27</sup>, que fez parte da "política do passado", iniciada pela República Federal dos primeiros tempos, favorecida pelo desenvolvimento político mundial<sup>28</sup> e que terá sido também um dos pressupostos para o conseqüente "silenciamento" (*Beschweigen*) do passado nacional-socialista. Os indultos podem também ter prestado o seu contributo para que o processo de Nuremberga dos Juristas, como se irá mostrar, ficasse sem conseqüências, e serviram repetidamente – como refere Heribert Ostendorf – "como justificação judiciária para a inação posterior"<sup>29</sup>.

25 Juristenurteil, lugar referido (tal como nota 18), p. 65 s. Segue-se a frase muito citada: "o punhal do assassino estava escondido debaixo do manto do jurista".

26 Werle, NS-Unrecht, lugar referido (tal como nota 13), p. 144.

27 Ralph Giordano destaca que o presidente da República Federal Theodor Heuß incluiu nas saudações do seu discurso de Ano Novo de 1950/51 também "os de Landsberg" – *die "Landsberger"* (ou seja, os criminosos de guerra que se encontravam a cumprir pena na penitenciária de Landsberg), e que ele saudou o ministro de Hitler Konstantin von Neurath (que no processo de Nuremberga dos principais criminosos de guerra tinha sido condenado a 15 anos de prisão penitenciária), por ocasião da sua libertação antecipada, pessoalmente como um "compatriota suábio": *Ralph Giordano*, Die zweite Schuld oder Von der Last Deutscher zu sein. Hamburg, Zürich 1987, p. 121; do mesmo autor também a referência à delegação de deputados do Parlamento Federal composta por Hermann Ehlers (Presidente do Parlamento), Hofer, Altmeier, von Merkatz e Carlo Schmid, que juntamente com o secretário de Estado da Justiça Walter Strauß visitou o alto comissário americano John McCloy para obter a libertação "dos de Landsberg"; sobre o discurso de Ano Novo de Heuß ver também *Frei*, Vergangenheitspolitik, p. 77.

28 Este conceito, entretanto, central da investigação da história contemporânea, remonta ao livro com o mesmo nome de Norbert Frei.

29 *Ostendorf*, Juristenprozess, lugar referido, p. 129, com a referência a uma afirmação correspondente do Procurador Geral de Hessen, Fritz Bauer.

Antes de me dedicar à Jurisprudência da República Federal sobre o ilícito Judiciário do período nacional-socialista, pretendo ainda lançar um breve olhar sobre a jurisprudência do Supremo Tribunal para a Zona Britânica, ou seja, para os Estados Schleswig-Holstein, Hamburg, Niedersachsen e Nordrhein-Westfalen<sup>30</sup>. O Tribunal, com sede em Colônia, esteve ativo desde os inícios de 1948 até 01 de Outubro de 1950, quando as suas competências passaram para o Supremo Tribunal Federal (*BGH*).<sup>31\*</sup> Tinha competência material, entre crimes de lesa humanidade, segundo a Lei nº 10 do Conselho de Controle, cujo julgamento tinha sido transferido pouco antes pela potência de ocupação para os tribunais alemães<sup>32</sup>. Antigos membros do NSDAP estavam excluídos do exercício da Judicatura.

Sob os casos de crimes de lesa humanidade, dos quais se ocupava o tribunal, encontravam-se, sobretudo, dois, que diziam respeito ao ilícito Judiciário do período nacional-socialista. Em ambos os casos, o Tribunal Supremo revogou as absolvições proferidas em primeira instância e confirmou o crime de lesa humanidade<sup>33</sup> – no caso dos juízes de um Tribunal Marcial da Marinha que tinham condenado à morte um desertor, já depois da capitulação das Forças Armadas, o Tribunal Supremo deixou, além disso, claro que o efeito de bloqueio (*Sperrwirkung*) do tipo legal da perversão do Direito, aceito pelo Tribunal de Círculo, não existia<sup>34</sup>. No segundo caso, a absolvição em primeira instância do presidente do Tribunal de Círculo de Colônia, Walter Müller, da acusação de induzir subordinados à perversão do Direito, segundo o parágrafo 357 do Código Penal, e de crime de lesa humanidade, foi revogada – certamente que com uma interpretação bastante ampla dos dois tipos legais<sup>35</sup>.

30 A sua jurisprudência sobre os crimes de lesa humanidade foi recentemente objeto de publicação na série editada pelo Ministério da Justiça de Nordrhein-Westfalen "Juristische Zeitgeschichte NRW": *Justizministerium NRW / Dokumentationszentrum Marburg* (Hrsg.), (Hrsg.), Verbrechen gegen die Menschlichkeit – Der Oberste Gerichtshof der Britischen Zone (Juristische Zeitgeschichte NRW, Band 19). Recklinghausen 2012.

31 *Werner Schubert* prestou recentemente um serviço à abertura da investigação da Jurisprudência do Tribunal: ver *Werner Schubert* (Hrsg.), *Oberster Gerichtshof für die Britische Zone (1948-1950)*. Nachschlagewerk Strafsachen – Nachschlagewerk Zivilsachen. Präjudizienbuch der Zivilsenate. Frankfurt a.M. u.a. 2010. \*Nota do tradutor: o *BGH – Bundesgerichtshof* – é o Tribunal Federal de última instância da hierarquia judicial alemã. Traduzimos a sua designação por: Supremo Tribunal Federal. Apenas chamamos a atenção para que não se confunda com o conhecidíssimo *Bundesverfassungsgericht*, que é o Tribunal Constitucional Federal.

32 *Form*, *Der Oberste Gerichtshof für die Britische Zone: Gründung, Besetzung und Rechtsprechung in Strafsachen wegen Verbrechen gegen die Menschlichkeit*, in: *Justizministerium NRW / ICWC* (Hrsg.), *Verbrechen gegen die Menschlichkeit* (tal como na nota 30), p. 8–43., aqui p. 24 ss.

33 Sobre os dois casos pormenorizadamente *Pauli*, *Der Konflikt zwischen dem Obersten Gerichtshof für die Britische Zone und seinen Untergerichten bei der Anwendung des Kontrollratsgesetzes N° 10*, in: *Justizministerium NRW / ICWC* (Hrsg.), *Verbrechen gegen die Menschlichkeit* (wie FuBn. 30), pp. 64–79., aqui p. 69 ss.

34 Interessante é o fato de o Tribunal ter aceito, com o Tribunal de Círculo, que faltava o dolo da perversão do Direito. Com isto, o obstáculo (adicional) do limiar do dolo (sobre o tema, ver mais abaixo) ficou ultrapassado; pelo menos nos crimes de lesa humanidade, o tribunal negou qualquer relevância ao tipo legal da perversão do Direito e recorreu imediatamente à Lei nº 10 do Conselho de Controle, enquanto nos outros casos defendia a posição de que a Lei nº 10 do Conselho de Controle apenas punia aqueles comportamentos que também já eram puníveis ao tempo da prática do ato (ver a comprovação em *Pauli*, a.a.O. S. 71 [OGHSt 2, 269, 275, 280])

35 OGHSt 2, 23; *Pauli*, Ein hohes Gericht – der Oberste Gerichtshof für die Britische Zone und seine Rechtsprechung zu Straftaten im Dritten Reich, in: *Justizministerium NRW* (Hrsg.), *50 Jahre Justiz in NRW* (Juristische Zeitgeschichte NRW, Bd. 5). Düsseldorf 1996, pp. 95–120, aqui p. 111 ss.; *Ders.*, *Konflikt* (tal como nota 30), p. 24.



A linha traçada no processo de Nuremberga dos Juristas e na jurisprudência do Tribunal Supremo para a Zona Britânica não foi estendida mais além pelo Judiciário Alemão Federal. O Supremo Tribunal Federal tratou de forma dilatória os processos que lhe foram transferidos segundo a Lei nº 10 do Conselho de Controle<sup>36</sup>, até que em 1951 o governo militar britânico revogou a concessão de poderes para aplicação desta lei pelos tribunais alemães; em 1956, foi a própria lei também revogada formalmente pelo legislador alemão federal<sup>37</sup>. O Supremo Tribunal Federal recusou-se, em 1957, a discutir as sentenças correspondentes do Tribunal Supremo para a Zona Britânica, "porque estas tinham sido proferidas com aplicação da Lei nº 10 do Conselho de Controle, por conseguinte, de Direito Penal não alemão", uma afirmação ousada, pois já que os aliados tinham exercido o poder governativo na Alemanha, o Direito por eles aprovado tinha que ser considerado como Direito alemão<sup>38</sup>.

Naquilo que agora dizia respeito ao trabalho sobre os crimes judiciários, certamente que se poderia então ter aplicado o processo seguido nos crimes violentos nacional-socialistas também aos juízes criminosos da época nacional-socialista – em qualquer caso aos juízes de Direito Penal, que eram os que principalmente estavam em causa no tratamento do ilícito judiciário nacional-socialista<sup>39</sup>; pois as condenações à morte ou a pena de prisão preenchiam respectivamente, como autoria mediata, os tipos legais do homicídio ou mesmo do assassinato e da privação da liberdade. Enquanto, porém, nos crimes violentos, tal como indicado, a prova decisiva era realizada ao nível da ilicitude, com aplicação da Fórmula de Radbruch, a punibilidade fracassava regularmente nos casos dos juízes arguidos já ao nível do tipo legal – no fundo já mesmo antes dele, nomeadamente na questão do acesso aos tipos legais do homicídio e das ofensas corporais. Aqui, tornavam-se atuantes duas palavras-chave: "privilégio dos juízes" e "limiar do dolo".

Estas duas operações conduziram, para antecipar, a um notável resultado na discussão do Judiciário Penal Alemão Federal com o seu antecessor nacional-socialista: depois de 1950<sup>40</sup> foram de fato condenados alguns membros de Tribunais Marciais itinerantes; mas nem

36 Ver comprovação em *Rüping*, Jahrbuch JZG 1 (1999/2000), 121, nota 165.

37 BGBl. 1956 I, p. 437 ss., 445.

38 BGHSt 10, 294, 299.

39 Sobre a crítica ao assim chamado privilégio dos juízes (sobre o tema, o texto seguinte), não deve ser ignorado que, em todo o caso, quando se é da opinião de que o parágrafo 336 (hoje 339) do Código Penal não devia ter tido qualquer aplicação aos juízes nacional-socialistas (e assim o seu efeito de bloqueio tinha que ter deixado de se aplicar), então já não podiam ser abrangidos pelo Direito Penal aqueles casos que *apenas* o eram através do tipo legal da perversão do Direito, como por exemplo, uma sentença de um Tribunal de Trabalho que confirmava o despedimento ilícito de um trabalhador efetuado por motivos políticos. No entanto, depois de 1945 e tanto quanto se pode ver, as sentenças desse gênero não foram objeto de processos penais alemães ocidentais (diferentemente do que mais tarde sucedeu face a juízes da RDA).

40 Sobre sentenças alemãs antes da fundação da República Federal, ver *Rottleuthner*, NJ 1997, 619.

um único juiz de profissão – nem de Tribunais Especiais nem do Tribunal Popular nem do Judiciário Militar<sup>41</sup> – foi responsabilizado penalmente pelo Judiciário Alemão Federal por uma única das milhares de condenações à morte então proferidas<sup>42</sup>.

### a) Privilégio dos juízes

Em primeiro lugar, quanto ao chamado *privilégio dos juízes*. Para o explicar, é preciso voltar ao conhecido ensaio de Gustav Radbruch do ano de 1946, "Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht". O ensaio tornou-se conhecido, antes de tudo, pela Fórmula de Radbruch", nele formulada; porém, o texto contém uma outra passagem, menos conhecida, mas que, no entanto, teve tantas consequências como a primeira. Essa passagem diz respeito a uma sentença da Câmara Grande Penal (*Schwurgericht*) de Nordhausen, em Thüringen, do mesmo ano de 1946, proferida contra um denunciante, que tinha sido condenado a prisão perpétua por auxílio ao assassinato. O que nessa sentença se encontra implicitamente determinado é que, nesse tempo, o tribunal, ao proferir a condenação, cometera um assassinato como autor mediato, o que levou Radbruch à conclusão de que:

A punibilidade do juiz por homicídio pressupõe a verificação simultânea de uma perversão do Direito por ele praticada (parágrafos 366 e 344 do Código Penal), pois a sentença de um juiz independente apenas pode ser objeto de uma punição quando o juiz viola o princípio que precisamente aquela independência se destinava a servir, à submissão à lei, o que significa ao Direito<sup>43</sup>.

Este entendimento foi, tanto quanto se pode depreender, seguido na jurisprudência, pela primeira vez em 1949, pelo Tribunal de Segunda Instância de Bamberg<sup>44</sup>, e então também adotado pelo Supremo Tribunal Federal.

Nos anos 80, no quadro dos trabalhos de preparação da minha habilitação<sup>45</sup>, eu vi todos os compêndios, comentários, monografias e decisões judiciais da época até 1945, e não encontrei uma única passagem na qual se falasse de um privilégio dos juízes; o meu doutorando Carsten Thiel, que há um par de anos investigou a história do tipo legal da perversão do Direito desde o século XIX, levou a cabo uma outra tentativa, ainda mais ampla, e chegou ao mesmo resultado negativo<sup>46</sup>. A partir daí, terá mesmo que se

41 Haase, Das Reichskriegsgericht und der Widerstand gegen die nationalsozialistische Herrschaft. Hrsg. Von der Gedenkstätte Deutscher Widerstand mit Unterstützung der Senatsverwaltung von Berlin (Katalog zur Sonderausstellung der Gedenkstätte Deutscher Widerstand in Zusammenarbeit mit der Neuen Richtervereinigung). Berlin (Gedenkstätte Deutscher Widerstand) 1993. Em especial p. 251.

42 Sobre os poucos casos de condenações até 1950, ver *Rottleuthner*, Kontinuität und Identität. Justizjuristen und Rechtslehrer vor und nach 1945, in: F.J. Säcker (Hrsg.), Recht und Rechtslehre im Nationalsozialismus. Baden-Baden 1992, p. 241 ss., aqui p. 243 s.; *do mesmo*, NJ 1997, 618 nota 3; *do mesmo*, Karrieren und Kontinuitäten deutscher Justizjuristen vor und nach 1945. (Justizforschung und Rechtssoziologie. 9). Berlin 2010 p. 97.

43 Radbruch, Gesetzliches Unrecht, p. 15.

44 OLG Bamberg, SJZ 1949, 491.

45 Vormbaum, Der strafrechtliche Schutz des Strafurteils. Untersuchungen zum Strafrechtsschutz des strafprozessualen Verfahrensziels. Berlin 1987, p. 354 ss.

46 Thiel, Rechtsbeugung – § 339. Reformdiskussion und Gesetzgebung seit 1870 (Juristische Zeitgeschichte. Abteilung 3, Band 18) Berlin 2005, p. 136 ss.

considerar Radbruch, se não já como o criador, pelo menos como o primeiro defensor deste entendimento na literatura jurídica. A jurisprudência alemã federal lançou mão de bom grado a esta doutrina do "efeito de bloqueio". Antes de expressar a minha crítica sobre ela, debruçar-me-ei primeiro sobre a segunda palavra-chave "limiar do dolo".

## b) Limiar do dolo

O tipo legal da perversão do Direito (na altura do parágrafo 336 do Código Penal, hoje sem alteração do conteúdo; parágrafo 339, também do Código Penal) pode apenas ser cometido dolosamente<sup>47</sup>. Agora, lê-se em todos os compêndios sobre a parte geral do Direito Penal, que quando a lei ou a natureza das coisas não exigir de forma diferente para a verificação do dolo típico, basta *dolus eventualis*. No entanto, para a perversão do Direito foi exigido *dolus directus*, pelo menos desde a decisão de base do Supremo Tribunal Federal em matéria penal 10, 294, do ano de 1957<sup>48</sup>, sem que tal estivesse exigido pela lei.

O tipo legal da perversão do Direito possui, no entanto, a característica especial de que o "Direito", nomeadamente a sua perversão, é ele próprio parte do tipo legal, e assim é exigido como circunstância de fato.

Isto significa que a consciência do ilícito *nesta matéria* coincide de fato com o dolo típico e assim já não se pode fazer a prova do erro na proibição, segundo o parágrafo 17 do Código Penal<sup>49</sup>. Deste modo, os juízes acusados podiam alegar com êxito que na época não tinham sabido que o seu comportamento constituía ilícito. Isto foi aceito de bom grado pelos juízes alemães federais que os julgaram. Quanto mais insensível à acusação se mostrasse o juiz acusado, tanto mais credível era também a sua contestação a esta matéria<sup>50</sup>. A frase problemática de Radbruch – igualmente contida no conhecido ensaio do ano de 1946 –, de que o Positivismo jurídico com a sua doutrina de que "lei é lei" tinha deixado os juristas alemães indefesos face ao ilícito legal praticado<sup>51</sup>, pode ter facilitado determinações deste gênero nas sentenças.

47 Tal decorre desde a entrada em vigor da Segunda Lei de Reforma do Direito Penal, em 1º de Janeiro de 1975, do parágrafo 15 do Código Penal ("Sempre que a lei não puna expressamente a atuação negligente, só é punível a atuação dolosa"); anteriormente, encontrava-se ordenado expressamente no parágrafo 336 do Código Penal.

48 A primeira câmara do Supremo Tribunal Federal abandonou expressamente, com esta decisão, a sua Jurisprudência até então fixada em duas sentenças (não publicadas) dos anos de 1952 e 1954; BGHSt 19, 294, 299.

49 Assim também expressamente BGHSt 10, 300; certamente que tal não era isento de dúvidas, como *Spendel*, Zur Problematik der Rechtsbeugung. Ein Fall vorweggenommenen Gesetzesunrechts, in: Ders., Rechtsbeugung durch Rechtsprechung. Sechs strafrechtliche Studien. Berlin, New York 1984, p. 21 ss., aqui p. 29 ss., mostra. Os detalhes não podem aqui ser expostos; no essencial, trata-se de uma disputa sobre o tratamento na perspectiva do dolo dos elementos típicos normativos (erro de subsunção não atendível ou erro sobre o significado atendível?). Juridicamente, são aqui decerto defensáveis várias opiniões. Como em alguns outros pontos da nossa temática é, no entanto, digno de nota que o Supremo Tribunal Federal adotou exatamente para os juizes nacional-socialistas a regulação mais favorável.

50 *Jörg Friedrich*, Freispruch für die Nazi-Justiz. Die Urteile gegen NS-Richter seit 1948. Eine Dokumentation. Reinbek b. Hamburg 1983, S. 463, fórmula: "Quanto maior a cegueira jurídica, tanto menor o dolo na perversão do Direito".

51 *Radbruch*, Gesetzliches Unrecht, S. 10; pormenorizadamente sobre a controvérsia que se lhe seguiu, *Vassalli*, Radbruchsche Formel, S. 26 ss., com numerosas comprovações.

O Supremo Tribunal Federal confirmou a sua jurisprudência no processo contra o membro do coletivo no Tribunal Popular Hans Joachim Rehse<sup>52</sup>. A Câmara Grande Penal do Círculo de Berlin tinha condenado Rehse, por auxílio ao assassinato em três casos e por auxílio à tentativa de assassinato em quatro casos, a cinco anos de prisão. O Supremo Tribunal Federal revogou a sentença invocando, entre outras, a sua jurisprudência, entretanto, consolidada. Seguidamente, em novo processo perante o Tribunal de Círculo de Berlim, Rehse foi absolvido em 1968. A sentença no caso Rehse chamou muito a atenção do público. Houve manifestações de protesto<sup>53</sup>; a sentença foi intensivamente discutida entre os estudantes, que àquela altura, tal como eu, estavam quase a fazer o exame estadual. O presidente da Câmara Grande Penal, Ernst-Jürgen Oske, foi durante um breve espaço de tempo uma pessoa conhecida da história contemporânea. Friedrich Christian Delius escolheu, mais tarde, a sentença como pano de fundo para o seu romance "Mein Jahr als Mörder"<sup>54</sup>.

Antes de o Supremo Tribunal Federal poder proceder a uma nova revisão interposta da segunda sentença do Tribunal de Círculo de Berlim, Rehse morreu. Com isto, o capítulo do trabalho sobre o ilícito judiciário nacional-socialista ficou faticamente encerrado.

Digna de nota é, a este propósito, a seguinte passagem da sentença do Supremo Tribunal Federal, que tinha revogado a da Câmara Grande Penal: também como membro de um tribunal coletivo, Rehse tinha estado apenas submetido à lei. Se tivesse, por conseguinte, agido com dolo direto, poderia ter sido apenas autor, e não simples auxiliar de um crime de homicídio; mas, como autor, podia apenas ser punido se ele próprio, por motivos reveladores de baixaza de caráter (*niedrige Beweggründe*), tivesse votado a favor da pena de morte<sup>55</sup>. Certamente que o Supremo Tribunal Federal apenas podia argumentar assim na base de uma doutrina objetiva da participação – o que de qualquer modo é interessante, quando se pensa que o mesmo Tribunal no caso dos autores nacional-socialistas de crimes de violência, e poucos antes ainda na chamada sentença Staschinskij<sup>56</sup>, se tinha colocado na posição de uma doutrina subjetiva da participação, à qual, embora fortemente enfraquecida, do princípio até hoje continua a aderir. Deste modo, foi levantada mais uma barreira à punibilidade de Rehse, pois, segundo ainda hoje, de princípio igualmente vigente, jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sobre a relação entre assassinato e homicídio, o auxiliar do assassinato por motivos reveladores de baixaza de caráter tem, na verdade, que conhecer o verdadeiro motivo do autor, mas não precisa mostrá-lo, ele

---

52 Sobre o caso Rehse ver por exemplo *BMJ (Bundesminister der Justiz)* (Hrsg.), *Im Namen des Deutschen Volkes. Justiz und Nationalsozialismus. Katalog zur Ausstellung des Bundesministers der Justiz*. Köln 1989, p. 440 ss.

53 *DER SPIEGEL*, 52/1968; *Hamburger Abendblatt* de 16. Dez. 1968, p. 2 "5000 protestieren gegen Rehse-Urteil".

54 *Friedrich Christian Delius*, *Mein Jahr als Mörder*. Roman. TB-Ausgabe Reinbek b. Hamburg 2006.

55 BGH, citado de *Friedrich*, *Freispruch*, p. 461.

56 BGHSt 18, 87, Sentença de 19 de outubro de 1962.

próprio, na sua atuação. Enquanto, por conseguinte, os autores nacional-socialistas de crimes violentos foram transformados em *auxiliares*, mesmo nos casos de uma atuação completamente consumada por mão própria, a possível punibilidade de Rehse foi reduzida à hipótese da sua *autoria*. Comum às duas construções era que cada uma delas servia para o melhoramento da posição dos autores de crimes nacional-socialistas acusados.

Sem uma modificação expressa do texto legal, mas em conformidade com uma declaração unânime da Comissão Especial para a Reforma do Direito Penal, o tipo legal subjetivo da perversão do Direito passou a ser interpretado a partir de 1975, no sentido da validade também aqui da regra geral, segundo a qual *dolus eventualis* é suficiente. No entanto, por esta altura já a persecução penal de juízes criminosos da época nacional-socialista se tinha tornado obsoleta, quer pelo motivo da prescrição, que por motivos da Biologia.

### c) Crítica e reflexões de desenvolvimento

É difícil reprimir a suposição de que o Judiciário dos primeiros tempos da República Federal tenha querido proteger a própria profissão com a ajuda deste privilégio dos juízes. Em casos particulares, pode também ter estado em causa a proteção da própria pessoa. É sabido que o Supremo Tribunal Federal, quando do tratamento do ilícito judiciário da RDA, se declarou crítico em relação à sua anterior jurisprudência<sup>57</sup>. No entanto, substituiu o limiar do dolo por outro limiar ainda mais eficiente no domínio do tipo legal objetivo<sup>58</sup>. Mas, este já não é o meu tema<sup>59</sup>. Certamente que se podem trazer à liça argumentos tanto a favor do privilégio dos juízes como da elevação do limiar do dolo na perversão do Direito<sup>60</sup>. De fato, ambos protegem – exatamente na sua cumulação – a independência judicial<sup>61</sup> e têm em atenção que o juiz – diferentemente do cientista – se encontra face a uma obrigatoriedade de decisão, o que significa que tem que tomar uma decisão no caso que lhe é apresentado.

Mas, mesmo quando de um ponto de vista geral se aceite o privilégio dos juízes e a elevação do limiar do dolo no tipo legal da perversão do Direito, mesmo assim colocam-se na problemática especial do tratamento do ilícito judiciário nacional-socialista algumas perguntas especiais:

57 BGHSt 41, 317 ss., 339 s.

58 BGHSt 40, 30 ss.

59 Sobre a questão da punibilidade dos juízes da RDA por perversão do Direito, ver por exemplo *Vormbaum*, Zur strafrechtlichen Verantwortlichkeit von DDR-Richtern wegen Rechtsbeugung, in: NJ 1993, 212 ss.; *Hohoff*, An den Grenzen des Rechtsbeugungstatbestandes. Eine Studie zu den Strafverfahren gegen DDR-Juristen. Berlin, Baden-Baden 2001.

60 Cada juiz considera pelo menos como possível que a sua sentença seja revogada pela instância superior, mostrando-se assim como aplicação errada do Direito. A delimitação a "decisões erradas de forma inadmissível" é difícil de compatibilizar com o princípio da determinabilidade das leis. Esta é, provavelmente, uma das razões para o obstáculo colocado recentemente pelo Supremo Tribunal Federal no tipo legal objetivo (ver nota 79).

61 BGHSt 10, 294, 298.

### (1) Atividade “Judicativa”?

Podia-se mesmo designar a atividade dos réus como atividade “judicativa” ou atividade “judicial”? Embora esta pergunta de fato não pudesse ser respondida negativamente em todos os casos, podia ser, por exemplo, nos casos dos Tribunais Marciais ad hoc<sup>62</sup> e, por exemplo, no caso do Tribunal Popular na sua fase final sobre a presidência de Freisler.<sup>63</sup> Se se respondesse negativamente, então faltaria desde logo o fundamento para um privilégio dos juízes.<sup>64</sup>

### (2) Independência dos Juízes?

Não tinha a independência dos juízes, supostamente a ser protegida (posteriormente), pelo menos desde a resolução do Parlamento do Império de 26 de abril de 1942<sup>65</sup> – que deu a Hitler o poder de exonerar qualquer alemão e, por conseguinte também qualquer juiz do seu cargo – ficado invalidada?<sup>66</sup>

### (3) Aplicação do Direito?

Mesmo quando se aceite a qualidade de juiz dos juízes nacional-socialistas e a sua independência, então se pergunta se na sua atividade se tratava de “Aplicação do Direito”, no sentido do parágrafo 336 do Código Penal. Aceitar isto pressupõe tacitamente que “Direito” no sentido deste tipo legal também podia ser o Direito do Estado nacional-socialista; esta decisão esteve evidentemente implícita na decisão de, na discussão do ilícito nacional-socialista, aplicar o direito vigente na altura da prática dos atos.

### (4) Cegueira Jurídica?

Como é que se podia aceitar aos juízes nacional-socialistas – apesar de tudo, juristas formados – que o ilícito das suas exorbitantemente duras sentenças – nos casos duvidosos quase sempre a pena de morte – não lhes tivesse sido consciente, que eles, portanto, tivessem sido “cegos jurídicos”? O tribunal de segunda instância de Bamberg, que em 1949 – seguramente como primeiro tribunal –, invocando Radbruch, estabeleceu o privilégio dos juízes e aceitou a elevação do “limiar do dolo”, disse no seu segundo fundamento: – citado muito mais raramente – Se um juiz de profissão, que durante anos trabalhou na administração da Justiça penal como juiz ou procurador, comete, na decisão sobre um caso

62 Noutro sentido expressamente BGHSt 10, 294, 302.

63 *Rüping*, “Streng, aber gerecht. Schutz der Staatssicherheit durch den Volksgerichtshof”, in: Juristenzeitung 1984, 815–821, aqui p. 820, chega (devido à avaliação dos materiais conservados do Tribunal Popular), e em todo o caso para a atividade da câmara de Freisler, à negação da qualidade de tribunal; semelhante também *Sonnen*, Strafgerichtsbarkeit – Unrechtsurteile als Regel oder Ausnahme?, in: Reifner / Sonnen (Hrsg.), Strafjustiz und Polizei im Dritten Reich. Frankfurt, New York 1984, p. 43.

64 O Parlamento Federal declarou por unanimidade em 25 de Janeiro de 1985 que o *Tribunal Popular* não tinha sido nenhum Tribunal no sentido de um Estado de Direito, mas sim um “instrumento de terror para a imposição da dominação arbitrária nacional-socialista”; daí que as suas decisões “segundo a convicção do Parlamento Federal alemão, não produzam efeito jurídico algum”; criticamente, *I. Müller*, Wie der Bundestag den Volksgerichtshof “ächtete”, in: Demokratie und Recht 1985, 253 ss.

65 Uma abordagem do tema em *Günter Gribbohm*, Die dem Richter gebührende Sühne – Zur rechtlichen Stellung des Richters im Dritten Reich nach dem Reichstagsbeschluss vom 26. April 1942, in: JoJZG 2 (2008), 1–6.

66 Contra esta objeção, podia certamente o Supremo Tribunal Federal ter invocado a sua decisão do ano de 1960 contra um juiz da RDA (sobre o tema, ver abaixo o ponto 6) em cujo fundamento se diz: “Autor de um crime de perversão do Direito pode também ser um juiz ao qual falta a independência constitucionalmente prevista, pelo fato de os detentores do poder político não respeitarem a Constituição”.

jurídico, numerosas infrações grosseiras e evidentes do Direito material e formal, então contraria a experiência da vida aceitar-se que atuou apenas negligentemente".<sup>67</sup>

### (5) “Cegueira Jurídica” ou “Fazer-se Cego”?

E no caso de “cegueira jurídica”: Exclui esta, porventura, o dolo direto da perversão do Direito?<sup>68</sup> Isto já tinha Radbruch, a quem no caso contrário tanto se gosta de invocar, colocado em questão no seu ensaio de 1946.<sup>69</sup> Ingo Müller apontou com razão para o fato de que não se tem que falar de “cegueira jurídica”, mas sim de “fazer-se cego”. “Fazer-se cego” não é em última análise outra coisa do que uma autoria por convicção, a qual no máximo poderia conduzir a uma atenuação da culpa.<sup>70</sup>

### (6) Jurisprudência sobre Juizes da RDA

E de resto, como é que se compatibiliza a generosa negação do dolo direto dos juizes réus com a sentença do Supremo Tribunal Federal de 16 de Fevereiro de 1960? Ai, a um juiz que se tinha mudado para a Alemanha Ocidental e que na RDA tinha condenado Testemunhas de Jeová a penas muito elevadas, foi-lhe o dolo como que ditado: “O réu é jurista formado, de quem se pode esperar (!) que tenha sensibilidade para saber se se verifica uma desproporção insustentável entre uma determinada pena e a gravidade do fato e a culpa do autor”.<sup>71</sup>

### (7) Jurisprudência sobre Denunciantes

De mais a mais, como é que se compatibiliza a generosa aceitação da cegueira jurídica de juizes profissionais com a severidade do critério utilizado contra uma denunciante, que em 1957 foi condenada, inclusivamente como autora, pela Câmara Grande Penal de Munique<sup>72</sup> – condenação confirmada pelo Supremo Tribunal Federal<sup>73</sup> – e cujo dolo foi fundamentado pela Câmara Grande da seguinte forma: “A ré sabia que a jurisprudência do Tribunal Popular no ano de 1943 era caracterizada por uma dureza invulgar e que servia, com desrespeito consciente dos princípios de um Estado de Direito, principalmente os objetivos da eliminação

67 OLG Bamberg SJZ 1949, 491.

68 Uma abordagem do tema em Ingo Müller, Die Verwendung des Rechtsbeugungstatbestandes zu politischen Zwecken, in: Kritische Justiz 1984, 119–141, aqui p. 134 s.

69 Radbruch, SJZ 1947, 634 (noutro sentido ainda no seu ensaio de ano de 1946 em relação a juizes: Radbruch, Gesetzliches Unrecht, S. 15).

70 Müller, lugar referido, p. 135; o autor aponta ainda como prova o fato de que em algumas sentenças a aplicação falsa do Direito decorre por si mesma dos fundamentos das sentenças dos juizes nacional-socialistas, assim, por exemplo, quando o juiz que se recusou a ordenar o registro de um “matrimônio misto” “ariano”-judeu, concedia, nos fundamentos da decisão, que as “disposições legais vigentes não proibiam o matrimônio”, mas com invocação da “literatura oficial e semioficial do Estado e do NSDAP” ignorava esta “situação formalista-legal” (Müller, a.a.O., S. 134 s.).

71 BGH NJW 1960, 974 (não publicado neste ponto em BGHSt 14, 147 s. – Ingo Müller fez-me em conversa notar que o Supremo Tribunal Federal, na sua sentença (enigmáticamente) tinha medido o elemento do dolo “conhecimento (da Perversão) do Direito” pelo critério pelo qual nos outros casos usualmente se mede o conhecimento do Direito (ou do ilícito), nomeadamente mediante o exame adicional, sobre se o desconhecimento do ilícito do ato tinha sido evitável. Tendo como base esse critério, que no seu resultado mostra semelhanças com o exame da negligência, podia-se de fato chegar à aceitação do lado subjetivo do ato. No entanto também sobre esta base permanece a objeção de que devido à mencionada estrutura especial do tipo legal da Perversão do Direito o conhecimento do Direito é circunstância de fato e assim (excepcionalmente) objeto do dolo típico.

72 LG München II – 7 Ks 5/57, Sentença de 29 de Nov. 1957, excerto impresso em Friedrich, Freispruch, S. 439 s.

73 BGH – 1 StR 134/58, Sentença de 13 de Maio de 1958; comprovação em Friedrich, Freispruch, p. 499.

dos inimigos do Terceiro Império e da intimidação da população". E então os juízes formados daquele mesmo Tribunal não deveriam ter sabido exatamente isto?

### (8) Continuidade?

Mesmo quando não se aceitem todas as objeções anteriores, havia uma possibilidade de com limpeza metodológica e sem efeitos prejudiciais evitar o privilégio dos juízes no caso dos juízes nacional-socialistas. Como já mencionado, o Judiciário alemão federal ligava-se, na persecução penal do ilícito nacional-socialista, à circunstância externa de que os tipos legais penais alemães federais aplicáveis já se encontravam antes de 1945 no Código Penal. Esta circunstância fornecia não apenas o fundamento para aplicar o Direito Penal do Estado nacional-socialista, e assim ocultar a infração à proibição da retroatividade; fundamentava também – o que primeiro foi apontado por Friedrich Denker<sup>74</sup> – implicitamente uma concepção de continuidade entre o Direito positivo nacional-socialista e o Direito da República Federal. Uma concepção de continuidade correspondia de fato no Direito Estadual à opinião dominante; mas a sua transposição para o Direito Penal não era, no entanto – em todo o caso no domínio da perversão do Direito –, de forma alguma forçosa.<sup>75</sup> Havia realmente um fundamento para conceder posteriormente o privilégio dos juízes aos juízes do Estado nacional-socialista? Que independência – ou mesmo, que capacidade de decisão (pense-se só!) – se queria ainda com isto “assegurar” aos juízes de então?

Se se tivesse referido a recém-descoberta figura do efeito de bloqueio do tipo legal da perversão do Direito apenas àqueles juízes que aplicam o Direito da República Federal da Alemanha – por conseguinte de forma “imaneente ao sistema” –, então não se poderia ter tratado os juízes do Estado nacional-socialista de outra forma pela qual se tratam os juízes de outro Estado de Direito – por exemplo, da Suíça – quando acontecesse que um tal juiz se encontrasse por causa da sua atividade judicial perante um juiz alemão,<sup>76</sup> porque a preservação da independência do juiz suíço e a proteção do Direito suíço não é tarefa do Direito Penal alemão.

### (9) Resumo

Por conseguinte, mesmo que se seguisse o caminho escolhido pelo Judiciário alemão federal para tratamento dos crimes nacional-socialistas, não havia nenhum motivo para uma transferência do privilégio dos juízes para os juízes nacional-socialistas. Juízes criminosos tinham merecido que o procedimento de Direito Penal a seu respeito tivesse

<sup>74</sup> Denker, Die strafrechtliche Beurteilung von NS-Rechtsprechungsakten, in: Salje, Peter (Hrsg.), Recht und Unrecht im Nationalsozialismus. Münster 1985, pp. 294–310., aqui p. 300 ss.; seguindo-o, Vormbaum, Schutz des Strafurteils, p. 351 ss.

<sup>75</sup> Denker, Beurteilung, p.302, aponta a contradição entre a concepção de continuidade do Direito da Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sobre o art. 123 Abs. 1 GG (Lei Fundamental) e sobre a conhecida – muito impressiva – decisão (do Tribunal Constitucional) BVfGE 6, 132 ss. Num plano totalmente diferente, situa-se de resto a problemática da continuidade (material) do Direito Penal no século 20. Ver sobre o tema Vormbaum, Einführung in die moderne Strafrechtsgeschichte, p. 277 ss.

<sup>76</sup> Assim, pelo menos segundo a concepção correta no meu entendimento, que considera o tipo legal da perversão do Direito um tipo legal com um bem jurídico supraindividual ou institucional (nomeadamente: a administração da justiça). Ver Vormbaum, Schutz des Strafurteils, p. 326 ss.).



sido o mesmo que o procedimento tido para com outros criminosos nacional-socialistas, e deveriam também ter passado por essa experiência.

#### 4. OBSERVAÇÃO FINAL

Assim, vê-se que o tratamento do ilícito judiciário do período nacional-socialista apresenta aspectos comuns, mas, também, especialidades face à discussão de (outros) crimes violentos nacional-socialistas. Em ambos os domínios, existiram construções jurídicas que dificultavam ou impediam a persecução penal – ali a jurisprudência sobre os auxiliares, aqui o privilégio dos juízes. Mas também a diferença é óbvia: enquanto ali se chegou ao processo de Auschwitz e ainda assim a uma série de condenações, aqui se chegou ao processo Rehse e ao encerramento definitivo do tratamento jurídico-penal do passado.

# PARTE 03:

## Anistia e Justiça



A Justiça de Transição  
no Brasil e na Alemanha:  
*as possibilidades da  
responsabilização penal  
individual e das Comissões  
de Reparação e Verdade*

AMARÍLIS BUSCH TAVARES

Ao longo das décadas, estados, grupos e indivíduos desenvolveram diferentes mecanismos para lidar com grandes atrocidades e crimes internacionais. Alguns desses mecanismos foram estabelecidos no momento imediatamente posterior às violações, como é o caso do Tribunal de Nuremberg, na Alemanha, ou muitos anos após o fim do período de exceção, como é o exemplo do estabelecimento da Comissão de Anistia e da Comissão Nacional da Verdade no Brasil.

Na Alemanha pós-nazista, a adoção do modelo de responsabilização penal individual, por meio da criação de uma corte multinacional, e no Brasil pós-ditadura, a adoção de um modelo focado no estabelecimento de Comissões Nacionais de Reparação e de Verdade demonstram que contextos históricos distintos são capazes de gerar mecanismos e processos diversos de Justiça de Transição.

O objetivo deste comentário é, de maneira bastante sucinta, destacar alguns aspectos de cada um desses modelos e levantar algumas questões referentes às possibilidades de se assegurar responsabilização, justiça e reconciliação em sociedades pós-conflito.

No pós-guerra, um importante passo foi dado para quebrar o monopólio da jurisdição estatal sobre crimes internacionais com o estabelecimento do Tribunal de Nuremberg, construído em resposta aos horrores cometidos pelo regime nazista alemão.

De fato, apesar de criticado por apresentar as versões de apenas um dos lados – a alegada imposição da justiça dos vitoriosos sobre os derrotados<sup>1</sup> – ou por ferir o princípio *nullum crimen, nulla poena sine lege*<sup>2</sup>, tal Corte, seguida pelo Tribunal de Tóquio, foi a primeira de caráter não estatal ou multinacional a julgar e punir crimes com dimensão e escopo internacionais.

Os Poderes Aliados, após a derrota da Alemanha, decidiram criar o Tribunal de Nuremberg para julgamento dos “grandes criminosos de guerra dos países do Eixo europeu acusados de cometerem crimes de guerra, crimes contra a paz e crimes contra a humanidade”<sup>3</sup>. O estabelecimento dessas duas últimas categorias legais foi um dos mais importantes legados do tribunal, que consolidou também o princípio da responsabilização penal internacional do indivíduo ao estabelecer, de maneira contundente, os laços existentes entre indivíduos criminosos e os Estados em nome dos quais eles cometeram seus crimes<sup>4</sup>.

De fato, até aquele momento, nenhum agente estatal de alta patente havia sido responsabilizado individualmente por seus crimes cometidos em tempos de guerra<sup>5</sup>. Nesse sentido, a Corte colocou: “Crimes against international law are committed by men, not by abstract entities, and only by punishing individuals who commit such crimes can the provisions of international law be enforced”<sup>6</sup>. A chamada “Revolução de Nuremberg” estabeleceu também que agentes estatais ou indivíduos, confrontados pelo dilema entre atender ordens legais nacionais ou respeitar normas internacionais, devem optar pela

1 O Tribunal de Nuremberg era composto por juizes e promotores indicados por cada um dos países vitoriosos, os chamados “quatro grandes”: Inglaterra, França, Estados Unidos e União Soviética. A própria Corte reconheceu essa situação ao afirmar que “(t)he making of the Charter was the exercise of the sovereign legislative power by the countries to which the German Reich unconditionally surrendered; and the undoubted right of these countries to legislate for the occupied territories has been recognised by the civilised world”. Judgement: The Law of The Charter, disponível em <<http://avalon.law.yale.edu/imt/judlawch.asp>>, acesso em 05 de outubro de 2012.

2 Os juizes do Tribunal de Nuremberg sofreram críticas por legislarem *ex post facto*, principalmente em relação às condenações referentes às categorias legais de crimes contra a humanidade e crimes contra a paz, sob o argumento de que essas ofensas foram codificadas na Carta do Tribunal, ou seja, somente após o encerramento das hostilidades. O Tribunal, ao discorrer sobre seu estatuto, alegou que a proibição a tais crimes era expressão de direito internacional existente: “(t)he Charter is not an arbitrary exercise of power on the part of the victorious nations, but in the view of the Tribunal, as will be shown, it is the expression of international law existing at the time of its creation; and to that extent is itself a contribution to international law”. Ibid.

3 Tribunais menores foram estabelecidos nas quatro zonas de ocupação dos Poderes Aliados para julgamento, de acordo com o *Control Law n° 10*, das mesmas categorias de crimes que foram, no entanto, cometidos por perpetradores de patentes mais baixas.

4 Dupuy, P. M., *International Criminal Responsibility of the Individual and International Responsibility of the State in Cassese, A., Gaeta, P., Jones, J., The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary* (Oxford University Press, Oxford, 2002), 1086-1087.

5 Cassese, A., *International Criminal Law* (Oxford University Press, New York, 2003), 40.

6 The Law of The Charter (n. 2).

segunda alternativa, dando o primeiro passo para a desconstrução do argumento de "obediência a ordens superiores".

As novas normas legais e padrões de responsabilidade promulgados pelos julgamentos de Nuremberg contribuíram para os esforços de construção de um sistema de justiça penal internacional efetivo, impactando nos trabalhos dos Tribunais *ad hoc* de Ruanda e da ex-Iugoslávia e na elaboração do Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional<sup>7</sup>.

## O ESTABELECIMENTO DAS COMISSÕES DE REPARAÇÃO E DE VERDADE

A partir da década de 1980, Comissões de Verdade e Reparação foram estabelecidas em diversos países da América Latina – Argentina, Bolívia, Chile, Uruguai, El Salvador etc., bem como em alguns países africanos – Uganda e África do Sul, muitas delas com o apoio da Organização das Nações Unidas (ONU). Tais comissões são caracterizadas, a grosso modo, por: (i) coletar e sistematizar informações e provas a respeito de graves violações, por meio do testemunho das vítimas ou confissões dos perpetradores; (ii) investigar o contexto e causas sociais, econômicas e políticas das violações; (iii) elaborar um relatório público com descrição detalhada dos fatos revelados, contendo recomendações para a não repetição das violações<sup>8</sup>.

Algumas comissões receberam críticas por fracassarem em sua missão de gerar uma verdadeira reconciliação entre as partes. No entanto, é importante ressaltar que elas ofereceram mecanismos para lidar com atrocidades em massa que permitiram uma revisitação do passado por meio da exploração das raízes do conflito e da exposição pública dos crimes, estabelecendo um registro histórico dos fatos.

No caso do Brasil, o período pós-ditatorial foi marcado pelo estabelecimento de duas comissões governamentais focadas na reparação – a Comissão Especial de Mortos e Desaparecidos Políticos, em 1995 e a Comissão de Anistia, em 2001 –, mediante o reconhecimento da responsabilidade estatal na violação dos direitos de perseguidos políticos durante o regime de exceção. No final de 2011, quase três décadas após o fim da ditadura, foi criada a Comissão Nacional da Verdade (CNV) no país.

Entre os objetivos da CNV destacam-se o esclarecimento dos fatos e das circunstâncias dos casos de graves violações de direitos humanos, em especial, dos casos de torturas, mortes, desaparecimentos forçados, ocultação de cadáveres e sua autoria, ocorridas no

7 Boussiouni, M. C. "International Criminal Justice in Historical Perspective", em Boussiouni, M. C., *International Criminal Law: Volume III, International Enforcement* (Martinus Nijhoff Publishers, Leiden), 38-39.

8 Cassese, A. (nº 5) 10.

período ditatorial no país, e a identificação do aparato estatal e estruturas de apoio às violações cometidas.

No seu texto de criação, a comissão explicita que suas atividades não terão caráter jurisdicional ou persecutório. A delimitação clara de suas funções, apartadas daquelas de responsabilização penal dos perpetradores, deve ser entendida à luz do contexto histórico em que a Lei da Anistia de 1979 foi aprovada no país. A interpretação corrente da Lei da Anistia, reafirmada em recente decisão do Supremo Tribunal Federal (STF) do país, impede que agentes de Estado sejam julgados e punidos por crimes cometidos durante a ditadura.

A decisão do STF foi contestada pela Corte Interamericana de Direitos Humanos no caso “Guerrilha do Araguaia”, que considerou que a maneira pela qual a Lei da Anistia foi interpretada e aplicada no país feriu a obrigação internacional do Estado de investigar e punir graves violações de direitos humanos<sup>9</sup>.

### ALGUMAS NOTAS PARA REFLEXÃO E OBSERVAÇÕES FINAIS

A partir dessa breve descrição dos modelos do Tribunal de Nuremberg e das Comissões de Reparação e Verdade, adotados pela Alemanha e Brasil respectivamente, é possível suscitar algumas questões:

- i. A verdade a respeito de um determinado período histórico marcado por grandes violações aos direitos humanos, como qualquer outra construção social, é relativa e referenciada. Haverá sempre uma disputa política pela construção da verdade, pois a narrativa vencedora constrói também a história de um determinado povo.
- ii. A verdade pode ser revelada e construída por meio de distintos mecanismos, que podem ser usados de maneira isolada ou combinada. A responsabilização penal individual e o estabelecimento de Comissões de Reparação e Verdade não são, portanto, alternativas excludentes para se lidar com atrocidades em massa, e a dosagem de cada um desses modelos é condicionada e moldada por contextos históricos e instituições próprias de cada país.
- iii. As Comissões de Verdade e Reparação podem ser uma resposta à falta de justiça, principalmente em situações pós-conflito nas quais houve um grande envolvi-

<sup>9</sup> Caso *Gomes Lund e outros* (Guerrilha do Araguaia) vs. Brasil (Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas), Corte Interamericana de Direitos Humanos, Série C, nº 219.



mento da sociedade na comissão das violações de direitos humanos e não há estrutura e eficiência do Judiciário para julgar milhares de pessoas.

- iv. Tanto o regime autoritário brasileiro quanto o alemão contaram com a aquiescência e apoio de vastos setores da sociedade civil, mobilizados em torno das ideias forjadas de combate a um inimigo comum, de realização do sonho de potência, e de que violações são um mal necessário para um suposto bem maior. Nesses casos de grande conformação sistêmica com o regime ilícito, a possibilidade de atribuição de responsabilidade coletiva torna-se muito custosa.
- v. O fator tempo é relevante. Em regimes de transição marcados por uma grande polarização entre vitoriosos e derrotados, mecanismos transicionais estabelecidos imediatamente após uma ruptura abrupta com a ordem anterior geram um clima propício à atribuição da culpa, podendo levar à falácia da justiça dos vitoriosos. Por outro lado, em transições mais suaves, o distanciamento temporal dos eventos permite uma análise menos apaixonada dos fatos, ao mesmo tempo em que negociações e disputas políticas travadas ao longo dos anos entre as partes envolvidas no conflito podem levar a construções anômalas, como é o caso das autoanistias.
- vi. A própria definição do conceito de Justiça de Transição depende do contexto histórico em que a transição se dá e do nível de amadurecimento democrático de cada país. No caso da Alemanha, talvez não seja possível falar de atuais mecanismos de Justiça de Transição, e medidas para lidar com o passado de violação podem se enquadrar em uma etapa de consolidação e aperfeiçoamento democrático posterior à transição. Já no Brasil, três décadas após o fim do regime ditatorial, há um sentido histórico e social em atribuir à Comissão Nacional da Verdade um caráter ainda justransicional.

Análise comparada Brasil/Alemanha sugere que pode haver um *trade-off* entre a alternativa penal e o estabelecimento de comissões. No entanto, o que esses casos permitem concluir é que, diante da impossibilidade da persecução penal, outros mecanismos transicionais tendem a se fortalecer. De fato, o paradoxo da Lei da Anistia brasileira e a ausência de julgamentos não impediram o desenvolvimento da Justiça de Transição no país, que possui um dos maiores programas de reparação do mundo<sup>10</sup>.

10 Payne, L. A., Abrão, P., Torelly, M. D. A Anistia na Era da Responsabilização: contexto global, comparativo e introdução ao caso brasileiro em O Brasil em Perspectiva Internacional e Comparada, em *A Anistia na Era da Responsabilização: o Brasil em perspectiva internacional e comparada* (Ministério da Justiça, Comissão de Anistia; Oxford University, Latin American Centre, Brasília, 2011), 30.

O foco alemão na responsabilização penal individual e no combate à impunidade ainda em 1945 exacerba o déficit de justiça na transição brasileira, e o anacronismo da interpretação da Lei da Anistia. Da mesma forma, é possível questionar até que ponto a atribuição de culpa e a penalização são medidas suficientes para se enfrentar o legado de grandes violações do passado e promover a reconciliação nacional.

O aprofundamento desse debate e a identificação de outros pontos de diálogo entre os mecanismos de Justiça de Transição adotados pelo Brasil e Alemanha serão tratados ao longo desta obra com maior riqueza de detalhes.



# Visão crítica dos óbices à promoção da Justiça no Brasil<sup>1</sup>

MARLON ALBERTO WEICHERT

1 Este artigo se originou de conferência no Seminário "Justiça de Transição: análises comparadas Brasil Alemanha" ("Transitional Justice: Vergleichende Einblicke in Transitionsprozesse aus Brasilien und Deutschland"), na Universidade Goethe, em Frankfurt, Alemanha, no dia 17/7/2012, realizado sob os auspícios da Comissão de Anistia do Ministério da Justiça do Brasil e da Universidade Goethe de Frankfurt. O texto não é reprodução exata do apresentado na conferência, pois alguns argumentos foram aprofundados neste artigo. Foram aproveitados elementos de trabalhos anteriores do autor, sobretudo Suprema Impunidade no Julgamento da ADPF 153. In SARMENTO, Daniel; SARLET, Ingo Wolfgang. *Direitos Fundamentais no Supremo Tribunal Federal: balanço e crítica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 955-979, e A Obrigação Constitucional de punir graves Violações aos Direitos Humanos. In: *Direito à verdade e à justiça*. SOARES, Inês Virginia Prado; PIOVESAN, Flávia (coord.), Editora Fórum, prelo.

## I | INTRODUÇÃO

Este artigo tem por objeto a análise dos dois principais óbices invocados pelo Poder Judiciário brasileiro para negar a promoção da justiça criminal em relação às graves violações aos Direitos Humanos ocorridas no Brasil durante a ditadura militar brasileira: a existência de uma lei de anistia e o transcurso do prazo da prescrição.

Trabalharei o tema à luz de princípios do direito constitucional democrático e também do Direito Internacional dos Direitos Humanos. Antes, porém, farei um breve resumo do desenvolvimento da transição no Brasil, para contextualizar aspectos fáticos e jurídicos da edição da Lei da Anistia.

## II | A TRANSIÇÃO POLÍTICA

A ditadura militar brasileira teve início em 1964, no contexto da guerra fria. O país tinha um governo democrático que desenvolvia algumas políticas sociais, as quais foram consideradas – por segmentos conservadores – como de influência socialista.

Juridicamente, o país era regido pela Constituição Democrática de 1946, promulgada por uma Assembleia Nacional Constituinte convocada com o fim da ditadura de Getúlio Vargas (1937-1945).

O golpe militar de 1º de abril de 1964 manteve a vigência (meramente formal) da Constituição de 1946. Para fundamentar a quebra dos preceitos constitucionais foram editados Atos Institucionais e Atos Complementares, outorgados pelo Poder Executivo, ou seja, decretos presidenciais aos quais os militares atribuíram força constitucional. Em 1967, com a edição do quarto Ato Institucional, o Congresso Nacional foi convocado para votar e promulgar um novo projeto de Constituição, ou seja, formalmente referendar o texto outorgado pelo governo. E, com efeito, nesse ano se formalizou a Constituição Autoritária, ditada pelo regime militar, que revogou o texto de 1946.

Não obstante a outorga de uma Constituição Autoritária, o governo manteve a edição paralela de Atos Institucionais e Complementares, os quais – inclusive – eram usados para alterar a carta “constitucional” por ele mesmo imposta<sup>2</sup>.

No plano da repressão, desde os primeiros dias do golpe houve prisões em larga escala e atos de repressão. Todavia, foi a partir de 1968 que a perseguição sistemática e generalizada ganhou força e passou a ser extremamente violenta. Nesse ano o governo editou o Ato Institucional nº 5, com o qual restringiu ainda mais os direitos e as garantias fundamentais, inclusive abolindo o *habeas corpus* nos casos de crimes políticos e contra a segurança nacional. Em 1969, com o Ato Institucional nº 14, foram instituídos a pena de morte, a prisão perpétua e o banimento nos casos de guerra externa psicológica adversa, ou revolucionária ou subversiva.

Ainda em 1969, com o Congresso em recesso, foi decretada a Emenda Constitucional nº 1, que alterou substancialmente a Carta outorgada em 1967 e consolidou a previsão das penas de morte, prisão perpétua e banimento introduzidas no AI-14.

Estes atos deram o sinal verde para a instituição do terrorismo de Estado e a perpetração em larga escala da violação aos Direitos Humanos, tais como prisões arbitrárias, torturas, execuções sumárias, desaparecimento forçado de pessoas e violências sexuais. Os organismos policiais e militares responsáveis pela segurança política receberam a orientação de tratar qualquer dissidente como um inimigo (em conformidade com a doutrina da segurança nacional).

---

2 No total, foram 17 atos institucionais e 104 atos complementares.

Em meados dos anos setenta praticamente todos os movimentos de resistência haviam sido aniquilados. Estima-se que a repressão produziu um saldo de ao menos 30 mil pessoas presas ilegalmente e torturadas. Milhares de brasileiros foram para o exílio. A maior parte em autoexílio, para fugir do risco de ser preso e torturado. O número de mortos e desaparecidos é da ordem de 500 pessoas<sup>3</sup>, considerados os dissidentes políticos perseguidos pelo regime militar. Mas pode chegar a número bem mais expressivo, se forem acrescidas as vítimas que não eram militantes políticas, mas de alguma forma se opuseram ao modelo do regime autoritário, sobretudo nas áreas rurais e nas populações vulneráveis, tais como os indígenas.

Em 1978, um movimento da sociedade civil em favor da anistia a presos políticos ganhou força no país. Em decorrência dessa pressão da sociedade civil e da perda de popularidade do regime militar (fruto, sobretudo, da crise econômica e social, mas também do esgotamento do modelo de privação das liberdades), assim como da vitória que este já tinha obtido sobre qualquer resistência organizada, o governo militar concordou em 1979 com uma anistia limitada aos crimes políticos. Foram excluídos os autores já condenados por crimes de terrorismo, assalto, sequestro ou atentado pessoal.

A Lei da Anistia estabeleceu que os crimes conexos aos crimes políticos estavam igualmente anistiados. Entretanto, um dos seus preceitos legais definia que essa conexão incluiria quaisquer crimes praticados com motivação política (§ 1º, do artigo 1º). A intenção do governo militar foi, com essa redefinição (alargamento) do conceito de crimes conexos, conceder uma autoanistia disfarçada a seus agentes<sup>4</sup>.

A anistia de 1979 foi, portanto, anunciada como bilateral, pois concedeu perdão aos perseguidos políticos e, também, aos agentes públicos<sup>5</sup>.

O governo militar somente deixou o poder em 1985, após um movimento popular que reuniu nas praças públicas milhões de brasileiros em defesa da eleição direta para presidente e o fim da ditadura.

Embora o movimento não tenha conseguido implantar a imediata eleição direta para presidente, foi fundamental para a escolha de um civil da oposição na eleição indireta pelo Congresso Nacional.

3 Apesar da instituição da pena de morte pelo Ato Institucional nº 14, ninguém foi morto seguindo o devido processo legal. Todos os casos foram de execução ilegal.

4 Dispõe a Lei nº 6.683/79:

"Art. 1º. É concedida anistia a todos quantos, no período compreendido entre 02 de setembro de 1961 e 15 de agosto de 1979, cometeram crimes políticos ou conexos a estes, crimes eleitorais, (...)

§ 1º - Consideram-se conexos, para efeito deste artigo, os crimes de qualquer natureza relacionados com crimes políticos ou praticados por motivação política.

§ 2º - Excetuam-se dos benefícios da anistia os que foram condenados pela prática de crimes de terrorismo, assalto, sequestro e atentado pessoal."

5 Na nossa interpretação, apesar da intenção do legislador, o texto da Lei nº 6.683/79 foi mal elaborado e não veiculou norma que pudesse ser interpretada como instituidora da anistia aos agentes públicos da repressão à dissidência política. Os crimes por eles praticados não podem ser considerados políticos em sentido próprio e impróprio e, tampouco, conexos a crimes políticos. (WEICHERT; FÁVERO, 2009).

Sob esse novo governo civil, de moderada oposição aos militares, uma Assembleia Constituinte foi convocada, mediante a Emenda Constitucional nº 26, de 1985.

Essa mesma Emenda Constitucional previu anistia "aos autores de crimes políticos ou conexos" (§ 1º, art. 4º), praticados entre 2 de setembro de 1961 e 15 de agosto de 1979 (§ 2º)<sup>6</sup>. Portanto, trata-se de norma parcialmente semelhante à da anistia de 1979. Diferentemente da anterior, o preceito da nova anistia omitiu a extensão dos benefícios aos crimes de qualquer natureza praticados por motivação política ou relacionados com crimes políticos, constante do § 1º, do artigo 1º, da Lei nº 6.683/79.

Uma nova Constituição foi finalmente promulgada em 1988. Nela não há referência à anistia de 1979.

Como se pode notar, a ditadura se socorreu formalmente do Direito como instrumento de legitimação de seus atos. Houve a preocupação em outorgar duas constituições e reiterados atos institucionais e complementares, positivando o autoritarismo. Mesmo assim, a repressão funcionou também à margem desse aparato normativo, o qual, aliás, vedava o emprego da tortura, conforme o § 34, do artigo 153, do texto outorgado em 1969: "[i]mpõe-se a todas as autoridades o respeito à integridade física e moral do detento e do presidiário". Finalmente, preparando a sua retirada, o governo editou norma de anistia para seus agentes e seus opositores. A diferença essencial é que estes já haviam sido perseguidos e punidos, enquanto os agentes da repressão eram desconhecidos e seus atos não haviam sido investigados.

### III

### A DISCUSSÃO JURÍDICA

Conforme mencionado, a Lei da Anistia de 1979 foi explícita sobre o perdão penal aos autores de crimes praticados contra o Estado, por motivação política, tais como os praticados pelos dissidentes políticos e resistentes ao regime ditatorial instaurado em 1964.

Entretanto, não foi clara para instituir o perdão aos agentes do Estado que, no bojo das atividades de repressão à dissidência política, cometeram graves violações aos Direitos Humanos.

Até 2008 prevalecia a afirmação política de que a anistia era bilateral. Os poucos julgados sobre o tema simplesmente afirmavam, sem qualquer apreciação técnica do conteúdo da

<sup>6</sup> O teor completo do dispositivo é o seguinte:

"Art. 4º É concedida anistia a todos os servidores públicos civis da Administração direta e indireta e militares, punidos por atos de exceção, institucionais ou complementares.

§ 1º É concedida, igualmente, anistia aos autores de crimes políticos ou conexos, e aos dirigentes e representantes de organizações sindicais e estudantis, bem como aos servidores civis ou empregados que hajam sido demitidos ou dispensados por motivação exclusivamente política, com base em outros diplomas legais.

§ 2º A anistia abrange os que foram punidos ou processados pelos atos imputáveis previstos no 'caput' deste artigo, praticados no período compreendido entre 2 de setembro de 1961 e 15 de agosto de 1979."



norma, que a anistia impedia a persecução penal dos agentes públicos, numa repetição da interpretação oficial fixada durante a própria ditadura.

No mencionado ano de 2008, o Ministério Público Federal em São Paulo iniciou investigações e ações judiciais contra agentes da repressão. Essas medidas se baseavam em estudo que elaboramos, no qual defendemos ser inaplicável a anistia aos autores de graves violações aos Direitos Humanos e, da mesma forma, a imprescritibilidade desses delitos.

O tema ganhou projeção política a partir de audiência pública realizada no Ministério da Justiça em julho de 2008, oportunidade em que os ministros da Justiça e da Secretaria Especial de Direitos Humanos manifestaram concordância com a tese da Procuradoria da República em São Paulo.

Nesse mesmo ano, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil propôs uma ação constitucional denominada "Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental - ADPF" no Supremo Tribunal Federal, com o objetivo de ser conferida "uma interpretação conforme a Constituição, de modo a declarar, à luz dos seus preceitos fundamentais, que a anistia concedida pela citada lei aos crimes políticos ou conexos não se estende aos crimes comuns praticados pelos agentes da repressão contra opositores políticos, durante o regime militar".

Em abril de 2010, o Supremo Tribunal Federal julgou, por maioria, improcedente a ADPF. A Corte utilizou vários argumentos, dos quais destacamos os seguintes: (a) a Lei da Anistia abrangeu quaisquer crimes praticados com motivação política, o que inclui os delitos praticados pelos agentes do Estado na repressão; (b) a anistia foi, portanto, bilateral; (c) a lei teve efeitos instantâneos, não sendo possível rever sua aplicação após 30 anos; (d) deve ser privilegiada uma interpretação compatível com o momento histórico, que leve em consideração a intenção do legislador da época; (e) houve um pacto político entre o governo militar e entidades da sociedade civil, que teriam anuído com a anistia aos agentes estatais para viabilizar a liberdade de presos políticos e o retorno do exílio de milhares de perseguidos do regime; (f) não seria legítimo rever esse acordo, especialmente por decisão judicial; (g) o Brasil tem tradição de conceder anistias dessa natureza, após conflitos políticos; (h) não houve autoanistia, dada a bilateralidade do benefício penal, sendo inaplicável a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos que reputa inválidas normas legais instituidoras de anistia dessa natureza; e (i) a edição e a aplicação da Lei nº 6.683/79 não se sujeitam à Corte Interamericana por serem anteriores ao reconhecimento, pelo Brasil,

de sua jurisdição, válida apenas para fatos ocorridos após dezembro de 1998<sup>7</sup>. Portanto, o Supremo Tribunal Federal não precisava temer uma condenação internacional<sup>8</sup>.

O Supremo Tribunal Federal parece-me que enveredou por caminho inadequado na avaliação da validade da anistia a perpetradores de graves violações aos Direitos Humanos.

Primeiro, no que diz respeito ao juízo de constitucionalidade originária. A Corte apenas tratou dos fundamentos históricos da lei e dos reflexos decorrentes de sua suposta reinterpretação. Assim, não houve o indispensável juízo de constitucionalidade da norma editada pela Lei nº 6.683/79, em face do parâmetro constitucional que vinculava a atividade legislativa no momento do seu exercício. Ou seja, é preciso analisar se o legislador podia, em 1979, editar uma lei de anistia que tornasse impunes os crimes relacionados à execução sumária, desaparecimento forçado, tortura e violências sexuais de cidadãos brasileiros por agentes do Estado. Insisto que essa avaliação não foi ainda efetuada pelo Supremo Tribunal Federal.

Em segundo lugar, houve equívoco na avaliação do efeito, para o direito interno, das obrigações internacionais assumidas pelo Estado brasileiro.

Antes, porém, de analisar essa decisão da Suprema Corte brasileira, é importante destacar que outro grande óbice para a promoção da justiça está no prazo prescricional. De acordo com a lei penal brasileira, o prazo mais amplo de prescrição é de 20 anos, o qual se conta, em regra, da data da consumação do crime. Por esses postulados, desde meados dos anos noventa a persecução penal já não mais seria possível para a maior parte dos delitos aqui mencionados.

As normas de prescrição, portanto, são causa autônoma de impunidade e também devem ser objeto de reflexão para fins de definição da possibilidade jurídica de responsabilização criminal dos autores de violações aos Direitos Humanos durante a ditadura brasileira.

#### IV

#### CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DA LEI DA ANISTIA – PARÂMETRO

O primeiro aspecto que se destaca diz respeito à definição de qual ordem constitucional deve ser adotada para o parâmetro de constitucionalidade. A própria Constituição

<sup>7</sup> Ao manifestar a aceitação como obrigatória da competência da Corte Interamericana de Direitos Humanos, o governo brasileiro ressaltou o reconhecimento dessa jurisdição para apreciar fatos ocorridos até 10 de dezembro de 1998 (Decreto Legislativo nº 89/98 e Decreto Presidencial nº 4.463, de 8 de novembro de 2002).

<sup>8</sup> Voto do Ministro Eros Grau, relator, pág. 50. Note-se que o julgamento da ADPF foi anterior à sentença da Corte Interamericana de Direitos Humanos no caso Gomes Lund. A CIDH reconheceu a sua competência para analisar a falta de investigação e punição das graves violações aos Direitos Humanos durante a ditadura brasileira, pois esta omissão persiste mesmo após o reconhecimento da jurisdição da CIDH pelo Brasil.

outorgada pelo regime autoritário, com seus acessórios arbitrários (refiro-me aos atos institucionais e complementares), ou o último texto constitucional democrático?

Em outras palavras, o controle de constitucionalidade da Lei nº 6.683/79 deve ser realizado em relação à Constituição de 1967, emendada em 1969 e remendada por atos institucionais, ou com prestígio à Constituição de 1946 e os valores de um Estado Democrático de Direito?

A resposta me parece irremediavelmente no sentido da desconsideração da ordem jurídica arbitrária, ou seja, das constituições outorgadas e seus acessórios.

É incompreensível que se pretenda avaliar a validade constitucional de uma norma legal sobre proteção de direitos fundamentais com a utilização de um parâmetro decorrente de uma ordem jurídico-constitucional outorgada por ditadores.

Não advogo a desconsideração integral das normas jurídicas editadas durante o arbítrio, pois isso equivaleria a instituir o caos, na medida em que as relações sociais evidentemente prosseguem durante o estado de exceção. Pessoas nasceram, casaram, morreram, compraram, venderam e praticaram todos os atos da vida social durante os 21 anos da ditadura. O princípio da segurança jurídica impõe que se reconheça validade às normas que regularam tais atos, ainda que provenientes de fonte legislativa ilegítima. Ademais, a continuidade das relações sociais, e dos negócios públicos, impede qualquer arroubo de excluir do sistema jurídico, de modo acrítico, toda e qualquer norma oriunda das fontes arbitrárias. Não se pode "infirmar todas as numerosas leis produzidas no período da ditadura militar, que disciplinam os aspectos mais comuns do cotidiano e que provavelmente não seriam muito diferentes se o contexto político fosse outro. Não assim, todavia, com as normas que tratam de assuntos diretamente ligados à sustentação do regime de força e, com ainda mais evidência, aquelas que pretendem blindá-lo de crítica para o futuro. Estas padecem irremediavelmente da falta de legitimidade", conforme indica WALTER CLAUDIUS ROTHENBURG (2012, p. 350).

Toda norma emanada do autoritarismo deve passar por um crivo de valoração material, não só de recepção pela Constituição posterior, como também de sua compatibilidade com os valores constitucionais de um Estado de Direito. E, em se tratando de preceitos legais que se referem direta ou indiretamente com a promoção ou defesa de direitos fundamentais, o rigor no exame deve ser ainda mais elevado. A ilegitimidade da fonte normativa impõe um alto grau de severidade na aceitação do valor material de leis que regulem direitos fundamentais editadas durante o autoritarismo.

Ademais, em se tratando da promoção e garantia de direitos fundamentais, há de se reconhecer uma contradição interna na adoção de uma ordem constitucional arbitrária como parâmetro de controle de constitucionalidade.

A falta de legitimidade do ordenamento positivo chamado de constitucional por um regime de exceção impõe ao jurista o dever de se socorrer do ordenamento do Estado de Direito antecedente. Essa regra deve ser aplicada, inclusive, para normas penais editadas pelo regime autoritário que protegem deficientemente direitos fundamentais violados pelos seus agentes, ou que estabelecem penas excessivas para delitos de opinião, resistência política ou outras manifestações da liberdade. Ou seja, para o uso abusivo e desproporcional (excessivo ou deficitário, positivo ou negativo) do direito penal, como medida de repressão indevida ou favorecimento irrazoável.

Isso significa que a discussão sobre a validade de normas relacionadas direta ou indiretamente com o exercício de direitos e garantias fundamentais deve ser feita à luz de uma ordem constitucional de um Estado democrático de direito. O parâmetro deve ser o direito constitucional anterior ao período de exceção, especialmente se retomado na ordem jurídica subsequente ao arbítrio.

Portanto, o intérprete constitucional não pode adotar como critério de valor para aferição da validade material de uma norma infralegal de direitos fundamentais o ordenamento constitucional outorgado pelos ditadores, inclusive em matéria penal.

Ele deve buscar na Constituição anterior o parâmetro de avaliação, respeitando – obviamente – outros princípios e regras de direitos fundamentais.

Portanto, no que diz respeito à anistia outorgada em 1979, sua aceitação após a restauração do regime democrático (1988) pressupõe um exame da sua constitucionalidade originária. Podia o Estado brasileiro editar em 1979, à luz dos princípios constitucionais de um Estado democrático de direito, uma lei que garantia a impunidade a autores de crimes contra a humanidade?

Ressalto que não se poderia aceitar um juízo de constitucionalidade da Lei da Anistia apenas em relação à ordem constitucional posterior ao regime autoritário. As normas relativas ao direito penal não podem ser interpretadas indiscriminadamente com base em ordem constitucional superveniente. Um parâmetro de constitucionalidade ulterior não pode agravar situações de responsabilização criminal, salvo quando a norma legal já padecia – à luz do direito supralegal então vigente – de vícios originários de validade. O princípio da irretroatividade da lei mais gravosa obriga que o parâmetro seja o núcleo material constitucional anterior ao golpe de Estado que deu origem ao regime de exceção.

A pauta axiológica de uma Constituição de um Estado Democrático de Direito aponta para a impossibilidade de serem criados ou mantidos obstáculos normativos ou materiais para a investigação e responsabilização de graves crimes atentatórios aos Direitos Humanos.

O primeiro elemento constitucional a invalidar qualquer pretensão de considerar anistiáveis atos de tortura ou outras graves violações aos Direitos Humanos reside no princípio da dignidade da pessoa humana.

A razão existencial do Estado é, antes de tudo, a promoção dos direitos fundamentais dos seus cidadãos. Ainda que muitas vezes seja discutida a existência de um rol mínimo desses direitos fundamentais ou humanos, está acima de qualquer outra cogitação a certeza de que a proteção da dignidade da pessoa humana paira sobranceira em qualquer Estado de Direito democrático.

Reportamo-nos ao que diz CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO:

*"Será difícil encontrar algo mais agressivo à dignidade da pessoa humana e à cidadania e, pois, mais agressivo a dois dos fundamentos da República, do que a tortura. (...) Eis, pois, que não pode padecer a mais remota, a mais insignificante dúvida de que a tortura representa a antítese dos valores básicos que a Constituição Brasileira professa enfaticamente. Onde, prestigiar a impunidade de torturadores é uma contradição radical e óbvia aos princípios essenciais do Estado Brasileiro." (2009, pp. 135-136)*

O reconhecimento da anistia aos crimes dos agentes da repressão é também incompatível com os princípios republicano e do Estado de Direito. Esses preceitos – umbilicalmente imbricados e caracterizadores do Estado brasileiro desde ao menos 1934<sup>9</sup> – trazem como corolários o compromisso do Estado com o império da Lei, a responsabilidade dos agentes públicos pelos atos que praticam e a impessoalidade na gestão dos interesses públicos.

Manter imunes à lei penal os autores estatais de graves violações aos Direitos Humanos fere a autoridade do Estado de Direito, pois indica à sociedade que o Poder Público pode violar a integridade física e moral de seus cidadãos, perseguir-los, sequestrar-los e matá-los. Não se trata aqui de mero exercício de enquadramento dos crimes à norma abstrata da lei,

9 Em 1934, teve início a República Nova, com a edição de uma Constituição. Todavia, desde 1891 encontramos em todos os textos constitucionais (mesmos os ditatoriais e outorgados) a previsão do Brasil como uma república e um Estado de Direito. Ou seja, ainda que formalmente, todas as leis fundamentais do período republicano reafirmaram esses princípios como valores essenciais, inclusive aquelas outorgadas por governos que não praticavam tais valores (constituições de 1937, 1967 e 1969). Vide CF/88: arts. 1º, caput e parágrafo único, 5º, XXXIII; EC 1/69: art. 1º, caput e parágrafo único; CF/46: art. 1º; CF/37, art. 1º; CF/34, art. 1º e CF/1891, art. 1º.

mas sim, de admitir a possibilidade do legislador ordinário afrontar o conteúdo material (os valores) do conjunto normativo do País, o qual é vinculado à promoção dos direitos fundamentais e ao respeito do cidadão. Lembre-se que o Estado detém o monopólio do uso da violência, vinculado à promoção da segurança pública. O emprego ilegítimo e desvirtuado desse poder estatal não recebe acolhida no Estado de Direito.

A concessão de anistia "para os que se encontram fora do poder é ato compreensível, já que se trata de indulgência penal, por parte do Estado, aos que se encontram agindo fora dos limites da legalidade. No entanto, o Estado não pode ser indulgente, com o escopo de promover a paz social, na mesma proporção, com os que detém o poder", aponta MARCUS ORIONE CORREIA. "A razão é óbvia: fazê-lo implicaria a admissão da violência por aquele que, originariamente, é posto à disposição de seu combate e da manutenção da ordem existente. A única violência admitida ao agente estatal é aquela juridicamente autorizada – já que, ao suprimir parte da vontade privada, o direito em si representa uma limitação ao agir individual. A violência permitida ao Estado é decorrente do Direito" (2009, p. 144).

Nem mesmo a alegação de prática do terrorismo pelos dissidentes do regime poderia dar suporte às condutas de torturar, sequestrar e assassinar esses militantes ou quaisquer outros suspeitos. Os agentes da segurança pública estão sempre adstritos à lei e esta – nem mesmo durante o regime de exceção – previu o uso dessas práticas. O já mencionado § 34, do artigo 153, da carta outorgada de 1969 (anterior artigo 150 da carta de 1967) era taxativo ao determinar que "*[i]mpõe-se a todas as autoridades o respeito à integridade física e moral do detento e do presidiário*".

O Estado de Direito é quem fornece os instrumentos para o combate à criminalidade. Fora desses limites, é o agente público quem envereda pelo caminho do crime, praticando a violência arbitrária.

Por outro lado, admitir uma lei de autoperdão – outorgada pelo Estado autoritário em favor de seus agentes – é desconsiderar a essência do princípio republicano, que repousa sobre a responsabilidade dos administradores públicos pelos seus atos e pelo dever de impessoalidade.

As autoanistias são artifícios de impunidade, mediante os quais os perpetradores de violações aos Direitos Humanos se concedem imunidade penal pelos atos que cometeram. Ora, é evidente que ao próprio regime que pratica – ou praticava – a violação não cabe a iniciativa de se autoperdoar. Essa conduta atenta contra os prefalados princípios da responsabilidade e da impessoalidade, pois implicaria admitir que o Estado pode conferir a seus servidores um regime de proteção e impunidade, em razão da defesa pessoal que

fizeram do governo e de seus ideais. Estar-se-ia adotando parâmetros de um regime absolutista, com a irresponsabilidade dos agentes públicos e a confusão dos interesses estatais com os pessoais.

Ainda que o Estado autoritário tenha perdoado alguns delitos dos opositores políticos, isso não o investia de competência para conceder igual benefício aos seus agentes. As situações jurídicas e o desvalor constitucional das condutas de uns e de outros são flagrantemente distintos. O Poder Público em um Estado de Direito não detinha e não detém autorização constitucional para se autoanistiar.

Oportuno lembrar que a Lei nº 6.683/79 não é fruto de um debate ou acordo democrático. Não se pode afirmar que foi fruto de um pacto político democrático. Essa linha de argumentação não sobrevive à constatação de que inexistia correlação de forças no processo legislativo, tampouco liberdade política e civil para a formação de um debate legítimo e um acordo de vontades. Nem mesmo a livre manifestação do pensamento e a circulação de ideias era tolerada.

Embora o início do processo de anistia tenha sido fruto de pressão popular – capitaneado sobretudo pelas mulheres e familiares de perseguidos políticos –, é indiscutível que a Lei da Anistia foi um “produto” unilateral e exclusivo do governo militar. A sociedade não tinha voz nem voto.

Para as vítimas e a sociedade civil, em virtude da grave situação das famílias que tinham parentes exilados, banidos ou presos, não havia alternativa senão o acolhimento do concomitante perdão aos carrascos da repressão. Sem poder repudiar a autoanistia, a sociedade civil garantiu uma anistia parcial aos perseguidos políticos. Era “pegar ou largar”. Ou se adería à chantagem estatal ou se manteria a situação de profunda injustiça com os perseguidos políticos. Não havia escolha.

Sem a concessão do benefício aos agentes do Estado não haveria anistia alguma para os presos e perseguidos políticos. À oposição e à sociedade civil coube apenas aceitar (ainda que sob protestos) essa cláusula, como condição inicial para livrar da prisão e do exílio milhares de brasileiros.

Não é legítimo, pois, alegar a existência de um acordo, quando sabidamente o que houve foi uma imposição por parte dos detentores do poder estatal de que qualquer Lei da Anistia deveria garantir proteção aos agentes do Estado.

Também é incompreensível a tese de constitucionalização da anistia, pela Emenda Constitucional que convocou a Assembleia Nacional Constituinte em 1985.

Primeiro, porque essa emenda não reproduziu integralmente a Lei de 1979. Há diferenças substanciais. A emenda constitucional de 1985 não repetiu a fórmula de previsão de uma conexão *sui generis*, ou seja, de que qualquer crime praticado com motivação política seria conexo a crime político, constante do § 1º, do artigo 1º, da Lei de 1979. Não há como omitir que toda a tese da bilateralidade está fundada na dicção semântica e sintática desse preceito, o qual, de forma confusa, afirma que “[c]onsideram-se conexos, para efeito deste artigo, os crimes de qualquer natureza relacionados com crimes políticos ou praticados por motivação política.” Desse preceito tirou o STF a norma legal que instituiria anistia a crimes comuns “[i] relacionados com os crimes políticos ou [ii] praticados por motivação política”<sup>10</sup>.

Em outras palavras, a interpretação em favor dos agentes repressores parte da premissa de que a Lei nº 6.683/79 trouxe duas normas anistiantes. No *caput* do artigo 1º encontra-se o benefício em favor dos autores de crimes políticos e conexos, no seu conceito tradicional do direito processual penal. Ou seja, a norma decorrente alcançaria exclusivamente aqueles que agiram em face do Estado ou praticaram delitos relacionados com a motivação de atacar o Poder Público. Foi necessária a edição do preceito específico do § 1º para ampliar o conceito de conexão, criando conteúdo *sui generis* desse instituto, para abarcar os agentes do Estado que praticaram crimes na repressão à dissidência. Temos, pois, dois preceitos (*caput* e § 1º) e duas normas (anistia a crimes políticos e conexos em sentido estrito, de um lado, e anistia a crimes comuns com conexão *sui generis*, de outro), respectivamente relacionados.

Ora, o artigo 4º, § 1º, da Emenda Constitucional nº 26/85 reproduziu apenas o comando do *caput* do artigo 1º da Lei de 1979, pois estipula que “[é] concedida, igualmente, anistia aos autores de crimes políticos ou conexos,...”. Não há uma única referência à definição ampliada de conexão ventilada em 1979 no mencionado § 1º (crimes de qualquer natureza relacionados com crimes políticos ou praticados com motivação política) e, nem mesmo, alusão à Lei nº 6.683/79.

Assim, longe de se poder presumir que houve a constitucionalização integral das duas normas anistiantes de 1979, o que se depreende é a previsão na Emenda Constitucional tão somente da norma favorável aos autores de crimes políticos e conexos *stricto sensu*. O silêncio do legislador da Emenda Constitucional nº 26 nos parece eloquente quanto ao objetivo de absorver a anistia aos delitos políticos e excluir os praticados fora desse âmbito.

---

10 Voto do relator, Ministro Eros Grau, p. 25, item 26.



Nem mesmo a tese de que a interpretação da anistia de 1979 deve ser feita sem apego ao texto normativo (item 28 do voto do Relator)<sup>11</sup>, mas sim com ênfase no momento histórico, aproveita ao argumento da constitucionalização. Isso porque o "momento histórico" em 1985 era, evidentemente, distinto daquele de 1979. A ditadura militar havia terminado e, embora de modo frágil, havia se iniciado a "Nova República". Assim, a interpretação do texto normativo da EC 26/85 deve ser feita – se adotarmos com coerência a visão do próprio Ministro Relator – sob os valores do *novo* "momento histórico" de 1985, ou seja, sob os parâmetros de reinstituição de um Estado Democrático de Direito, o qual – como será visto – é incompatível com a impunidade de violações aos Direitos Humanos.

Não se pode simplesmente presumir que a Emenda Constitucional nº 26/85 reproduziu na sua inteireza as normas e a interpretação da anistia de 1979. Não há nada no texto normativo que permita essa leitura. Ao contrário, a absorção de apenas um dos preceitos do artigo 1º da Lei nº 6.683 e o contexto de edição dessa Emenda levam a interpretação diametralmente oposta.

Em segundo lugar, o argumento nos soa frágil por dar valor a uma Emenda Constitucional também oriunda de um Poder Legislativo ilegítimo e de uma ordem jurídica autoritária.

Terceiro, porque a Emenda Constitucional convocatória da Assembleia Nacional Constituinte foi revogada com o próprio advento da nova Constituição, em 1988, ou "provavelmente mesmo antes, quando a Constituinte definiu seus rumos em sentido parcialmente divergente e autônomo" em relação aos limites impostos na ordem jurídica anterior (ROTHENBURG, 2012, p. 350). A Nova Constituição "representou uma autêntica ruptura do ponto de vista jurídico, seu processo de elaboração tendo-se desvinculado do ato convocatório", não sendo possível considerar que o ato convocatório implicitamente se insere no corpo do novo texto constitucional. No exercício do poder constituinte originário, o produto (Constituição) não é subordinado à ordem constitucional anterior, mesmo quando esta foi a sua origem formal (ato convocatório da Assembleia Constituinte). A interpretação de que a Constituição de 1988 obrigatoriamente incorporou a anistia de 1979 (ou de 1985), por força do seu ato convocatório, navega em sentido oposto à compreensão de que uma das principais limitações à Assembleia Constituinte advém da obrigação de respeito aos direitos fundamentais (TAVARES, 2002, pp. 37, 41-42), verdadeiro pilar do conceito material de Constituição. No caso, a tese do Supremo Tribunal Federal advoga que o poder constituinte originário estaria vinculado ao valor oposto, ou seja, a impunidade de graves violações aos Direitos Humanos. Evidente, pois, que não se sustenta.

11 Esse argumento, usado pelo Supremo Tribunal Federal, contraria o princípio de hermenêutica no sentido de que a interpretação das normas jurídicas deve ser realizada a partir do texto legal, e não da intenção subjetiva do legislador.

Também o direito internacional impedia o Estado brasileiro de conceder anistia a graves violações aos Direitos Humanos.

O Brasil, ao menos desde a promulgação das Convenções de Haia, em 1907 (ratificadas em 1914), e especialmente com a subscrição da Carta de São Francisco (1945) de constituição das Nações Unidas, assumiu na comunidade internacional o papel de corresponsável pela promoção dos Direitos Humanos.

O país participou da promulgação da Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem e da Declaração Universal dos Direitos Humanos, ambas de 1948, as quais consagraram os princípios do direito à vida, ao devido processo legal e de não ser submetido a tortura, tratamento ou pena cruel, desumano ou degradante (Declaração Americana, artigos I, XXV e XXVI; Declaração Universal, artigos III e V). E, mais recentemente, ratificou a Convenção Americana sobre Direitos Humanos e reconheceu a jurisdição da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

O Brasil está vinculado a essa ordem internacional de proteção aos Direitos Humanos por força de decisão de sua própria Constituição, que determina a prevalência desses interesses em suas relações internacionais (art. 4º, II). Esse preceito é reforçado pelas normas ampliativas do rol de direitos fundamentais constantes dos §§ 2º a 4º do artigo 5º.

Nesse contexto de vinculação constitucional ao Direito Internacional dos Direitos Humanos, o Estado brasileiro está jungido à norma que lhe impõe a responsabilização de graves violações aos direitos da pessoa humana.

A comunidade internacional – com a participação do Brasil – firmou desde o Tribunal de Nuremberg (1945), cujos princípios foram ratificados na primeira sessão da Assembleia Geral das Nações Unidas (Resolução nº 95, 1946<sup>12</sup>), que em relação a crimes de guerra, contra a paz e contra a humanidade, a promoção da persecução penal é um imperativo inafastável.

Há, portanto, preceito de *jus cogens* (norma internacional imperativa), geradora de uma obrigação *erga omnes* internacional, que retira da alçada do Estado o perdão de crimes contra a humanidade, caracterizados pela prática de atos desumanos, como o homicídio, a tortura, as execuções sumárias, extralegais ou arbitrárias e os desaparecimentos forçados,

---

12 Resolução nº 95 (I), 55ª reunião plenária de 11 de dezembro de 1946. Disponível em: <<http://daccessdds.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/NRO/036/55/IMG/NRO03655.pdf?OpenElement>>.

cometidos em um contexto de ataque generalizado e sistemático contra uma população civil, em tempo de guerra ou de paz<sup>13</sup>.

Assim, em decorrência das obrigações internacionais do Estado brasileiro, não poderia o direito interno veicular norma garantidora de anistia a esses delitos.

Quando membros das Forças Armadas e da polícia no Brasil praticavam, nos anos sessenta e setenta, o sequestro, a tortura, o homicídio e a ocultação de cadáveres, dentro de um padrão de perseguição a qualquer suspeita de dissidência política, cometiam delitos reputados – já então – como crimes contra a humanidade, independentemente do contexto de uma guerra.

É particularmente importante que não se tenha dúvidas quanto à existência de um regime jurídico específico sobre crimes contra a humanidade, vigente antes da perpetração por agentes do governo brasileiro dos graves crimes aqui tratados. A antijuridicidade da conduta de matar e torturar em larga escala era evidente a qualquer um, mormente após os horrores da Segunda Guerra Mundial e a condenação internacional dos responsáveis<sup>14</sup>.

Ressalte-se que não há a necessidade de consumação de um genocídio. É suficiente que se verifique a prática de apenas um ato ilícito no contexto da perseguição ampla para que consuma um crime contra a humanidade: "um só ato cometido por um agente no contexto de um ataque generalizado ou sistemático contra a população civil traz consigo responsabilidade penal e individual, e o agente não necessita cometer numerosas ofensas para ser considerado responsável.", fixou o Tribunal Penal Internacional para a ex-Iugoslávia<sup>15</sup>.

É norma internacional cogente a punição dos autores de crimes contra a humanidade. Trata-se de um princípio de respeito obrigatório por todos os países por força do costume internacional. Esse preceito afasta qualquer possibilidade de, por ato interno, o País conceder anistia aos autores desses delitos.

Embora as normas que tratam do conceito e regime jurídico dos crimes contra a humanidade fossem costumeiras nos anos sessenta e setenta, elas devem ser, nos termos constitucionais, aplicadas internamente, em conjunto com o direito legislado brasileiro.

13 Cf. Caso "Almonacid Arellano y otros Vs. Chile". "Excepciones Preliminares, Fondo Reparaciones y Costas". Sentença de 26 de setembro de 2006. Série C, nº 154. Par. 96. Disponível em: <[http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_154\\_esp.doc](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_154_esp.doc)>.

14 Outros estatutos recentes confirmaram o conceito do crime contra a humanidade: Estatuto do Tribunal Penal Internacional para a Iugoslávia, artigo 5, e do Tribunal Penal para Ruanda, artigo 3 e, especialmente, o artigo 7 do Estatuto de Roma (17 de julho de 1998), que criou o Tribunal Penal Internacional – ratificado e promulgado pelo Brasil em 2002 (Decreto nº 4388, de 25 de setembro de 2002).

15 Tradução livre do texto. Cf. Caso "Prosecutor v. Dusko Tadic". IT-94-1-T. "Opinion and Judgement". 7 de maio de 1997. Par. 649. Disponível em: <<http://www.un.org/icty/tadic/trialc2/judgement/tad-ts70507JT2-e.pdf>>. Acesso em 25 set. 2007. Igual entendimento foi posteriormente firmado pelo Tribunal em "Prosecutor v. Kupreskic". IT-95-16-T. "Judgement". 14 de Janeiro de 2000. Par. 550. Disponível em: <<http://www.un.org/icty/kupreskic/trialc2/judgement/kup-tj000114e.pdf>>; e "Prosecutor v. Kordic and Cerkez" 9. IT-95-14/2-T. "Judgement". 26 de fevereiro de 2001. Par. 178. Disponível em: <<http://www.un.org/icty/kordic/trialc/judgement/kor-tj010226e.pdf>>.

O costume é "a mais antiga e original fonte do direito internacional" (STEINER; ALSTON, 2000, p. 69). A própria Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, de 1969, em seu artigo 38, reconhece que regras de um tratado podem obrigar Estados não firmatários da avença quando for "regra consuetudinária de Direito Internacional, reconhecida como tal"<sup>16</sup>. E mais, que nem mesmo um tratado pode derogar norma consuetudinária imperativa (*jus cogens* consuetudinário), conforme seu artigo 53.

Portanto, as normas do direito internacional costumeiro, relativas ao crime contra a humanidade, obrigam o Estado brasileiro e interagem com as normas domésticas de direito penal. O Brasil, por força de seus compromissos internacionais e da admissão constitucional da prevalência dos Direitos Humanos, não pode anistiar seus agentes públicos que perpetraram crimes de lesa humanidade.

O mesmo ocorre em relação à prescrição. O direito internacional determina que graves violações aos Direitos Humanos e crimes contra a humanidade são imprescritíveis. Essa norma do *jus cogens* precisa ser aplicada em conjunto com o direito penal interno, para afastar a contagem do prazo de prescrição nos crimes que recebem essa qualificação.

Essa conjugação do direito internacional com o direito penal interno não afeta garantias penais pois respeita tanto a tipificação legal específica dos crimes pelo Código Penal, como também o princípio da irretroatividade, na medida em que são princípios em vigor desde meados dos anos quarenta.

A proibição da prescrição é norma de extrema importância para a justiça transicional. Isso porque o tempo de aplicar o direito em face de violações aos Direitos Humanos perpetrados pelo Estado não é o mesmo dos crimes ordinários. A responsabilização dessas autoridades estatais demanda prévias alterações políticas, administrativas e legislativas no Estado em transição.

Tome-se como exemplo o caso brasileiro. A ditadura demorou 21 anos, prazo – por si só – superior ao maior lapso de prescrição fixado no Código Penal. Ademais, a saída dos militares do poder, no processo lento e gradual acima mencionado, foi realizada com a garantia da impunidade. Assim, foram necessários mais 20 anos após a edição da Constituição para que se reconhecessem condições políticas para esse debate.

O fato de se sobrepor no Estado a titularidade da ação penal e a autoria dos crimes é suficiente para demonstrar a impossibilidade de se admitir a prescrição penal, nos moldes

---

16 Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, de 26 de maio de 1969. Disponível em: <<http://74.125.45.104/search?q=cache:Pv75hy4s8GY:www2.mre.gov.br/dai/dtrat.htm+%22conven%C3%A7%C3%A3o+de+vienna+sobre+o+direito+dos+tratados%22&hl=pt-R&ct=clnk&cd=1&gl=br>>.

ordinários, dada a sua contrariedade interna. A prescrição penal é o direito ao esquecimento em face da atividade persecutória ou punitiva do Estado. Não é para operar a seu favor.

Esse, aliás, um dos grandes méritos das Nações Unidas ao formalizar os princípios do Tribunal de Nuremberg, fixando que os crimes contra a humanidade são, ontologicamente, imprescritíveis.

## VII ANISTIA COMO DIREITO EXTREMAMENTE INJUSTO

Como afirmado, a promoção da impunidade – via anistia – a graves violações aos Direitos Humanos, tanto quanto a própria promoção da violação, são incompatíveis com princípios estruturantes de um Estado republicano e democrático de Direito. Por esse motivo, uma lei que estipule tal benefício deve ser reputada inválida, pois materialmente inconstitucional. Somente uma visão estritamente positivista e acrítica do Direito poderia lhe reconhecer validade.

A proposta de aceitação cega de uma norma apenas por estar positivada legalmente nos remete, nesse particular, ao juízo elaborado por GUSTAV RADBRUCH, conhecido como Fórmula de Radbruch, que impõe um limite axiológico para o Direito positivo:

*"El conflicto entre la justicia y la seguridad jurídica podría solucionarse bien en el sentido de que el derecho positivo estatuido y asegurado por el poder tiene preeminencia aun cuando por su contenido sea injusto e inconveniente, bien en el de que el conflicto de la ley positiva con la justicia alcance una medida tan insorpotable que la ley, como derecho injusto, deba ceder su lugar a la justicia.*

*Es imposible trazar una línea más exacta entre los casos de arbitrariedad legal y de las leyes válidas aún a pesar de su contenido injusto. Empero se puede efectuar otra delimitación con toda exactitud: donde ni siquiera una vez se pretende alcanzar la justicia, donde la igualdad que constituye la médula de la justicia es negada claramente por el derecho positivo, allí la ley no solamente es derecho injusto sino que carece más bien de toda naturaleza jurídica." (1962, p.p. 37-38)*

RADBRUCH reconhece a primazia do direito positivo. Porém, essa prevalência não é absoluta, devendo a lei escrita ceder diante do valor da justiça, quando for insuportável a contrariedade entre ambos. Nesse caso, a lei seria um caso de direito injusto e, portanto, inválido.

Assim, a Fórmula de Radbruch afirma que se for insuportável uma medida legal em face do conceito de Justiça, essa seria inválida. Ou, como bem refere ROBERT ALEXY (2000, p.p. 204-205), define que "Direito extremamente injusto não é Direito".

*"La Fórmula de Radbruch es expresión de un concepto no positivista del derecho. Según este concepto, lo que sea el derecho viene determinado no sólo por la positividad válida y formalmente establecida y por la eficacia social, sino también por su contenido [de justicia material]. Lo que tiene de especial la Fórmula de Radbruch es que postula una conexión necesaria entre derecho y moral, pero sin pretender un solapamiento total entre ambos. Así, por razones de seguridad jurídica, el derecho positivizado y eficaz no deja de ser derecho aunque tenga contenidos desproporcionados o injustos. La Fórmula introduce únicamente un límite excepcional en el [concepto de] derecho."*

Curioso notar que RADBRUCH em seus escritos anteriores ao nazismo defendia a segurança jurídica (principal virtude do direito positivo) como valor superior em qualquer hipótese, quanto cotejado com o conceito de justiça (1959, p. 110). Todavia, após os terrores impostos pelo nacional-socialismo à população alemã e mundial, RADBRUCH percebeu a insuficiência da visão absolutista do direito positivo para fazer face ao autoritarismo e ao arbítrio. Retomando, pois, o conceito de KANT sobre a ideia de humanidade (VIGO, 2006, p. 12) – o professor germânico adota uma postura de presunção da validade da norma positiva, como meio de garantir a segurança jurídica, a qual – todavia – deve ceder se insuportavelmente conflitante com o direito supralegal relativo à dignidade humana e os valores democráticos perenes.

Como aponta LUIS ROBERTO VIGO:

*"Entonces para saber si estamos o no frente al derecho no bastan las respuestas iuspositivistas que lo identifiquen a través de criterios estructurales o formales, sino que hay que somertelo a un test de contenido dado 'que hay leyes que no son Derecho y hay Derecho por encima de las leyes'. Precisamente, Radbruch se encargó de pone en práctica esta teoría del 'derecho supralegal' analizando distintos casos jurídicos acaecidos durante la vigencia del derecho nazi y con posterioridad al mismo, para llegar a la conclusión de que 'carecen asimismo de juridicidad todas esas leyes que aplicaban un trato infrahumano o les negaban los derechos humanos a ciertos hombres'." (2006, p.13)*

A Fórmula de Radbruch não é dependente do *jusnaturalismo*. O Direito constitucional material democrático e outras fontes supralegais, tal como o Direito internacional, fornecem parâmetros suficientes para se chegar à conclusão do extremo grau de injustiça de normas, especialmente no campo da Proteção aos Direitos Humanos.

Aplicar a Fórmula de Radbruch não implica um compromisso com o Direito natural, mas sim a aceitação de normas consagradas pela humanidade, e pela própria nação brasileira, que devem ser adotadas como parâmetro de validade de quaisquer leis. A identificação de um Direito "extremamente injusto" é possível com o confronto da norma legal e os princípios gerais do direito constitucional democrático moderno e os princípios do Direito internacional.

Na matéria sob exame neste artigo, percebe-se a absoluta incompatibilidade entre o estímulo e a tolerância à prática reiterada da violação aos Direitos Humanos (presentes numa lei de anistia que protege os autores desses atos) com o conceito de democracia, república e Estado de Direito (*rule of Law*), bem como o *jus cogens* do Direito internacional.

Ao afirmarmos que uma autoanistia a delitos como tortura, desaparecimento forçado, execução sumária e estupro é inconciliável com o princípio republicano e com a proteção constitucional da dignidade da pessoa humana, assim como atentatória ao conceito de Direito democrático, nada mais fazemos do que reconhecer que a Lei da Anistia instituiu um Direito extremamente injusto, não em face de preceitos do direito natural, mas sim da pauta axiológica constitucional e internacional de Direitos Humanos. Desde as Convenções de Genebra, passando pelo Estatuto do Tribunal de Nuremberg, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, até as Constituições brasileiras de 1934 e 1946, é fácil identificar que antes da edição da Lei nº 6.683/79 havia um conjunto de normas e valores jurídicos incompatíveis com aqueles atos violentos e com quaisquer atos estatais (materiais ou legislativos) que estimulassem, tolerassem ou protegessem tais condutas.

Essa discussão, aliás, norteou os precedentes do Poder Judiciário alemão relativamente ao sancionamento penal dos sentinelas do muro de Berlim, da antiga República Democrática da Alemanha (RDA), que no exercício de suas funções atiraram – e mataram – cidadãos que fugiam da RDA para a República Federal da Alemanha (RFA).

O Tribunal Supremo Federal (pós-reunificação) afirmou a punibilidade dos guardas de fronteira e também de seus comandantes pelos homicídios cometidos, ainda que o Direito interno positivo da RDA fosse compatível com esses atos. O Tribunal Supremo Federal alemão afastou a justificativa outorgada na lei da RDA (autorização para os sentinelas da

fronteira atirarem e eventualmente matarem fugitivos) por reputá-la incompatível com um direito suprallegal, nos termos da Fórmula de Radbruch.

As decisões do Tribunal Supremo Federal – e a aplicação da Fórmula de Radbruch – foram confirmadas pelo Tribunal Constitucional Federal, no exato sentido que ora defendemos, ou seja, de que a definição de um direito extremamente injusto – e inválido – não demanda recurso ao direito natural, mas sim princípios gerais e o direito internacional. Afirmou a Corte germânica:

*“La relación entre los así vinculados criterios de la Fórmula de Radbruch y de los derechos humanos protegidos por el Derecho de Gentes ha sido precisada por la Corte Suprema Federal en el sentido de que a los criterios de la Fórmula de Radbruch, difíciles de operar a causa de su indeterminación, se les habrían añadido pautas de evaluación más concretas, dado que los pactos internacionales sobre derechos humanos ofrecerían puntos de apoyo para ello, cuando un Estado lesiona derechos humanos según la convicción de la comunidad jurídica universal. Esta valoración se ajusta a la Ley Fundamental.”<sup>17</sup>*

De enfatizar que o Tribunal Constitucional Federal alemão acrescentou que a aplicação dessa interpretação, e o decorrente afastamento das normas legais da RDA que excluía a culpabilidade nesses casos, não atentava contra a regra da irretroatividade, pois o “Direito extremamente injusto” editado num estado autoritário (ou seja, à margem dos princípios democráticos, de divisão de poderes e de promoção dos direitos fundamentais) não está sob essa proteção [da irretroatividade].

Conforme expõe ALEXY (2000, p. 213), o Tribunal Constitucional entendeu que:

*“la protección estricta de la confianza mediante el 103.2 de la Ley Fundamental [o qual veicula o princípio da irretroatividade da lei penal gravosa] debe inaplicarse’ cuando, en primer lugar, ni la democracia ni la división de poderes ni los derechos fundamentales sean respetados (verwicklicht) y, en segundo lugar, cuando bajo esta circunstancias se prevean causas de justificación que amparen derecho extremadamente injusto, sin olvidar el hecho de que el Estado ‘incite, por encima de las normas escritas, a un derecho injusto semejante, favoreciéndolo’,...”<sup>18</sup>*

17 Decisão disponível em VIGO, Rodolfo Luis, *La Injusticia Extrema no es Derecho*. Buenos Aires: Facultad de Derecho UBA – La Ley, 2006, p.p. 73-99.

18 Para conferir o texto original: VIGO, 2006, p. 93.



No caso brasileiro, a solução é ainda mais simples. Não se trata de argumentar que os atos de graves violações aos Direitos Humanos encontravam causas de justificação (autorização para agir contrariamente à lei). Está acima de dúvidas de que esses atos eram criminosos (típicos<sup>19</sup>) e que os autores agiram com dolo e culpabilidade, ainda que a motivação fosse a defesa do Estado. Eles atuaram à margem do próprio regime jurídico autoritário (nem mesmo a tortura era admitida no regime jurídico formal), ainda que implementando diretrizes do alto escalão governamental. O que se discute é uma lei posterior aos fatos e que os torna impunes, mediante a concessão de anistia. Uma norma que subverte a obrigação estatal de punir diante da constatação de crimes gravíssimos, concedida em benefício próprio pelos detentores do poder.

Assim, diferentemente da Alemanha, onde a matéria passava pela discussão da validade de uma lei anterior aos fatos que previa uma justificadora para a conduta (descaracterizando a ocorrência do crime), no caso brasileiro estamos discutindo o valor jurídico de uma norma posterior ao fato, que isentou de punibilidade o que antes era punível.

A aplicação de critérios de (in)constitucionalidade originária elimina a necessidade de reflexões sobre uma suposta alteração retroativa do direito por via interpretativa. Ainda que todos os requisitos invocados pela jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha para afastar a regra da irretroatividade estejam presentes no caso da Lei da Anistia brasileira (lei extremamente injusta, violadora de direitos fundamentais, antidemocrática e emanada de um regime autoritário) parece-nos que a devida leitura da validade inicial dessa norma de extinção da punibilidade (ainda que realizada mais de 30 anos após a sua edição) é causa suficiente para reconhecer a invalidade da interpretação favorável aos perpetradores de violações aos Direitos Humanos.

Podemos, então, concluir que a norma contida na Lei nº 6.683/79 que outorgaria anistia aos autores de graves violações aos Direitos Humanos é um direito positivo extremamente injusto e sua manutenção formal no sistema jurídico brasileiro é insuportável, não sobrevivendo aos critérios da Fórmula de Radbruch, quando aplicada com os parâmetros do direito constitucional republicano e democrático brasileiro antecedente ao arbítrio, bem como aos princípios do Direito Internacional dos Direitos Humanos.

## VIII | VEDAÇÃO À PROTEÇÃO INSUFICIENTE

A anistia a graves violações de direitos fundamentais não resiste, finalmente, ao crivo da proporcionalidade.

19 Lembramos que o crime de tortura não era tipificado à época no Brasil. Todavia, é possível a persecução penal pelo crime de lesões corporais ou, quando for o caso, dos crimes contra a liberdade sexual.

O Estado, na produção normativa penal, está vinculado a critérios de proporção que o impedem de instituir punição excessiva ou proteção insuficiente. A atividade legislativa está adstrita a estabelecer punições justas e proporcionais aos autores de delitos. Assim, não pode a lei ser excessiva na sanção e, tampouco, insuficiente.

"A proporcionalidade da atuação estatal na defesa de direitos fundamentais deve ser sindicada não apenas para evitar medidas gravosas e evitáveis – a proibição do excesso, *Übermassverbot* – mas, também, no sentido de proibir a proteção subdimensionada ou insuficiente, *Untermassverbot*", adverte LUIZ CARLOS GONÇALVES (2007, p. 57).

Essa construção doutrinária ganhou relevo com sua aplicação também pelo Tribunal Constitucional Federal alemão, sobretudo quando julgou a validade de leis sobre o aborto<sup>20</sup> e considerou que normas excessivamente favoráveis à liberdade de interrupção da gravidez acarretariam uma proteção insuficiente (*Untermassverboten*) em relação ao direito à vida.

Como refere LENIO LUIS STRECK:

*"Trata-se de entender, assim, que a proporcionalidade possui uma dupla face: de proteção positiva e de proteção de omissões estatais. Ou seja, a inconstitucionalidade pode ser decorrente de excesso do Estado, caso em que determinado ato é desarrazoado, resultando desproporcional o resultado do sopesamento (Abwägung) entre fins e meios; de outro, a inconstitucionalidade pode advir de proteção insuficiente de um direito fundamental (nas suas diversas dimensões), como ocorre quando o Estado abre mão do uso de determinadas sanções penais ou administrativas para proteger determinados bens jurídicos. Este duplo viés do princípio da proporcionalidade decorre da necessária vinculação de todos os atos estatais à materialidade da Constituição, e que tem como consequência a sensível diminuição da discricionariedade (liberdade de conformação) do legislador." (2007).*

De fato, o direito penal está a serviço da sociedade e, dentre seus vários objetivos, destacam-se a prevenção geral e a retribuição individual. Especialmente o campo dos direitos fundamentais é carente da proteção penal, não só pela insuficiência dos demais mecanismos sancionatórios disponíveis no direito civil e administrativo, como também pela percepção de que a linguagem da impunidade é um dos grandes estímulos à perpetração desses atos. Não por menos as Nações Unidas reconhecem uma obrigação de punir os autores de crimes contra a humanidade e de guerra, conforme a Resolução nº 3074, de

---

<sup>20</sup> Caso Aborto II. Vide MARTINS, Leonardo (Org.). *Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão*. SCHWABE, Jürgen (Coletânea original); Berlim: Konrad Adenauer Stiftung, 2005, p. 273.

1973 ("Princípios de Cooperação Internacional na Identificação, Detenção, Extradicação e Castigo por Crimes de Guerra ou Crimes de Lesa-Humanidade"):

*"8. Os Estados não adotarão disposições legislativas nem tomarão medidas de outra espécie que possam menosprezar as obrigações internacionais que tenham acordado no tocante à identificação, à prisão, à extradicação e ao castigo dos culpáveis de crimes de guerra ou de crimes contra a humanidade.<sup>21</sup>"*

Nesse contexto, a inserção na legislação penal de comandos que provocam a desproteção de bens jurídicos está condenada pelo vício da inconstitucionalidade por desproporção, ou vedação à proteção insuficiente. Sejam normas de supressão de tipos penais, de abrandamento excessivo de penas ou instituidoras de causas de extinção da punibilidade.

O Supremo Tribunal Federal brasileiro já aplicou esse princípio em 2006, quando afastou a possibilidade de se aceitar a extinção da punibilidade de um crime de estupro de uma criança de nove anos de idade pelo posterior casamento da vítima e seu algoz<sup>22</sup>.

Naquela ocasião, apontou o Min. GILMAR MENDES:

*"De outro modo, estar-se-ia a blindar, por meio de norma penal benéfica, situação fática indiscutivelmente repugnada pela sociedade, caracterizando-se típica hipótese de proteção insuficiente por parte do Estado, num plano mais geral, e do Judiciário, num plano mais específico.*

*Quanto à proibição de proteção insuficiente, a doutrina vem apontando para uma espécie de garantismo positivo, ao contrário do garantismo negativo (que se consubstancia na proteção contra os excessos do Estado) já consagrado pelo princípio da proporcionalidade. A proibição de proteção insuficiente adquire importância na aplicação dos direitos fundamentais de proteção, ou seja, na perspectiva do dever de proteção, que se consubstancia naqueles casos em que o Estado não pode abrir mão da proteção do Direito Penal para garantir a proteção de um Direito fundamental."*

21 Tradução livre do texto. Disponível em: <<http://daccessdds.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/NRO/285/99/IMG/NR028599.pdf?OpenElement>>. Acesso em 25 de set. 2007.

22 RE 418.376-5/MS, Rel. para o acórdão Min. Joaquim Barbosa. Pleno, maioria, j. 9/2/2006, DJ 23/3/2007.

É exatamente esse o fenômeno que provoca a anistia a crimes contra os Direitos Humanos. A norma penal anistiantes acarreta uma desproteção de direitos fundamentais, os quais estavam, anteriormente, protegidos.

E, como adverte LUIZ GONÇALVES:

*"A existência de norma penal criminalizadora, fundada em obrigação constitucional tácita funciona como óbice à eventual descriminalização ou redução da esfera de proteção, em nome da proibição de retrocesso. Uma vez assegurada a proteção penal, sua supressão ou redução poderão implicar em desproporcionalidade." (2007, p. 138)*

Assim, a Lei da Anistia é uma causa de indistigável retrocesso na proteção das vítimas e da sociedade relativamente à pauta de direitos fundamentais, o que encontra barreira no princípio da proporcionalidade, na sua vertente da vedação à proteção insuficiente. Há, portanto, mais essa óbice à sua admissão num sistema jurídico democrático.

## IX

## A DECISÃO DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS

O último aspecto a ser analisado refere-se aos efeitos da condenação que o Brasil sofreu em 2010 na Corte Interamericana de Direitos Humanos - CIDH, no caso Gomes Lund, e a divergência de enfoques entre essa Corte e o Supremo Tribunal Federal no que se refere à validade da anistia aos perpetradores de graves violações aos Direitos Humanos<sup>23</sup>.

Com efeito, é indispensável, antes de tudo, compreender que a adesão à Convenção Americana sobre Direitos Humanos e o reconhecimento da jurisdição obrigatória da CIDH foram atos soberanos e voluntários do Estado brasileiro. Portanto, foi o Brasil, por suas autoridades constitucionalmente competentes (Presidência da República e Congresso Nacional), que decidiu integrar o Sistema Interamericano de Direitos Humanos. Não se identifica nenhuma mácula no processo de ratificação da Convenção, ou de sua aprovação em âmbito interno. Outrossim nenhum Estado estrangeiro compeliu o País a tomar parte desses atos e organismos internacionais.

Pouco importa, nesse particular, a discussão sobre a estatura constitucional da Convenção. O relevante é compreender que a aceitação da jurisdição e da competência da CIDH

23 Esse tema é objeto de análise detida em CARVALHO RAMOS, André de. Crimes da ditadura militar: a ADPF 153 e a Corte Interamericana de Direitos Humanos. E também WEICHERT, Marlon Alberto. A sentença da Corte Interamericana de Direitos Humanos e a obrigação de instituir uma Comissão da Verdade. Ambos in GOMES, Luiz Flavio; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira (Org.). *Crimes da ditadura militar: uma análise à luz da jurisprudência atual da Corte Interamericana de Direitos Humanos: Argentina, Brasil, Chile, Uruguai*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. E, ainda, ROTHENBURG, Walter Claudius. Controle de constitucionalidade e controle de convencionalidade: o caso brasileiro da Lei da Anistia. In: PAGLIARINI, Alexandre Coutinho; DIMOULIS, Dimitri (Coord.). *Direito Constitucional e Internacional dos Direitos Humanos*. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p.p. 333-359.

concretiza preceitos constitucionais. Destaca-se, dentre outros<sup>24</sup>, o artigo 7º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, no qual se define que “[o] Brasil propugnará pela formação de um Tribunal Internacional dos Direitos Humanos”.

Assim, a aceitação pelo Estado brasileiro da jurisdição de um Tribunal Interamericano de Direitos Humanos previsto em Convenção Internacional encontra pleno e direto apoio na Constituição. Portanto, o ato do Presidente da República de ratificar a Convenção e a decisão do Congresso Nacional de aprová-la, longe de afrontar a Constituição, concretizam mandamentos nela inseridos.

Para recusar a autoridade da CIDH seria necessário existir algum vício de inconstitucionalidade – formal ou material – nos atos de ratificação, aprovação e promulgação da Convenção Americana sobre Direitos Humanos ou de aceitação da jurisdição da CIDH. Em especial, para sustentar a não aplicação de uma sentença da CIDH proferida contra o Brasil, o Supremo Tribunal Federal terá que declarar inconstitucional a promulgação da cláusula do artigo 68.1 da Convenção: “Os Estados Partes na Convenção comprometem-se a cumprir a decisão da Corte em todo caso em que forem partes”.

Porém, é necessário lembrar que o Brasil – se sustentar que a jurisdição da CIDH não é obrigatória para os órgãos internos – terá que denunciar integralmente a Convenção, conforme dispõe o artigo 44.1 da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados.

Essa situação, porém, é inimaginável e representaria um retrocesso sem precedente nas relações internacionais do Brasil e um duro golpe na democracia e na promoção dos Direitos Humanos. Aliás, por si só seria uma autônoma violação à Constituição, pois sofreria impedimento pela cláusula da vedação ao retrocesso.

No que diz respeito ao aparente conflito entre a decisão do STF na ADPF nº 153 e a sentença da CIDH no caso Gomes Lund, os órgãos internos de persecução penal, para discernirem qual delas seguirá, devem observar os limites da competência de cada um dos Tribunais.

Primeiro, de entender que ambas decisões convivem juridicamente. O Supremo Tribunal Federal é a corte final no julgamento de constitucionalidade, enquanto a Corte Interamericana realiza controle de convencionalidade. A Lei da Anistia teria passado pelo crivo da constitucionalidade aplicado pelo STF, mas não pelo da convencionalidade realizado pela CIDH.

Assim, se os crimes estiverem vinculados a “violações aos Direitos Humanos” deverão ser examinados sob o pálio da decisão da CIDH, pois se vinculam à Convenção Americana sobre

24 Vide o artigo 4º inciso II (“A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios: (...) II - Prevalência dos Direitos Humanos;”) e o § 2º do artigo 5º (§ 2º - “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.”)

Direitos Humanos. Nessa situação, não prevalecerá a decisão do STF. Porém, nos delitos que não se refiram a “violações aos Direitos Humanos”, remanesce com exclusividade o efeito do julgamento da ADPF. Há, pois, uma relação de especialidade da sentença da CIDH em relação ao Supremo Tribunal Federal.

Em suma, a CIDH não é uma instância adicional ao processo interno e não reformou a decisão da Suprema Corte brasileira na ADPF nº 153. Sua sentença navega no estrito espaço de sua competência e somente ali prevalece em relação às decisões dos órgãos jurisdicionais internos. Logo, toda autoridade que participa da persecução penal (membros do Poder Judiciário, do Ministério Público e da Polícia Judiciária) está adstrita a respeitar ambas as decisões, nos limites de suas respectivas aplicabilidades.

X

## CONCLUSÃO

Os valores materiais de um Estado constitucional, republicano, democrático e de direito são incompatíveis com a tolerância e o incentivo à tortura, o desaparecimento forçado, o estupro, a execução sumária e outros atos violentos de agentes do Estado contra seus cidadãos, quaisquer que sejam os motivos dessas condutas. É função do direito penal proteger direitos fundamentais e, portanto, é inarredável seu emprego em face dos autores dessas graves violações aos Direitos Humanos.

A estatura constitucional da Proteção aos Direitos Humanos não admite que o legislador possa enfraquecer ou desautorizar a responsabilidade penal por sua violação. Há um mandado geral implícito de criminalização e, em alguns casos, expresso e específico (v.g., na CF/88, tortura e racismo), que impõe que sejam essas lesões sancionadas criminalmente. E, logicamente, esses mandados impedem a descriminalização (ou seja, a impunidade), tornando inconstitucionais quaisquer leis que gerem uma proteção insuficiente, vale dizer, retrocedam de um grau razoável de punição.

Assim, normas instituidoras de causas de extinção da punibilidade de graves violações aos Direitos Humanos são extremamente injustas (RADBRUCH) e incompatíveis com a Constituição. A edição de leis dessa natureza, inclusive de anistia, colide com a proibição da proteção insuficiente.

Para reconhecer uma norma penal negativamente desproporcional não é necessário recorrer ao direito natural, ou supra jurídico. A sociedade nacional e a comunidade internacional possuem normas jurídicas que, ao menos desde os anos quarenta, afirmam a obrigação de promover e proteger os Direitos Humanos, inclusive com a sanção penal. Essas normas são

parâmetros suficientes para invalidar a pretensão de extinção da punibilidade de graves violações aos Direitos Humanos mediante anistia.

Há de se dedicar especial atenção às pretensões de emprestar a normas jurídicas gestadas durante o arbítrio o manto da constitucionalidade material, mediante a invocação de sua compatibilidade com preceitos das cartas outorgadas pelo próprio regime autoritário. O intérprete constitucional não pode ser vítima de uma armadilha que é verdadeira petição de princípio: avaliar a validade material de uma norma legal de um regime autoritário adotando como parâmetro o próprio ordenamento jurídico e político ditatorial. O sentido e o conceito dos direitos fundamentais, sobretudo civis e políticos, são ontologicamente antagônicos ao arbítrio e ao regime de exceção. É um menoscabo à sua posição no sistema jurídico submetê-los a juízos de constitucionalidade com constituições outorgadas. É preciso desconsiderar os ordenamentos impostos pelo arbítrio e substituí-los por aqueles em vigor antes do golpe de Estado, especialmente quando reconfirmados pelo poder constituinte superveniente ao período ditatorial.

A interpretação dada à Lei nº 6.683/79 – no sentido de ter instituído uma anistia penal a atos de grave violação aos Direitos Humanos – insere-se nesse contexto de exame de validade e não sobrevive a um juízo de compatibilidade com a Constituição brasileira de 1946 e os princípios que lhe estruturam. Da mesma forma, a pauta axiológica da Constituição de 1988 é incompatível com tais preceitos de impunidade, o que confirma a incompatibilidade material das normas de autoanistia.

Não se trata de revogar uma anistia que já teria operado seus efeitos, mas sim de reconhecer que ela nunca teve o condão de produzir o benefício alardeado, em decorrência da incompatibilidade dessa interpretação com preceitos fundamentais das Constituições brasileiras e do direito internacional incorporado ao sistema jurídico pátrio. Antes mesmo da instauração da ditadura militar vigoravam causas jurídicas que impediam o Estado de deixar impunes e esquecidos os bárbaros atentados que seus agentes aplicaram à dignidade humana.

Portanto, em que pese a decisão do Supremo Tribunal Federal na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 153, pontos essenciais ainda pendem de apreciação e discussão. O aprofundamento dessa reflexão é essencial para o processo de afirmação histórica do Direitos Humanos no Brasil.

#### REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

ALEXY, Robert. *Derecho injusto, retroactividad y principio de legalidad penal. La doctrina del Tribunal Constitucional alemán sobre los homicidios cometidos por centinelas del Muro de Berlín*. Doxa 23 (2000).

\_\_\_\_\_. Mauerschützen. Acerca de la relación entre Derecho, Moral y Punibilidad. In: VIGO, Rodolfo Luis, *La Injusticia Extrema no es Derecho*. Buenos Aires: Facultad de Derecho UBA – La Ley, 2006, pp. 167-195.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional*, 6ª ed. Coimbra: Almedina, 1993.

CARVALHO RAMOS, André de. Crimes da ditadura militar: a ADPF 153 e a Corte Interamericana de Direitos Humanos. In GOMES, Luiz Flavio; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira (Org.). *Crimes da ditadura militar: uma análise à luz da jurisprudência atual da Corte Interamericana de Direitos Humanos: Argentina, Brasil, Chile, Uruguai*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, pp. 174-225.

CORREIA, Marcus Orione Gonçalves. Anistia para quem? 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, pp. 141-152.

GONÇALVES, Luiz Carlos dos Santos. *Mandados expressos de criminalização e a proteção de direitos fundamentais na Constituição brasileira de 1988*. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

MARTINS, Leonardo (Org.). *Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão*. SCHWABE, Jürgen (Coletânea original); Berlim: Konrad Adenauer Stiftung, 2005.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Imprescritibilidade dos crimes de tortura. 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, pp. 135-140.

RADBRUCH, Gustav. *Arbitrariedad legal y derecho suprallegal*. Imprenta: Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1962.

ROTHENBURG, Walter Claudius. Controle de constitucionalidade e controle de convencionalidade: o caso brasileiro da Lei da Anistia. In: PAGLIARINI, Alexandre Coutinho; DIMOULIS, Dimitri (Coord.). *Direito constitucional e internacional dos Direitos Humanos*. Belo Horizonte: Fórum, 2012, pp. 333-359.

STEINER, Henry J.; ALSTON, Philip. *International Human Rights in Context: Law, politics, morals*. New York: Oxford University Press, 2000.

STRECK, Lenio Luis. Bem jurídico e constituição: da proibição de excesso (Übermassverbot) à proibição de proteção deficiente (Untermassverbot) ou de como não há blindagem contra normas penais inconstitucionais. <[http://leniostreck.com.br/index.php?option=com\\_docman%20&Itemid=40](http://leniostreck.com.br/index.php?option=com_docman%20&Itemid=40)>. Consulta em 9/9/12.

TAVARES. André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2002.

VIGO, Rodolfo Luis, *La Injusticia Extrema no es Derecho*. Buenos Aires: Facultad de Derecho UBA – La Ley, 2006.

WEICHERT, Marlon Alberto; FÁVERO, Eugênia Augusta Gonzaga. A responsabilidade por crimes contra a humanidade cometidos durante a ditadura militar. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira, SARMENTO, Daniel; BINENBOJM, Gustavo. *Vinte Anos da Constituição Federal de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, pp. 511-568.

WEICHERT, Marlon Alberto. Suprema Impunidade no Julgamento da ADPF 153. In SARMENTO, Daniel; SARLET, Ingo Wolfgang. *Direitos Fundamentais no Supremo Tribunal Federal: balanço e crítica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, pp. 955-979.



\_\_\_\_\_. Crimes contra a humanidade perpetrados no Brasil. Lei da anistia e prescrição penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, Ano 16 n. 74 setembro-outubro de 2008, pp. 170-229.

\_\_\_\_\_. A sentença da Corte Interamericana de Direitos Humanos e a obrigação de instituir uma Comissão da Verdade. In GOMES, Luiz Flavio; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira (Org.). *Crimes da ditadura militar: uma análise à luz da jurisprudência atual da Corte Interamericana de Direitos Humanos: Argentina, Brasil, Chile, Uruguai*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, pp. 226-242.

Por que razão é a anistia  
demasiado pouco e a pena  
um erro? *A incumbência  
de uma Comissão de  
Verdade e Reconciliação*

DIRK FABRICIUS

*Tradução: João Manuel Fernandes*

1. NUNCA MAIS: “GUERRA, NUNCA MAIS; FASCISMO, NUNCA MAIS”

Que aspecto deveria ter a transição da ditadura de um Estado de não Direito (*unrechtsstaatliche Diktatur*) para um Estado de Direito democrático? “Nunca mais”, “Nunca más”, ou a palavra de ordem dos prisioneiros sobreviventes do campo de concentração de Buchenwald, “Guerra, nunca mais; fascismo, nunca mais”: este é o objetivo a atingir. Não ao regresso à ditadura.

É importante superar o passado. O passado já passou - só se podem superar vestígios do passado. Vestígios que, como fatores ativos, obstaculizam ou promovem a construção de um Estado de Direito democrático. Identificar estes fatores, enfraquecendo aqueles que obstaculizam, fortalecendo aqueles que promovem, previne o regresso à ditadura. Experiências de guerra e de ditadura levam os homens à articulação e promoção de Direitos Humanos (Haller, 2012, P. 29). A sua negação, a experiência da injustiça, pode fortalecer a vontade de impedir uma repetição de tais situações, de desenvolver mecanismos de segurança contra a guerra e a ditadura. Não é por acaso que a Declaração Universal dos Direitos Humanos foi aprovada depois da Segunda Guerra Mundial e que a tortura foi considerada, “em si mesma, como um crime”. Mas só uma vontade forte não é suficiente e

as experiências de uma situação vivida não se podem transmitir para outra. A prevenção do regresso à ditadura exige mais.

A pergunta *como é que pode ser eficazmente prevenida uma repetição da ditadura e de violações de Direitos Humanos?* é uma pergunta criminológica, em qualquer caso uma pergunta das ciências empíricas.

São manifestas as carências existentes na investigação criminológica (Möller, 2003, p. 228; Reese, 2004, p. 159). As teorias-standard criminológicas não se podem aplicar a esta espécie de criminalidade, ou apenas se lhe podem aplicar com recortes adaptativos efetuados de forma muito trabalhosa (Möller, 2003, S. 228; Reese, 2004, S. 159). Características desta criminalidade são conjuntos de ações coletivas, sendo o ato individual a "particulazinha menor" em conformidade com o sistema, adaptada à situação (Möller, 2003, S. 241). Falta uma totalidade de base suficientemente grande para permitir uma investigação quantitativa, até porque são aqui chamados a intervir muitos fatores e variáveis, com a finalidade de explicar a gênese e a prevenção respectivas de tais crimes (Roht-Arriaza & Orlovsky, 2012, p. 496; Arthur, 2012, p. 86; Löbsack, 2012, p. 266). O fato de os dados necessários dificilmente poderem ser obtidos em tempo de guerra e ditadura e, quando se podem, desfigurados e murmurados, torna a investigação empírica ainda mais difícil.

À passagem de "Verdade e Reconciliação" (*Truth and Reconciliation*) para "Justiça de Transição" (*Transitional Justice*) como princípio condutor está ligado a um renascimento da "via penal de tratamento dos problemas" e, além disso, uma transição mais orientada para o Judiciário e para os Tribunais do que para vias político-sociais (Buckley-Zistel & Oettler, 2011, p. 24). A carência de investigação empírica verifica-se também em relação aos instrumentos da Justiça de Transição (Fischer, 2011, p. 70), entre outros as "teorias dos fins das penas", que se tornam mais significativas com esta transição e, em conformidade, terão que ser postas à prova.

Uma investigação desenvolvida teria que esclarecer a gênese da ditadura. Mas eu vou aqui concentrar-me em fatores que nasceram ou se fortaleceram através do Estado de não Direito ditatorial (*diktatorischer Unrechtsstaat*) e dirigir o foco de uma forma geral mais para a Justiça de Transição como transição, sem pretender refutar o ceticismo contra a Justiça de Transição (Buckley-Zistel & Oettler, 2011, S. 28 ff.)

Basta o seguinte:

Dito de forma simplificada, o surgimento de uma ditadura é provável quando a pobreza absoluta e uma grande desigualdade se encontram uma com a outra e os "pobres" se organizam politicamente. O domínio estabelecido é então ameaçado, recorrendo à violência,

ou seja, à polícia e aos militares, à Justiça e à psiquiatria, para assegurar o seu poder. Quando neste processo frações dos pobres também se colocam politicamente do lado dos poderes dominantes (a Alemanha no 3º Reich, Irão), então o quadro resultante complica-se.

## 1.1. | TEORIA E MÉTODO

As dificuldades em tornar as teorias preventivas pelo menos plausíveis podem-nos então conduzir a recorrer a teorias retributivas para nos libertarmos de dificuldades criminológicas. Porque, à primeira vista, a teoria retributiva esquivava-se a uma prova empírica e parece que assim se consegue "ficar elegantemente de fora" daquelas dificuldades. Mas o modelo-standard do Direito Penal, baseado essencialmente no princípio da culpa, contém tacitamente pressupostos de fato, cuja adequação à realidade pode ser submetida à prova. Abstraindo deste aspecto, podem-se investigar do ponto de vista das ciências empíricas os efeitos fáticos da aplicação do modelo-standard do Direito Penal. Estes, por seu lado, podem ser relevantes para a probabilidade de repetição de ditaduras e de violações de Direitos Humanos.

Para dar forma à transição para a democracia podem em geral ser encaradas as alternativas que a seguir se expõem. Quando eu recorro aqui à expressão "maçãs podres", de que falavam George W. Bush ou D. Rumsfeld, faço-o em grande medida para recordar que, com referência a Guantánamo e Abu Ghraib, as violações de Direitos Humanos não acontecem apenas nas ditaduras. Esta metáfora foi a que utilizaram em relação aos soldados que cometeram crimes na prisão iraquiana de Abu Ghraib.

(1) Trocar ou melhorar o pessoal: colocar as pessoas corretas nos lugares importantes e fazer das outras pessoas corretas. Remover as *maçãs podres*, cortar e retirar a parte apodrecida;

ou

(2) modificar as estruturas de organização institucional. Libertar os *recipientes podres* da parte apodrecida, para que não apodreçam mais maçãs;

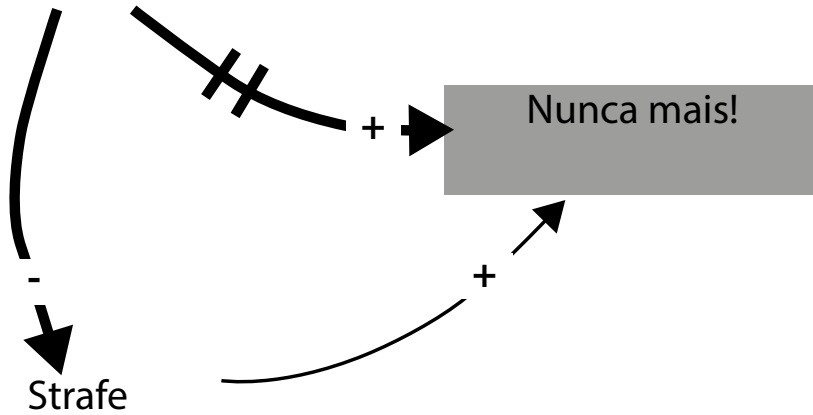
ou

(3) confiar em "forças de autorregeneração" sociais e institucionais. Estas "forças" regeneram tanto indivíduos como estruturas de organização.

Terão a anistia – quer dizer, o esquecimento e o perdão através da renúncia à persecução penal ou à aplicação da pena – ou a punição (a) um efeito preventivo, (b) cujo resultado líquido prometa ser maior do que o de qualquer alternativa?

Para o desenvolvimento do modelo utilizo o System-Dynamics (Sterman 2000). Este método é indicado justamente quando estão em jogo muitas variáveis e fatores, que interagem uns com os outros – os modelos deixam de ser previsíveis –, e quando muitos elementos não podem ser medidos, tendo que ser estimados.

Amnestie



*Amnestie – Anistia*

*Strafe – Pena*

*Nie wieder! – Nunca mais!*

Figura 1: Modelo de sistema simples

*Uma ligação entre duas variáveis ou fatores indicia uma relação causal. A seta dirige-se da causa para o efeito; quanto mais espessa for a seta mais forte é o efeito. Um sinal "+" significa que em caso de crescimento das variáveis causais crescem também as variáveis do efeito; um sinal "-" significa que em caso de crescimento das variáveis causais decrescem as variáveis do efeito. Em casos de retroação, não se conseguem com frequência determinar inequivocamente as variáveis de causa e de efeito. Barras transversais significam um retardamento; quanto mais barras, maior.*

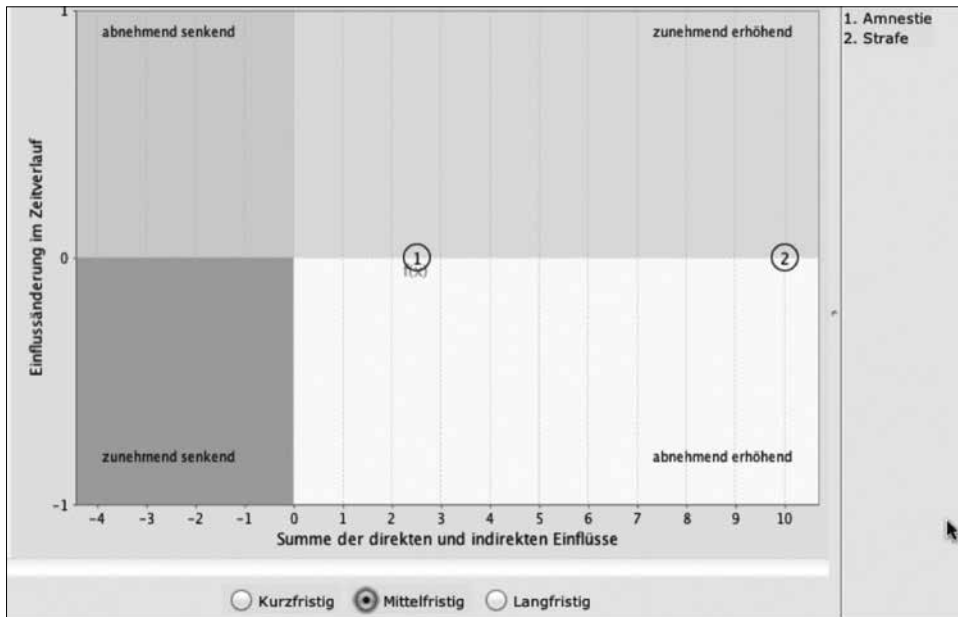


Figura 2: Matriz cognitiva

*Abnehmend senkend: Redução decrescente*

*Zunehmend senkend: Crescimento decrescente*

*Zunehmend erhöhend: Crescimento em progressão*

*Abnehmend erhöhend: Redução em progressão*

*Einflussänderung im Zeitverlauf: Modificação da influência no decurso do tempo*

*Kurzfristig, Mittelfristig, Langfristig: No curto prazo, no médio prazo, no longo prazo*

*Summe der direkten und indirekten Einflüsse: soma das influências diretas e indiretas*

*1. Amnestie: 1. Anistia*

*2. Strafe: 2. Pena*

*A matriz cognitiva fornece uma visão de conjunto do efeito de fatores singulares, tal como resultam dos pressupostos do modelo, sobre uma variável-alvo, no decurso do tempo. É especialmente útil para modelos de grande amplitude.*

A minha tese de que a anistia é demasiado pouco e quer a pena (pela culpa), quer as medidas de segurança penais referidas a indivíduos, é um erro, é uma tese que apenas se pode avaliar tendo em vista as alternativas. Assumindo que a anistia exclui a perseguição

penal e, em segundo lugar, que a anistia previne melhor o perigo da repetição da prática de atos criminalmente puníveis do que a persecução penal, e por maioria de razão, melhor do que um simples "deixar andar", a anistia seria preferível. Se uma anistia excluísse ou não consequências de direito civil ou de direito administrativo, essa seria uma circunstância a ser examinada separadamente.

Caso uma solução "Truth and Reconciliation Commission", uma Comissão de Verdade e Reconciliação (CVR), fosse a mais eficaz, então esta solução excluísse a anistia, mas também em grande medida a persecução penal. Uma CVR não aposta no esquecimento, no passar por cima das coisas com um silêncio cúmplice, mas sim na recordação. Apoio-me aqui, em relação aos fatores a seguir introduzidos e às suas conexões, para além da literatura especial sobre Justiça de Transição, na psicologia social, especialmente Zimbardo, Milgram, ligada com a (Etno-) Psicanálise – Volkan (2000), Erdheim (1982). Incluo ainda conhecimentos provenientes da investigação sobre maus-tratos e abuso de crianças em instituições (Andresen & Heitmeyer (Hg.), 2012) e sobre o comportamento de gestores na crise do mercado financeiro (Tuckett, 2011), porque também aqui operam condições de situação e de sistema envolventes. Estas criam estímulos para o crime, para uma visão distorcida da realidade e anestesiam a consciência. A ideologia política, própria de uma instituição ou geral, é muitas vezes o meio de transmissão destes efeitos.

## 1.2. | ESBOÇO DO MODELO

Vou introduzir fatores adicionais no modelo. Os efeitos da anistia ou da pena sobre o "Nunca mais" ficam agora explicitados.

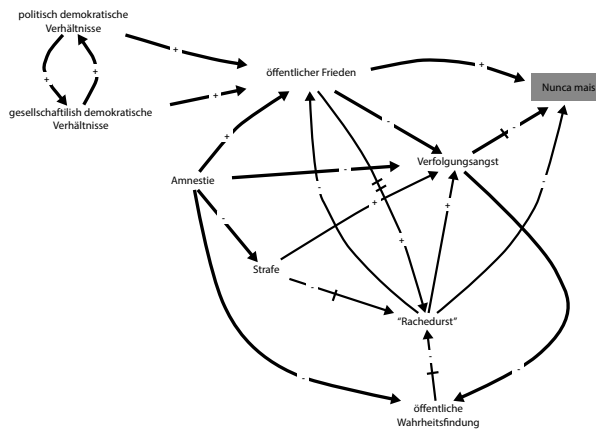


Figura 3: Modelo alargado<sup>1</sup>

1 O modelo completo está posto à disposição em [www.dfabricius.de/downloads](http://www.dfabricius.de/downloads).



*politisch demokratische Verhältnisse: Relações políticas democráticas*  
*gesellschaftlich demokratische Verhältnisse: Relações sociais democráticas*  
*öffentlicher Frieden: Paz pública*  
*Amnestie: Anistia*  
*Strafe: Pena*  
*"Rachedurst": Sede de vingança*  
*Öffentliche Wahrheitsfindung: Descoberta pública da verdade*  
*Verfolgungsangst: Medo da perseguição*

Algo do passado pode sobreviver nas vítimas e tornar-se "perigoso": a "sede de vingança", para exprimir com precisão. Os autores de crimes têm medo da perseguição, que é fortalecida pela "sede de vingança" e pelo medo da persecução penal, e que, pelo contrário, é diminuída através de uma anistia. Dado que por regra os autores provêm do exército, da polícia ou de milícias, e que em grande parte ainda dispõem de armas, o medo de perseguição cria um motivo para retomarem o poder e tentarem instalar uma nova ditadura. A pena pode fazer baixar a sede de vingança. A anistia contribui para a paz pública, porque no caso da anistia fica a faltar à sede de vingança um palco onde se possa exprimir, como sucede no caso do processo penal. Esta circunstância reduz medo de retaliação dos autores e os dissuade a conquistar novamente o poder. Na medida em que a discussão sobre os crimes do passado é inibida, a sede de vingança e o medo de retaliação não se vão incendiando reciprocamente, pelo contrário, decaem com o decurso do tempo. Desta forma, a paz pública diminui o perigo da repetição dos atos criminosos. Também a persecução penal impede os autores de crimes de regressarem à ditadura. Não obstante, uma punição em massa perturbaria a paz pública, porque daria lugar a discussões árduas. Os fatores que contribuem para a paz pública e previnem o perigo da repetição dos atos criminosos consistem em relações tanto político-democráticas como sociais-democráticas, o que significa organizações concebidas democraticamente – as associações, os sindicatos, os partidos e as instituições enraizadas na sociedade, tais como empresas, escolas, universidades etc. As relações político-democráticas são tanto mais instáveis quanto mais relações sociais de domínio e de violência existirem. Inversamente, as relações político-democráticas fortalecem relações democráticas em outras áreas da sociedade. A expressão "descoberta pública da verdade" deve ser compreendida como um processo público, no âmbito do qual são investigados e publicamente reconhecidos os crimes e as condições e relações nas quais foram cometidos. A sua relevância será fundamentada a seguir. A anistia exclui a "descoberta pública da verdade". Quando se considera relevante esta descoberta da verdade, não se opta pela anistia. Traduzido nos termos do modelo, a descoberta da

verdade diminui o perigo de repetição dos atos criminosos. O objetivo do processo penal é a descoberta da verdade. Daí decorre a pergunta sobre se será o processo penal um fator que promova o objetivo de "superação do passado".

*Em síntese:* o essencial para evitar o regresso à ditadura é a paz pública. As relações democráticas, políticas e sociais, e de igual modo a anistia, diminuem também o perigo da repetição dos atos criminosos, pelo menos no longo prazo, enquanto a pena não teria aqui nenhum efeito visível. O medo da perseguição e a sede de vingança seriam fatores essencialmente perturbadores da paz.

2. | PENA

Para avaliar o efeito da pena em relação ao perigo de repetição dos atos criminosos, o meu ponto de partida é a criminologia da teoria dos fins das penas aqui implícitas.

O modelo do Direito Penal da culpa supõe no caso modal a capacidade do adulto para compreender o carácter ilícito de um ato e determinar a sua conduta de acordo com esta percepção, o que significa omitir a prática do ato. O ilícito culposamente provocado é retribuído, compensado. Não se espera a produção de um efeito sobre o número de crimes.

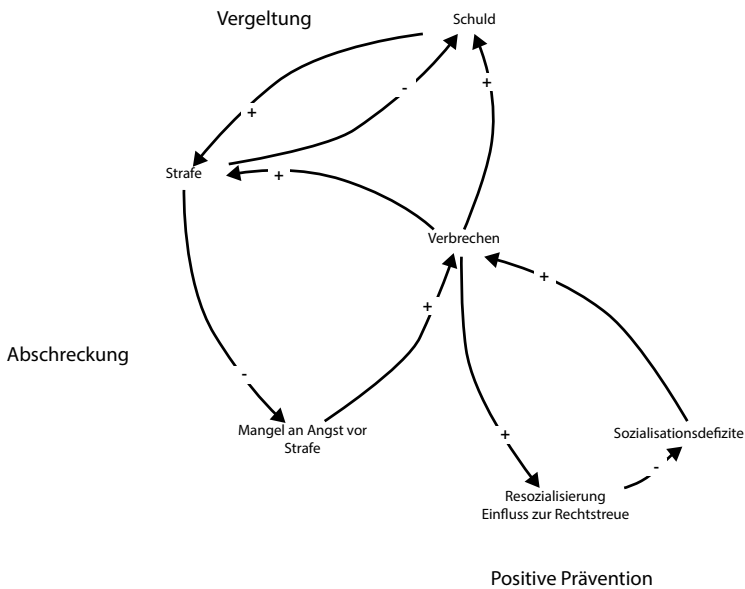


Figura 4: Modelo das teorias (dos fins) das penas

*Vergeltung: Retribuição*

*Strafe: Pena*

*Abschreckung: Dissuasão*

*Mangel an Angst vor Strafe: Falta de medo da pena*

*Resozialisierung/Einfluss zur Rechtstreue: Ressocialização/influência para a fidelidade ao Direito*

*Positive Prävention: Prevenção positiva*

*Sozialisationsdefizite: Déficits de socialização*

*Verbrechen: Crime(s)*

*Schuld: Culpa*

As concepções dissuasoras partem do pressuposto de que os indivíduos cometem crimes porque lhes falta o medo da pena (a dissuasão). Os defensores da prevenção geral negativa supõem uma inclinação geral para o cometimento de crimes; os defensores da prevenção especial negativa veem essa inclinação apenas em indivíduos concretos. Conforme a perspectiva, o receio – medo da pena – tem que ser induzido ou de forma alargada na comunidade, ou especificamente em determinados indivíduos.

As concepções preventivas positivas apostam na correção dos indivíduos, na ressocialização, na elevação da sua "fidelidade ao Direito", ou seja, do seu discernimento do ilícito (*Unrechtseinsicht*) e da sua capacidade de determinação da conduta, bem como da sua disposição para fazer uso efetivo de ambas qualidades. Os defensores da prevenção geral positiva veem aqui déficits alargados na comunidade, os da prevenção especial positiva veem antes estes déficits em indivíduos concretos, que estão mal socializados.

Qual destas concepções criminológicas esclarece a maior parte dos casos de crimes causados pelo Estado numa ditadura? Ordens dos superiores hierárquicos, expectativas de colegas/camaradas e o desejo de agir em conformidade com o seu papel contrariam frequentemente o Direito – justamente numa ditadura.

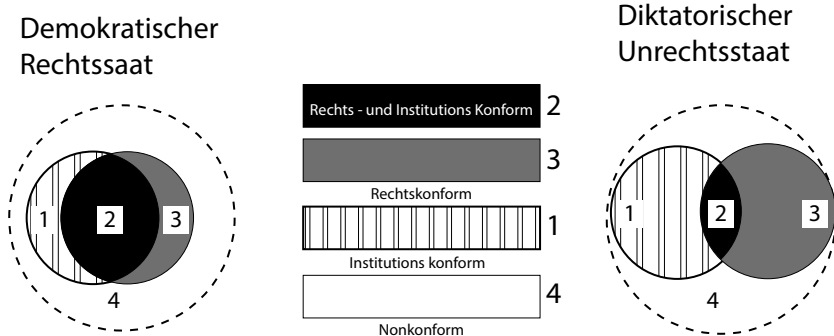


Figura 5: Conformidades

*Demokratischer Rechtsstaat: Estado de Direito democrático*

*Diktatorischer Unrechtsstaat: Estado de não Direito ditatorial*

*Rechts-und Institutionskonform: Conforme ao Direito e às Instituições*

*Rechtskonform: Conforme ao Direito*

*Institutionskonform: Conforme às Instituições*

*Nonkonform: Não conforme*

A área de sobreposição da conformidade às Instituições [1] e da conformidade ao Direito [3] é relativamente estreita, ao passo que num Estado de Direito deveria ser relativamente larga. Quanto à área em preto, [2], dificilmente se consegue obter aí uma resposta à pergunta sobre o peso relativo da motivação. No seguimento da exposição não irei considerar este elemento.

## 2.1. OS CULPADOS SÃO RAROS

Se as pessoas corresponderem à imagem do Direito Penal da culpa, então deveriam existir muitas decisões, que são conformes ao Direito (cinzento/3), embora contrariem os imperativos institucionais (tracejado/1).

Indivíduos que agem de forma puramente egoísta, por exemplo, que buscam exclusivamente o seu próprio proveito ou cedem sem entraves aos seus impulsos sádicos (branco/4), não se importariam com as normas institucionais ou com as normas jurídicas. Se este fosse o caso modal, seria de esperar muitos atos que se localizariam na área branca, o que significa que contrariariam tanto as normas institucionais como as normas jurídicas. Segundo todos os resultados empíricos, tanto da investigação experimental como do trabalho de campo (Neubacher, 2005, p. 236), é de se concluir que comportamentos localizados na área cinzenta, quer dizer, desobediência institucional para preservar o Direito e não incorrer em culpa, são extremamente raros. Agradecer-lhes no processo de transição, reconhecer aos seus autores o direito de opor resistência, é importante, mas irrealizável no processo penal. As caravanas da anistia são seguramente melhores para este efeito (Abrao & Torelly, 2012, p. 464). Da mesma forma, atos localizados fora da conformidade às instituições são, antes, raros.

Tem que se concluir que a motivação de evitar a culpa, cuja fonte fosse uma consciência íntegra, acontece em relativamente poucos casos. As motivações de obediência, de conformidade e de lealdade têm mais força.

Em segundo lugar, intromete-se aqui a hipótese de que o efeito de dissuasão decorrente das leis penais, ou seja, a criação do medo, é neutralizado em condições ditatoriais através do medo das sanções, no caso de não conformidade às instituições. Em terceiro lugar, os estímulos para cometer crimes, ordenados ou tacitamente esperados, são grandes.

Pode-se ainda continuar perguntando se decisões, em si ilícitas, mas conformes às instituições, são tipicamente acompanhadas pelo discernimento do ilícito. Ou falta o discernimento do ilícito, seja porque as relações reais não são percebidas adequadamente, seja porque são empregadas técnicas de neutralização que conduzem como que a uma anestesia da consciência do ilícito (*Unrechtsbewusstsein*)?

2.2	<b>AUTORES PERTURBADOS NÃO SÃO MAIS FREQUENTES QUE CULPADOS</b>
-----	---

Suspeita-se que justamente sob as condições de um Estado de não Direito ditatorial indivíduos particularmente perturbados, "psicopatas", são atraídos e recrutados pelas instituições. Estas perturbações prejudicam a imputabilidade.

Segundo as descobertas empíricas, indivíduos perturbados imigram para tais instituições. É certo que são apenas, limitadamente, admitidos. A maior parte dos crimes é cometida por indivíduos sem graves perturbações psíquicas. Assim, e como concluem investigações realizadas em diversos países (Zimbardo, 2007, S. 278 ff), indivíduos perturbados não foram transformados em torturadores. Até que ponto prejudica as condições institucionais de forma *situacional e aguda* a consciência do ilícito ou a capacidade de determinação da conduta?

A psiquiatria forense – não considerando exceções como Lempp (2003) – ignorando descobertas da psicologia social, parte do princípio de que perturbações psíquicas, que prejudicam a imputabilidade, se encontram presentes de uma forma que permanece no tempo. As perturbações "agudas" são tratadas como exceções raras, ou não existentes.

Segundo a teoria da equivalência, da "igualdade de valor das condições", há lugar à condenação penal mesmo quando o peso dos fatores do indivíduo que atua com culpa é baixo. Em complemento, os fatores institucionais com maior peso não têm aqui relevância alguma. Mas quando se quer esclarecer um passado criminoso, é preciso identificar os fatores que aí conduziram. Ora, os dispositivos do Direito Penal não são apropriados para tal. Se se levasse a sério o Direito Penal da culpa em vigor, e não se atribuisse dolo e culpa atendendo a fatores institucionais, uma condenação baseada na culpa seria assim, em muitos casos, impossível. A condenação seria então injusta, contrariaria a cuidadosa aplicação da lei e contribuiria para uma enganosa acalmia do público em geral.

Se, para a aplicação de medidas penais de segurança, exigirem perturbações que permaneçam no tempo, também elas não se verificam em relação à maior parte dos autores de crimes. Uma vez que estas perturbações não surgem num novo meio envolvente, não institucional, então não existiria nenhum ponto de partida para um tratamento. O mesmo seria também aplicável à ressocialização durante a execução da pena.

### 2.3. | DESCOBRIR A VERDADE NO PROCESSO PENAL?

No arranjo Direito Penal-Processo Penal pode-se apenas limitadamente esclarecer como é que se chegou a uma ditadura e à prática dos crimes, que tiveram na ditadura a sua origem. Uma vez que em primeira linha os acusados mantêm o silêncio ou negam, adquire-se pouco conhecimento sobre o "lado interno do seu ato". Certamente que alguns pensam que um esclarecimento a este respeito não é relevante, por exemplo, Neier (1998, p. 32), afirmando que em relação aos crimes nos Balcãs não houve "nada para revelar". A "courage institucional do silêncio" (Heitmeyer, 2012, p. 29) continua a produzir efeitos: os membros das respectivas instituições mantêm-se unidos também na era pós-ditadura. As vítimas-testemunhas pouco ou nada sabem sobre os processos internos institucionais ou sobre os processos interiores dos próprios agentes: questões decisivas permanecem em aberto. Os depoimentos das vítimas devem esclarecer se o réu era autor de um crime e quais os atos que praticara. Aquilo que foi vivido e sofrido, as consequências para a vida futura, as relações sociais, o empenhamento na sociedade etc. não ocupam aqui um lugar central. O que da verdade pode ser descoberto é limitado pelo objetivo do recolhimento de provas e particularmente pelo comportamento processual negador e banalizante dos réus. Dificilmente se pode conseguir criar nos réus o discernimento, ainda que posterior, do ilícito – pois existe o perigo de que o tribunal faça a projeção deste discernimento no passado, referindo-o ao momento da prática dos fatos, com a consequência da respectiva punição. A tendência no processo penal é atribuir ao fator da culpa individual do agente uma ponderação irrealista, e não investigar acuradamente outros fatores (subjacentes). Mas a atribuição da culpa apenas funciona de forma adaptável quando identifica corretamente as causas, como estabelece com exatidão Tuckett (2011, p. 189).

A oposição, entretanto, difundida no processo penal entre autor e vítima, faz com que facilmente se negligencie o fato de que existem autores-vítimas e vítimas-autores: alguns podem ter sido ambos. Os termos ingleses *victim* e *sacrifice*, sofrimento passivo versus sacrifício heroico, facilitam a fuga a esta falsa oposição (Baumann, 2011, p. 40; cf. também Meyer, 2011, p. 212), mas mesmo assim continua a ser impossível no ordenamento processual penal ver a vítima-testemunha simultaneamente como autor.

O processo penal, que visa estabelecer o ilícito (*Unrecht*) pela prática do qual tem que existir uma responsabilização pessoal, muito dificilmente pode, em face do elevado grau do ilícito praticado, tratar de forma adequada os agentes e atender à sua baixa responsabilidade pessoal sem emitir sinais falsos. Penas mínimas para delitos capitais, sem declarar os réus como doentes, são quase impossíveis de acordo com as leis em vigor. Mas os erros judiciários deixam nos agentes o sentimento de terem sido tratados de forma injusta. O ressentimento daí resultante pode perturbar a paz pública.

#### 2.4. PREVENÇÃO ATRAVÉS DA PENA

Com a passagem para a prevenção e para o Direito Penal considerado como um meio decresce a consideração da culpa como pressuposto e fator determinante da medida da pena. Caso a pena sirva ao fim da prevenção, então se encontra suficientemente justificada. Se esta passagem se realiza por meio da desistência do requisito da culpa ou através de uma medida de segurança, independente da culpa, mas semelhante à pena, especialmente a detenção preventiva baseada na prognose de periculosidade do autor (*Sicherungsverwahrung*), essa é uma opção que difere de país para país e de época para época, com vistas ao objetivo "Nunca Mais" e considerando as dúvidas tanto sobre a existência como sobre a possibilidade de estabelecimento da culpa, é legítima tal passagem. Mas certamente que as teorias preventivas de Direito Penal precisam de se submeter à prova empírica. Só no caso de sua eficácia superior ser evidente é que estará preenchida uma condição para legitimar intervenções de Direito Constitucional nos direitos fundamentais.

##### 2.4.1. A PRÁTICA DE CRIMES NÃO PODE RECONDUZIR A UMA FALTA DE MEDO

As dores de cabeça podem ser aliviadas com Aspirina. Não obstante, não se podem esclarecer com a falta de Aspirina. De forma semelhante, pode ver-se a prevenção por meio da pena mais como um tratamento de sintomas, pois o emprego ubiqüitário de penas contra toda a criminalidade corresponderia ao emprego de Aspirina contra todas as doenças. Distribuir penas para provocar um medo generalizado seria igual a uma distribuição preventiva de Aspirina cobrindo toda uma área populacional. Os tratamentos de sintomas contribuem para que os problemas subjacentes permaneçam, caso não sejam mesmo aumentados.

Ao empregar medidas que criam medo, aceitam-se os efeitos secundários que lhes estão associados, como o stress permanente, criado por estas medidas, que provoca uma redução da capacidade de aprendizagem e a elevação das taxas de doenças e mortalidade. As descobertas empíricas mostram-se, no entanto, em algumas áreas da criminalidade, favoráveis a uma certa eficácia da prevenção geral negativa (Entorf, 1995). A mesma atua sobre a expectativa dos agentes de serem processados e detidos, e menos sobre a sua expectativa relativa à medida da pena. As probabilidades subjetivas, nos agentes em causa, de serem processados, aumentam com a densidade do controle e da perseguição.

Acrescendo a este fato, a prevenção geral negativa funciona em *modus* comando-obediência. Daí que tenha que ser vista também como impeditiva em geral da capacidade de discernimento do ilícito e também do desenvolvimento do discernimento do ilícito concreto. Por outras palavras, a prevenção geral negativa contradiz um Direito Penal da culpa, tomado no seu sentido fundamental.

Acresce que sendo diminuta a força do seu efeito, também as consequências negativas não são investigadas nem calculadas como contrapartida do efeito – pelo menos no plano da generalidade. Mas nos indivíduos nos quais a pena é executada os efeitos negativos são, porém, dominantes – assim a quota de reincidência sobe com a execução da pena em comparação com a sua suspensão.

Justamente nas condições de uma ditadura, não é de contar com uma perseguição penal, pelo contrário. Os atos que lhe corresponderiam são sempre, quando não ordenados, tolerados com aprovação. Seria preciso ter-se a expectativa de que os autores considerassem provável a queda da ditadura e que, em consequência, esperassem que uma perseguição penal correspondentemente densa viesse a ter lugar. Mas aos olhos dos agentes em causa esta probabilidade presumivelmente decresce através do fato de estes continuarem a praticar os seus atos criminosos: desta forma, conservam a ditadura e quanto mais atos e mais autores existirem tanto mais baixa será a probabilidade com que cada indivíduo considerará a hipótese de alguma vez vir a ser acusado e condenado.

2.4.2.	<b>PREVENÇÃO GERAL POSITIVA: DO FATO DE OBSERVAR COMO É QUE OUTROS SÃO PUNIDOS, NÃO SE PODE ESPERAR NENHUMA SUBIDA DA “FIDELIDADE AO DIREITO”</b>
--------	---

Se se quer compreender a prevenção geral positiva como meio de ligar os cidadãos à lei, na interpretação feita, quer pela opinião dominante quer pela jurisprudência dos tribunais superiores, então esta concepção não pode funcionar para as violações dos



Direitos Humanos, já que estas violações devem ser omitidas independentemente de a sua punibilidade estar ou não estar legalmente determinada. Sendo tal concepção dúbia, já do ponto de vista interno do Estado, e justamente no caso das democracias, por maioria de razão o é no quadro do Direito Internacional, com o uso de um conceito material de crime. As sociedades democráticas precisam de indivíduos maduros, autônomos.

*“Numa sociedade autônoma, a Meta-lei pode apenas dizer: deves obedecer à lei, mas podes colocá-la em questão. Podes levantar a questão da Justiça ou da adequação da lei.”*  
(Castoriadis, 1996, p. 911)

Se, como parece mais natural, se orientar o foco para o desenvolvimento da capacidade de discernimento do ilícito, para a disponibilidade e a capacidade para seguir tal discernimento como concretização do objetivo da prevenção geral positiva, então a observação do processo penal e a punição dos agentes revelam-se meios inadequados. Teria que ser observável um julgamento no qual os intervenientes pudessem expor e debater incólumes as suas técnicas de neutralização, isto é, sem ameaça de sanção. Por tudo quanto se sabe, os acusados contestam ou então se agarram com firmeza às suas “causas de justificação”. Falta um objeto de observação apropriado. Um julgamento que mostre e esclareça o discernimento do ilícito dos membros do tribunal e que permita, por parte dos réus, ganhar discernimento passo a passo, não se realiza e não se pode realizar como julgamento penal.

#### 2.4.3. INFLUIR POSITIVAMENTE EM INDIVÍDUOS QUE SE ENCONTRAM A CUMPRIR PENA?

Mesmo quando se fundamenta a pena de forma “absoluta”, a sua execução tem efeitos sobre os presos. Também em relações democráticas de Estados de Direito, as prisões são lugares de abusos e de violência. Nos tempos da ditadura o são por maioria de razão.

A passagem de maus-tratos para tortura é frequentemente fluida. A condenação a uma pena de privação da liberdade – nos crimes que aqui se encontram em questão dificilmente pode ser considerada outra possibilidade – pode a este respeito ser vista como uma tentativa de exorcizar o Diabo com Belzebu.

Conclusão: a procura de culpados e doentes sugere falsas explicações. Penas e medidas são inapropriadas para reduzir o perigo da repetição dos atos criminosos. Uma deslocação do

foco das ciências criminais para a violação dos direitos ou para os danos (Reese, 2004, p.14) ajuda a definir o crime sobre esta base e a traçar as fronteiras do ilícito, separando desse modo, cuidadosamente, o estabelecimento do ilícito (*Unrechtsfeststellung*) do apuramento da culpa (*Schuldfeststellung*) (Reese, 2004, p. 283). Com tal procedimento, podem também o ilícito e os danos que lhe estão ligados ser publicamente conhecidos e reconhecidos. Para preencher o "lugar vazio" que foi deixado pela expulsão do "criminoso" desta concepção, é ainda necessário dar mais um passo.

#### 2.4.4. UMA CURTA CRÍTICA GERAL DA "CENOURA E CHICOTE"

A crítica da filosofia do idealismo alemão às teorias preventivas pode ser expressivamente posta em relevo por meio de conhecimentos psicológicos vindos da pesquisa motivacional. No entanto, as consequências de Kant e Hegel, ao adotarem para si próprios uma teoria penal absoluta, contrariam estes conhecimentos, pois sugerem a desistência do *chicote* (pena) e da *cenoura* (estímulo etc.) (Pink, 2010, S. 17, 34 sgs., 52 sgs.).

Uma primeira distinção da pesquisa motivacional coloca-se entre motivação intrínseca e extrínseca. Extrínsecos são os incentivos, como recompensas, promoções, aprovação; ou estímulos aversivos, tais como penas, despromoções, censuras. Intrínsecos são os fatores internos, que criam motivações, sem que entrem em jogo fatores extrínsecos.

Sendo o discernimento do ilícito ou a consciência do ilícito conceito central no Direito Penal, encontra-se-lhe associada uma crença nas "motivações intrínsecas", pois o discernimento e a convicção motivam para além dos fatores externos. Não obstante, os conceitos de Direito Penal reduzem-se a fatores de motivação externos. Os penalistas encontram-se na melhor companhia, com pedagogos, políticos, gestores e teóricos de gestão. Da mesma forma, o modelo económico "homo oeconomicus" só conhece fatores de motivação externos. Consideram-se como meios de educação legítimos corrupção, ameaças, em alguns lugares violência e manipulação (mentira, engano, astúcia). Ao mesmo tempo difundiu-se apenas de forma mínima pelos penalistas o conhecimento – já há muito existente – de que os estímulos aversivos (penas) produzem efeitos relativamente fracos, em particular quando não são ligados a fatores positivos, e apresentam com frequência efeitos secundários prejudiciais. Impassíveis, os penalistas repetem o "mantra" de que "a pena tem que existir", enquanto psicólogos e pedagogos se distanciam desta concepção.

Porém, o fato de a intervenção de fatores de motivação externos enfraquecer a motivação intrínseca, com o que esta intervenção se torna mais longa no tempo e crescente na dose, tornando-se deste modo mais cara, quase não se divulgou e, apesar da cabal comprovação

científica, é ignorada, especialmente na prática (Lepper, Green and Nisbett, 1973; Hattie, 2009, p. 174; Pink, 2010, p. 3 sg., 8).

O pano de fundo para esta situação é presumivelmente o problema "Agency", que surge com grandes sociedades e, assim, com instituições (Tuckett, 2011, p. 136; xxx). Dado que os indivíduos devem poder ser substituídos nas respectivas posições, não se pode depositar confiança nas motivações subjetivas intrínsecas. Exatamente porque estas podem perturbar a requerida conformidade com o papel. É simples de compreender que, quanto menos as coisas passarem de forma democrática e autodeterminada na sociedade, mais o discernimento do ilícito será confundido e desativado como fator de motivação.

2.5.	A SITUAÇÃO E POSICIONAMENTO SOCIAL DOS INDIVÍDUOS COMO FATORES DECISIVOS
------	--

As teorias dos fins das penas não oferecem, mesmo no quadro da perspectiva da Justiça de Transição, nenhuma teoria criminalística do crime que seja utilizável, nem nenhum meio apropriado em vista do objetivo "nunca mais". As condições institucionais situacionais e sistêmicas já indicadas são melhores candidatas para a construção de uma criminologia das violações dos Direitos Humanos.

Numa instituição, os indivíduos agem em regra de acordo com os seus papéis e evitam entrar em contradições com os seus superiores hierárquicos e colegas. Os incentivos para tal são diversificados. As consequências institucionais internas do desvio em relação às normas da instituição e da quebra de lealdade provocam mais medo do que a infração ao Direito. As consequências daí resultantes surgem como improváveis e distantes. As instituições oferecem um padrão articulado de posições, cujos respectivos titulares devem exercer funções determinadas.

Assim, resultam destas posições papéis que se encontram sistemicamente ligados e correlacionados uns com os outros. Regras formais e informais e correspondentes práticas constituem o sistema respectivo e programam de certa forma o comportamento do titular da posição. Assim "o que está em causa são antes de mais os sistemas" (Zimbardo, 2007, p. 222). A pergunta *quem ou o que é culpado?* (Stiglitz, 2009, p.18) deve antes tendencialmente ser respondida na orientação "o que é", para ligar a variável "o que é" com o "sistema". A existência destes sistemas criminogêneos não se limita às instituições estaduais ou às ditaduras, também nas democracias existem violações endêmicas de Direitos Humanos (Méndez, 2012, p. 179). Da mesma forma, podem empresas e associações desenvolver padrões criminogêneos de posições, funções ou papéis e, correspondentemente, também

não surgem aí, por esse motivo, acumulações de indivíduos particularmente maus ou perturbados (Reese, 2004, p. 50). As instituições perpetuam-se a si mesmas na medida em que fazem os indivíduos conformes (Castoriadis, 1996, p. 909). A identificação dos indivíduos que entram de novo com aqueles que já aí se encontram e com a instituição no seu conjunto contribui de forma essencial para este resultado (Maffettone, 2005, p. 629).

A "instituição no espírito" (Sievers, 2008, p. 584) possibilita o agir de acordo com a instituição e com o papel. No sentido inverso, o "espírito da instituição" pode igualmente inspirar o comportamento individual. Daqui resulta a construção de uma identidade institucional, cultural ou, também, quando está em jogo o sistema transversalmente considerado, socialmente autônoma (Maffettone, 2005, p. 645).

Quando é determinado por um espírito institucional paranoico-amedrontado, o campo institucional induz perturbações da percepção e técnicas de neutralização que desde logo excluem a imputabilidade penal. A identificação com a instituição e a idealização da mesma induzem a uma cisão, através da qual percepções que poderiam criar maus sentimentos são negadas ou, quando tais sentimentos surgem, são reprimidos. A idealização diminui a desconfiança e, além disso, o medo (Tuckett, 2011, p. 157). Estes efeitos aumentam quanto mais as coisas se passam de forma ditatorial e quanto mais dominante for o "Superego coletivo"(Über-Wir), quer dizer, um pensamento de grupo e um sentimento de grupo, uma sobrelevação ideológica da instituição. Tal esclarece por que é que para além dos casos de violações dos Direitos Humanos se fazem intervir Comissões de Verdade para investigações, por exemplo, de abusos sexuais em instituições, de corrupção e de tráfico humano (González Cueva, 2012, p. 238).

O agir em contextos ditatoriais conduz a fantasias de onipotência dos chefes, a uma embriaguez de poder, contra a qual embatem as ameaças penais. Os subordinados estão identificados com a situação, submetem-se ao chefe (Kernberg, 2001, p. 187; Wirth, 2001, p. 1224) e ofuscam desta forma complementar o risco de uma punição posterior. Acresce que, os presidentes, diretores, dirigentes e chefes nas instituições conseguem por regra evitar uma investigação jurídica ou criminológica à sua atuação (Prengel, 2012, p. 179). Podem na maior parte dos casos transferir a responsabilidade para subordinados.

Tese: A influência de características individuais da personalidade ou de caráter sobre o comportamento é tanto menor quanto maior for a pressão de conformidade e adaptação.

A pressão de adaptação é tanto maior quanto menos possível for a saída e a oposição, ou seja, quanto mais ditatorial e não democraticamente as coisas se passarem.

Recipientes podres podem-se aproveitar com melhor ventilação. Assim, designo por instituição "porosa" aquela que não está fechada, nem totalmente (no sentido de Goffmans, 1961) nem hermeticamente. Instituições mais porosas previnem relações ditatoriais.

## 2.6. CONCLUSÃO

Os culpados, bem como os indivíduos perturbados, contribuem pouco para o esclarecimento dos crimes. Penas medidas pela culpa ou medidas de segurança penais são, por isso, pouco adequadas e pouco úteis para a finalidade pretendida, quase não reduzindo o perigo da repetição dos atos criminosos. Em complemento, uma vez que as causas institucionais decisivas são ofuscadas e, subsequentemente, também não são mudadas, os processos penais contêm indiretamente condições propícias à produção de crimes.

## 3. ANISTIA: O PESO DO SILÊNCIO

Quando a justiça penal na transição é injusta e inapropriada, torna-se necessário investigar a aptidão da anistia para evitar o regresso à ditadura. Não é por acaso que amnésia e anistia soam de forma semelhante: o desejo de amnésia, libertação das recordações, conduz à anistia, para satisfazê-la. Este processo é acompanhado pela negação das violações de Direitos Humanos (no caso do Chile, Jiménez, 2010, p. 340). Ao contrário do simples "deixar andar", a anistia implica o reconhecimento de que existiram crimes. E também pressupõe que existem culpados, cuja culpa sem a anistia poderia ser estabelecida em tribunal e conduzir à aplicação de uma pena. A "compensação dos interesses" dos ofendidos, mortos ou prejudicados ou dos seus familiares fica, como consequência da anistia, na prática, insatisfeita (Baumann, 2011, S. 45; Teitel, 2012, S. 146). Além disso, a anistia pode também impedir que seja dado seguimento, com possibilidades de êxito, a outras reivindicações das vítimas. O fato de o Direito Internacional humanitário excluir em grande parte anistias (Salmón, 2012, p. 217) é de saudar, tendo em atenção a descoberta da verdade e as reivindicações das vítimas. Daí, no entanto, deduzir uma obrigação de punir é, pelos fundamentos enunciados, altamente problemático, e não o é menos pelo fato da satisfação de outras reivindicações de interesses, que assim ficam por realizar, facilmente conduzir a ações que perturbam a paz pública e a estabilidade política.

O esclarecimento dos fatores que possibilitaram e favoreceram os crimes não é efetuado.

Mas não só os autores dos crimes têm o desejo de esquecer. Também desagrada às vítimas a recordação de experiências frequentemente humilhantes, de impotência, dolorosas.

A verdade é emocionalmente difícil (Tuckett, 2011, p. 200).

O peso do silêncio (Dan Bar-On, 1993) atinge tanto os descendentes das vítimas, como os dos autores. Tudo aquilo que foi evitado, que não foi falado, transmite-se subliminarmente, permanece inconsciente, mas não ineficiente (Maciejewski, 2008, p. 248). Este peso também tem efeitos sociopolíticos e é imposto por uma anistia.

#### 4. COMISSÃO DE VERDADE E RECONCILIAÇÃO (CVR)

A descoberta e estabelecimento públicos da verdade são uma parte central da satisfação de interesses. O desejo de infligir um mal a indivíduos particulares não é empiricamente dominante (pelo menos não o é do lado das vítimas), nem se legitima de um ponto de vista normativo.

A desistência da aplicação de penas não exclui nem pedidos de indenização por danos, seja contra o Estado, seja contra qualquer funcionário em particular, nem medidas de direito administrativo, tais como a declaração de inadequação para o exercício de determinados cargos ou profissões. Seria natural atribuir competências às CVRs para o confisco de ficheiros e outros documentos e para arquivamento – para tal não há necessidade do processo penal (em sentido contrário, Hoffmann, 2011, p. 82). Uma CVR pode relativizar o "poder dos documentos" (da Silva Catela, 2012, p. 354), na medida em que as narrativas de vítimas e autores, também em relação a tais documentos, prestam, como "chave para a recordação" (da Silva Catela 2012, p. 366), um contributo importante à memória coletiva, a qual também representa contextos de esclarecimento (Reátegui, 2012, p. 348 ss.). Quanto mais a história, tal como ela na realidade se desenrolou, puder ser representada na memória cultural, tanto menos será a memória cultural ocupada por histórias ilusórias, místicas (Maciejewski, 2008, p. 244).

Certamente que a valoração dos conhecimentos obtidos poderia até certa medida ser excluída da competência da CVR, para assim se criar um clima que encorajasse a recordar, a descobrir, a trabalhar a verdade assim descoberta, e a integrá-la psiquicamente.

##### 4.1. PROCESSO PÚBLICO DA DESCOBERTA DA VERDADE

*You can't come back from Guantanamo  
You can't come home from Guantanamo  
(Ry Cooder, Election special Album, 2012)*

Para apresentar como melhor solução a constituição de uma Comissão de Verdade e Reconciliação, precisamos completar o nosso modelo com os vestígios do passado, que constituem fatores de risco para o regresso à ditadura.

Primeiro: a tortura, os "desaparecimentos forçados", a prisão ou a perseguição política e/ou a perda de familiares próximos traumatizam. "A perturbação de stress pós-traumático" (PTBS) abrange muitas consequências do trauma no plano individual. As relações com outros são quebradas, contatos com pessoas empáticas são suprimidos, é cortada uma ligação que oferece segurança (Varvin, Jovic e Rosenbaum, 2012, p. 941). A recordação do acontecimento traumático é com frequência isolada afetivamente e não é representada na memória episódica (Neuner, 2012, p. 36). A recordação isolada não é suficiente (Kattermann, 2012, p. 488). Representar os acontecimentos passados, acompanhados por medos de destruição (Varvin, Jovic e Rosenbaum, 2012, p. 953), superar esta revivescência – o passado surge no presente (Flashback) –, tudo isto não se consegue no silêncio. A mera possibilidade de que ainda se possa conseguir "voltar a sentir-se em casa no mundo" (Jean Amery) – é tanto mais improvável, quanto mais os atos sofridos tenham resultado num "assassinato da alma" (Levitt, 2012, p. 438). É necessário reviver os acontecimentos passados e proceder à sua assimilação na medida do possível (Katterman, 2012, p. 485 ss). Os atingidos reconhecem com frequência, pela primeira vez neste processo, eles próprios como pessoas que sofreram danos, como vítimas, e têm direitos e reivindicações a fazer (Reátegui, 2012, p.342).

Segundo: os traumas acumulados numa sociedade paralisam a vida social e política.

Terceiro: ter praticado crimes graves tem frequentemente para os autores um significado muito grande, contrariamente à hipótese de não terem significado algum. Os autores de crimes têm que se defender de uma consciência vingadora e diminuir o medo da perseguição através da negação persistente (Kattermann, 2012, p. 484; Varvin, Jovic e Rosenbaum, 2012, p. 941). Com o fim da ditadura, sofrem uma derrota os "sonhos desfeitos" da "salvação da pátria". Tudo isto está ligado a sentimentos dolorosos. A assimilação destas experiências, para se poder aprender com elas, não se consegue fazer isoladamente, apenas por si mesmo. É difícil sentir culpa depressiva, que abra o caminho ao arrependimento, à aprendizagem e à reparação. (Tuckett, 2011, p. 166).

Experiências de passividade e de posicionamento como vítima têm, estatisticamente, efeito destrutivo (Varvin, Jovic e Rosenbaum, 2012, p. 945). Nesta medida, os autores, polícias no ativo, soldados, em regra lutadores, sentem-se menos incomodados, perturbados ou destroçados. Os que se limitaram a ir com os outros, que olharam para o lado, que

silenciaram, todos esses não têm nenhum lugar nas investigações e no processo penal, embora sem eles muitos dos crimes não tivessem sido cometidos, ou pelo menos teriam sido objeto de uma reação negativa (Andresen & Heitmeyer, 2012, p. 11). A narração das suas histórias, a reflexão sobre as suas experiências pertencem ao processo de transição. Muitos remetem-se ao silêncio, porque a tal se sentem obrigados perante os seus superiores e colegas, e contribuem assim para abandonar as vítimas da violência e da tortura (cf. Helming & Mayer, 2012, p. 53). Frequentemente, o protesto que ficou por fazer e a dessolidarização com a vítima são vividos como uma vergonhosa covardia, como algo que não se recorda com gosto.

Relatar o sofrido, reconhecer aquilo que se fez ajuda e é salutar (Fegert, Rassenhofer und Schneider, 2012, S. 120), atua contra as tendências de desrealização e negação e também contra a inclinação disseminada para manter o silêncio. Certamente que apenas quando se encontra quem ouça. No entanto, tal falta com frequência no espaço não público. Só a vinda dos fatos a público é que acorda muitas das vítimas, que tinham sofrido uma "morte social" (Heitmeyer, 2012, p. 22), de novo para a vida social e política. Esta circunstância faz aumentar a justiça (Roth-Arriaza & Orlovsky, 2012, p. 495). No sentido contrário, a imagem de um autor de crimes monstruoso, nascida sob a cobertura do manto do silêncio, pode ser corrigida. O processo da descoberta da verdade e do reconhecimento no plano público reduz consequências traumáticas no plano individual e social.

O processo de enriquecimento cultural da memória promove recordações, que então também podem ser "trabalhadas" (Kattermann, 2012, p. 491). Deixar de reprimir e fazer o luto emocional dos acontecimentos recordados são aspectos deste processo (Buckley-Zistel & Oettler, 2011, p. 23).

Ao lado de um olhar alargado às instituições, o qual no seguimento examinarei mais de perto, dever-se-ia voltar a atenção para as consequências familiares, sociais, econômicas e culturais destrutivas das violações dos Direitos Humanos (Buckley-Zistel, 2011, p. 14). Numa superação do padrão autor-vítima como objeto da investigação, pode-se também perceber continuidades, por exemplo, nas relações entre sexos (Schäfer, 2011, p. 161). Com a respectiva investigação e esclarecimento, pode também ser dado um impulso à "renovação" cultural e social através da reorganização das instituições (Zyl, 2012, p. 48).

#### 4.2. OBJETOS DA INVESTIGAÇÃO

As Comissões de Verdade e Reconciliação constituídas até o presente dirigiram o seu foco para os danos individuais e para o sofrimento individual. Pressupõem-se os



crimes como sendo praticados culposamente por indivíduos concretos, apesar de a investigação das circunstâncias do autor ter sido, amiúde, feita de forma demasiado insuficiente. Se a análise criminológica acima exposta estiver exata, então deverá ser alargado o círculo dos objetos de investigação. Além disso, estes devem ser vistos no seu conjunto. A tarefa da investigação deve dirigir-se à estrutura de incentivos existente nas instituições e ao mesmo tempo aos mecanismos que contribuem para ignorar, negar, neutralizar e bagatelizar (Fegert, Rassenhofer und Schneider, 2012, p. 113). Com que histórias justificam os autores os seus atos e como é que representam perante si mesmos a situação social?

Histórias como a da *salvação da pátria* sugerem uma situação de emergência e oferecem ao mesmo tempo ao indivíduo o papel de herói. A história da *pequena rodinha na grande engrenagem*, maximizada na história da *obediência a ordens superiores*, nega qualquer espaço de atuação próprio. No processo penal, levam-se tais histórias *ad acta* como simples alegações com fins de proteção. No quadro de uma Comissão de Verdade e Reconciliação podem-se e devem-se investigá-las como ideias e guiões ilusórios, nos quais os participantes efetivamente acreditaram. A partir deste pano de fundo podem então ser reconhecidas as parcelas de responsabilidade individual, identificados os espaços de atuação individual.

Percebendo-se a interação de procedimentos diversos na situação, podem-se identificar "constantes institucionais" que sobreviveram à mudança de sistema. Foram justamente estes, para além de outros fatores, que levaram a que o recipiente apodrecesse e o número de maçãs podres aumentasse drasticamente. Centrar o foco no passado pode desviar o olhar do presente (Behnisch & Rose, 2012, p. 322; Zyl, 2012, p. 52 ff).

Se se imaginarem os indivíduos como variáveis e as instituições como constantes, descreve-se a relação de forma presumivelmente mais realista. Tal abre também aos indivíduos uma perspectiva de se "limparem", de curarem a sua podridão e oferece-lhes a possibilidade da mudança do padrão institucional como perspectiva de atuação realista e prometedora.

O que é importante é que seja aberto um espaço social, no qual se possa ganhar discernimento. Discernimento tanto das conexões de fato como do ilícito. Este ganho de discernimento processa-se sobre uma recordação "viva", embebida em emoções, uma percepção das forças opostas, que atuaram na situação passada. A presença de um observador ativo, mas tanto quanto possível pouco autoritário, catalisa da melhor forma este processo de discernimento. (Wurmser ,1989, p. 310 ss.).

Há quem não consiga legitimar as Comissões de Verdade e Reconciliação porque sente a falta das consequências, das consequências jurídicas, a descoberta da verdade não lhe parece suficiente.

Entrando, no entanto, em consideração com as instituições, então resultam das investigações possibilidades de tornar as instituições mais porosas. A renúncia à aplicação da pena pode enfraquecer a “lealdade do silêncio”. Uma descrição das “estruturas de possibilidade” (Ley & Ziegler 2012, p. 267, em relação ao abuso sexual) fornece o ponto de partida para modificar estas estruturas, ou pelo menos de não perder esta mudança de vista. Podem-se organizar “memórias institucionais” através de uma investigação relacionada respectivamente com a situação concreta e com a instituição. Tal contribui para imunizar os indivíduos que entram de novo na instituição. Devem ser promovidas a intervenção e a supervisão, cargos de provedores, comissões de visita; muitas visitas aumentam a permeabilidade (Fabricius, 2006, p. 121 ss). Em especial, trata-se, no entanto, de uma “concessão de poder” aos clientes, aos prisioneiros, de uma democratização da instituição (Ley & Ziegler, 2012, p. 275 ss). Desta maneira, pode-se prevenir o desenvolvimento uma “instituição gananciosa” (Coser nach Ley & Ziegler, 2012, p. 269), que também tome posse emocional dos seus membros.

Segundo Hirschmann (1974; Ley & Ziegler, 2012, p. 270), são assim as instituições sustentáveis, com “capacidade de sobrevivência”, das quais se pode sair e dentro das quais existe a possibilidade de discordar. Daqui depende essencialmente a lealdade dos indivíduos para com as instituições. E quanto menos se pode deixar a instituição tanto mais importante se torna a liberdade dela discordar.

É neste sentido que a Comissão de Verdade e Reconciliação surgiria como instituição do novo Estado.

A questão de deixar a instituição (ou de dela se ausentar ou de permanecer à distância) ainda teria que ser discutida com maior precisão. A abertura à possibilidade de discordar é em qualquer caso uma parte componente essencial da descoberta da verdade. Uma forma de descoberta da verdade que possibilita ao mesmo tempo a modificação das posições iniciais individuais e pode deste modo catalisar um processo de reconciliação. As constatações de fato que aí ocorrerem devem ser tomadas como demonstradas e como vinculativas para ulteriores processos relativos à prestação de indenizações. No entanto,

relatórios não demonstrados devem “ficar a aguardar”; e só aqueles em relação aos quais se fez prova em contrário devem ser objeto de indeferimento.

Alguns elementos de formato judicial contribuem para esta finalidade e os princípios da publicidade e da oralidade do processo penal se adequam ao caráter político e social. É necessário prescindir de sanções, sanções prejudicam indiretamente a liberdade de palavra e de expressão.

Esta imagem ambígua em relação aos órgãos judiciários é válida para todas as instituições estaduais e não estaduais. Todas têm que se tornar autorreflexivas e permeáveis. Tal pode apenas suceder num processo contínuo e muito dificilmente de forma radical.

## 5. | ORGÃOS JUDICIÁRIOS E OS JURISTAS

Nos crimes praticados durante o nacional-socialismo estiveram, para além dos médicos, essencialmente os juristas envolvidos de modo diversificado, em parte como força impulsionadora, em parte como meros seguidores (cf. os contributos em Haferkamp, Szöllösi e Ullmann (Hg.) 2012). Este profundo enredamento nos crimes nacional-socialistas tornava os órgãos judiciários da Alemanha Federal, em cujo pessoal se encontravam numerosos juizes, procuradores da República e advogados de defesa, culpados, assim como diretores de prisões, no fundo inapropriados para proceder à apreciação dos crimes (da mesma forma que sacerdotes católicos muito dificilmente serão os melhores interlocutores para as vítimas de abusos sexuais praticados por sacerdotes; André, 2012, p. 92). Em particular, estes fatos levaram a que nenhum dos juristas incriminados fosse acusado ou condenado por perversão do Direito. O assim chamado “privilegio dos juizes” foi extremamente alargado. A proteção e a reputação da instituição podem rapidamente tornar-se mais importantes do que a prossecução dos fins que nos termos do Direito a mesma tem que prosseguir (Bergmann, 2012, p. 96).

Portanto, e na melhor das hipóteses, os órgãos judiciários penais nacionais só poderão ser encarregados de conduzir tais processos quando não tenham estado envolvidos nos crimes praticados sob a ditadura.

Uma última pergunta é se os *juristas serão as pessoas certas para realizar a tarefa de “superação do passado”* – uma pergunta específica da profissão. (Vormbaum, 2013). Historicamente, nunca constituiu um problema encontrar juristas colaboradores com o Estado, e também no caso das ditaduras. Eram frequentemente cúmplices destacados dos crimes cometidos. Nesta medida, pode-se duvidar da sua idoneidade. Mas também outras

profissões, como, por exemplo, os médicos, e também psicólogos e psicanalistas, não estão de forma alguma imunes, nem necessariamente isentas de responsabilidades.

Os juristas não estão, no entanto, predestinados para a investigação e esclarecimento no sentido criminológico delineado. Do ponto de vista das profissões, a comissão devia ser composta de forma mista.

Quando neste domínio se encontram tão frequentemente culpas ou "cumplicidades", é natural que lhes seja dada mediação internacional.

Para concluir, quero mais uma vez acentuar que me referi aos fatores para o perigo de repetição dos atos criminosos, que estão relacionadas com o trabalho de possibilitar a prevenção de crimes futuros. Os fatores essenciais para o desenvolvimento de relações de não Direito ditatoriais (*diktatorische Unrechtsverhältnisse*) não se encontram aqui tratados. Sem os considerar e modificar de forma adequada, a transição não poderá ter sucesso duradouro. No entanto, e pelo contrário, apenas a "superação do passado" no sentido aqui descrito, pode contribuir para a possibilidade de que aquelas causas sejam social e politicamente percebidas e mudadas. As discussões no âmbito de uma Comissão de Verdade e Reconciliação podem desta forma servir à afirmação da democracia e assim, em última análise, à prática dos Direitos Humanos. (cf. Haller, 2012, p. 106 ss).

A perseguição penal posta em curso por pressão internacional pode facilmente ter o efeito oposto. Os atingidos não logram o discernimento e os Direitos Humanos indiretamente invocados carecem de legitimação democrática (Haller 2012, p. 116 f.). Se estiverem apenas o ofendido individual e o ofensor individual um face ao outro os Direitos Humanos são como que privatizados (Haller, 2012, p. 132 s).

## 6. CONCLUSÃO

Sendo corretos os pressupostos assumidos no modelo, então uma Comissão de Verdade e Reconciliação que contribua para o desenvolvimento de instituições porosas é claramente preferível à perseguição penal estadual, e também ainda à anistia, porque dá um maior contributo para o fim de evitar o regresso à ditadura.

Os pressupostos do modelo são em grande parte antigos, há muito tempo bem confirmados, mas as mensagens deparam há décadas com ouvidos surdos. No que respeita à inutilidade da pena para este fim e aos seus efeitos secundários prejudiciais, pode-se acompanhar a teoria da aprendizagem no passado até os "gatos de Thorndike", no ano 1907; as experiências de Milgram e Zimbardo realizaram-se na segunda metade do último

século e aproximam-se da considerável idade de 50 anos; e também, no restante, as descobertas sociopsicológicas, comprovando a alta medida de sugestionabilidade através de outros indivíduos ou do próprio contexto social, são antigas. Também as investigações psicanalíticas têm uma longa história.

Os meus ouvidos também estiveram por mais de 20 anos surdos. Eu conhecia, já nos princípios dos anos 80, as experiências de Milgram e Zimbardo. Só quando a tortura em Frankfurt (o caso do presidente da polícia delegado Daschner) e no regime dos Estados Unidos em Abu Ghraib me assustou é que percebi a sua relevância criminológica. Temos que aprender a reconhecer mensagens incômodas e verdades dolorosas. Daí, faz parte o efeito Lúcifer nas relações institucionais quotidianas. A visão do passado tem que andar de mão em mão com a visão do presente. "Superação do passado" significa:

- (1) criar uma representação adequada, pública, que possa encontrar ser recebida na memória cultural;
- (2) escrever uma história das continuidades que acompanham a passagem para a ditadura e a saída desta para a democracia; e
- (3) seguir o rastro destas continuidades no próprio processo de superação do passado. Quem não quer escrever esta história – anistia – corre o risco do regresso à ditadura da mesma forma que quem quer punir. Pois aquele que se vê como legitimado para condenar e punir muito dificilmente se poderá aperceber adequadamente, quer da sua própria culpa quer, prospectivamente, da sua própria responsabilidade.

Uma Comissão de Verdade e Reconciliação é uma instituição implementada em organizações. Está submetida aos mesmos processos que quer trabalhar. A Comissão de Verdade e Reconciliação tem inevitavelmente que ter sempre em atenção a autorreflexão e a "perfuração" porosa de si mesma enquanto trabalha os crimes cometidos no contexto da ditadura.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ABRÃO, P. / TORELLY, M. (2012): The Reparations Program as the Lynchpin of Transitional Justice in Brazil. In: *Transitional Justice. Handbook for Latin America*, ed. Reátegui, F., Brasil: Ministério da Justiça, 2012, pp. 443–486.
- ANDRÉ, H. (2012): Das Canisius-Kolleg und der "Eckige Tisch". In: *Zerstörerische Vorgänge*, Hg. Andresen, S. / Heitmeyer, W., Weinheim: Beltz, 2012, pp. 82–95.
- ANDRESEN, S. / HEITMEYER, W. (2012): Zerstörerische Vorgänge. Missachtung und sexuelle Gewalt gegen Kinder und Jugendliche in Institutionen – eine Einleitung. In: *Zerstörerische Vorgänge*, ed. Andresen, S. / Heitmeyer, W., Weinheim: Beltz, 2012, pp. 11–19.

- ARTHUR, P. (2012): How "Transitions" Reshaped Human Rights: A Conceptual History of Transitional Justice. In: *Transitional Justice. Handbook for Latin America*, ed. Reátegui F. Brasil: Ministério da Justiça, 2012, pp. 69–124.
- BAUMANN, M.M. (2011): Verabschiedung von den Opfern? Die namenlose Tragik des Friedens in Nordirland. In: *Nach Krieg, Gewalt und Repression. Vom schwierigen Umgang mit der Vergangenheit*, ed. Buckley-Zistel, S. / Kater, T., Baden-Baden: Nomos, 2011, pp. 39–57.
- BAR-ON, D. (1993): *Die Last des Schweigens. Gespräche mit Kindern von Nazi-Tätern*. Frankfurt: Campus.
- BEHNISCH, M. / ROSE, L. (2012): Frontlinien und Ausblendungen. Eine Analyse der Mediendebatte um den Missbrauch in pädagogischen und kirchlichen Institutionen des Jahres 2010. In: *Zerstörerische Vorgänge*, ed. Andresen S. / Heitmeyer W., Weinheim: Beltz, 2012, pp. 308–328.
- BERGMANN, C. (2012): Sexueller Missbrauch ist kein Thema der Vergangenheit. Erfahrungen und Ergebnisse nach eineinhalb Jahren Aufarbeitung. In: *Zerstörerische Vorgänge*, ed. Andresen, S. / Heitmeyer, W., Weinheim: Beltz, 2012, pp. 96–110.
- BRUNNER, J. (1996): Freud und die Politik der Religion. *Psyche* (50), pp. 786–816.
- BUCKLEY-ZISTEL, S. (2011): Einleitung: Nach Krieg, Gewalt und Repression. In: *Nach Krieg, Gewalt und Repression. Vom schwierigen Umgang mit der Vergangenheit*, ed. Buckley-Zistel, S. / Kater, T., Baden-Baden: Nomos, 2011, pp. 7–20.
- BUCKLEY-ZISTEL, S. / OETTLER, A. (2011): Was bedeutet: Transitional Justice?. In: *Nach Krieg, Gewalt und Repression. Vom schwierigen Umgang mit der Vergangenheit*, ed. Buckley-Zistel, S. / Kater, T., Baden-Baden: Nomos, 2011, pp. 21–37.
- BURT, J.M. (2012): Challenging Impunity in Domestic Courts: Human Rights Prosecutions in Latin America. In: *Transitional Justice. Handbook for Latin America*, ed. Reátegui, F., Brasil: Ministério da Justiça, 2012, pp. 285–314.
- CANTON, S. (2012): Amnesty Laws. In: *Transitional Justice. Handbook for Latin America*, ed. Reátegui, F., Brasil: Ministério da Justiça, 2012, pp. 245–270.
- CASTORIADIS, C. (1996): Psychoanalyse und Politik. *Psyche* (50), pp. 902–915.
- CORRERA, C. (2012): Reparation Programs for Mass Violations of Human Rights: Lessons from Experiences in Argentina, Chile and Peru. In: *Transitional Justice. Handbook for Latin America*, ed. Reátegui, F., Brasil: Ministério da Justiça, 2012, pp. 409–442.
- DA SILVA CATELA, L. (2012): The World of Archives. In: *Transitional Justice. Handbook for Latin America*, ed. Reátegui, F., Brasil: Ministério da Justiça, 2012, pp. 353–376.
- DE GREIFF, P. (2012): Justice and Reparations. In: *Transitional Justice. Handbook for Latin America*, ed. Reátegui F. Brasil: Ministério da Justiça, 2012, pp. 377–408.
- ERDHEIM, M. (1982): *Die gesellschaftliche Produktion von Unbewußtheit – Eine Einführung in den ethnopschoanalytischen Prozeß*. Frankfurt/M.: Suhrkamp.
- ENTORF, H. (1995): *Kriminalität und Ökonomie. Eine Bestandsaufnahme..* Mannheim: Institut f. Volkswirtschaftslehre u. Statistik.

- FABRICIUS, D. (2006): Folter und unmenschliche Behandlung in Institutionen. Feldeffekte und Schuldfähigkeit als kriminogene Faktoren. Hamburg: Merus.
- FEGERT, J. / RASSENHOFER, M. / SCHNEIDER, T. (2012): Betroffene hören. Ergebnisse der Begleitforschung für die telefonische Anlaufstelle der Unabhängigen Beauftragten zur Aufarbeitung des sexuellen Kindesmissbrauchs und Diskussion einer Forschungsagenda. In: Zerstörerische Vorgänge, ed. Andresen, S. / Heitmeyer, W., Weinheim: Beltz, 2012, pp. 111–129.
- FISCHER, M. (2011): Struggling for Justice, Truth and Reconciliation in the Western Balkans. In: Nach Krieg, Gewalt und Repression. Vom schwierigen Umgang mit der Vergangenheit, ed. Buckley-Zistel, S. / Kater, T., Baden-Baden: Nomos, 2011, pp. 59–79.
- GALAIN-PALERMO, P (2012): Übergangsjustiz und Vergangenheitsbewältigung in Uruguay.
- GERICKE, C. / MÜHLHÄUSER, R. (2011): Vergebung und Aussöhnung nach sexuellen Gewaltverbrechen. In: Nach Krieg, Gewalt und Repression. Vom schwierigen Umgang mit der Vergangenheit, ed. Buckley-Zistel, S. / KATER, T., Baden-Baden: Nomos, 2011, pp. 91–111.
- GONZÁLEZ, Cueva E. (2012): Where Are Truth Commissions Headed?. In: Transitional Justice. Handbook for Latin America, ed. Reátegui, F., Brasil: Ministério da Justiça, 2012, pp. 315–330.
- GOFFMANN, E. (1961): Asyl. Über die soziale Situation psychiatrischer Patienten und anderer Insassen. Frankfurt (1972): Suhrkamp.
- HALLER, G. (2012): Menschenrechte ohne Demokratie? Der Weg der Versöhnung von Freiheit und Gleichheit. Berlin: Aufbau.
- HANKEL, G. (2011): Die Gacaca-Justiz in Ruanda – ein kritischer Rückblick. In: Nach Krieg, Gewalt und Repression. Vom schwierigen Umgang mit der Vergangenheit, ed. Buckley-Zistel, S. / KATER, T., Baden-Baden: Nomos, 2011, pp. 167–183.
- HATTIE, J (2009): Visible Learning. A Synthesis over 800 Meta-Analysis relating to achievement. London: Routledge.
- HEIDHUES, A.N. (2011): Umstrittenes Terrain. In: Nach Krieg, Gewalt und Repression. Vom schwierigen Umgang mit der Vergangenheit, ed. Buckley-Zistel, S. / KATER, T., Baden-Baden: Nomos, 2011, pp. 221–241.
- HEITMEYER, W. (2012): Sozialer Tod. Sexuelle Gewalt in Institutionen: Mechanismen und System. In: Zerstörerische Vorgänge, ed. Andresen, S. / HEITMEYER, W., Weinheim: Beltz, 2012, pp. 22–35.
- HELMING, E. / MAYER, M. (2012), "Also über eine gute Sexualität zu reden, aber auch über die Risiken, das ist eine ganz große Herausforderung" – Einige ausgewählte Aspekte zum Umgang mit Sexualität und sexueller Gewalt in institutionellen Kontexten, die mit Kindern und Jugendlichen arbeiten. In: Zerstörerische Vorgänge, ed. Andresen S & Heitmeyer W.. Beltz, 2012, pp. 49–65.
- HIRSCHMAN, A.O. (1974), Abwanderung und Widerspruch. Reaktionen auf Leistungsabfall bei Unternehmungen, Organisationen und Staaten. Tübingen: Mohr (Siebeck).

HOFFMANN, K. (2011), Internationale Strafgerichte und Tribunale und ihre (potentielle) Rolle im Versöhnungsprozess. In: Nach Krieg, Gewalt und Repression. Vom schwierigen Umgang mit der Vergangenheit, ed. Buckley-Zistel, S. / Kater, T., Baden-Baden: Nomos, 2011, pp. 81–90.

JIMÉNEZ, J.P. (2010): Soziopolitische Gewalt: Psychosoziale Strategien und Maßnahmen zur Wiedergutmachung – der Fall Chile. *Psyche* (64), pp. 336–352.

KATTERMANN, V. (2012): Vom allmählichen Metabolisieren der Vergangenheit. Versuch einer Differenzierung im Verständnis sozialen Erinnerns. *Psyche* 6, pp. 481–505.

KERNBERG, O.F. (2001): Psychoanalytische Beiträge zur Verhinderung gesellschaftlich sanktionierter Gewalt. *Psyche* (55), pp. 1086–1109.

KOCH, K. (2012): Das Kind als Feind, das Kind als Freund. Was haben nationalsozialistisches Erziehungserbe und pädophile Ideologie mit der gegenwärtigen Missbrauchsdebatte zu tun? In: Zerstörerische Vorgänge, ed. Andresen, S. / Heitmeyer, W., Weinheim: Beltz, 2012, pp. 228 – 242

LEPPER, M.R. / GREENE, D. / NISBETT, R. (1973): Undermining Children's Intrinsic Interest with Extrinsic Reward: A Test of the "Overjustification" Hypothesis. *J Personality Social Psychology* (28), pp. 129–137.

LEVITT, C. (2012): Sigmund Freuds intensive Lektüre der Schriften Ludwig Feuerbachs. *Psyche* (66), pp. 433–455.

LEY, T. / Ziegler, H. (2012): Rollendiffusion und sexueller Missbrauch. Organisations- und professionstheoretische Perspektiven. In: Zerstörerische Vorgänge, ed. Andresen, S. / Heitmeyer, W., Weinheim: Beltz, 2012, pp. 264–280.

LÖBSACK, L. (2012): Verfassung und Alltag. Aachen: Shaker.

MACIEJEWSKI, F. (2008): Psychoanalytische Kulturtheorie (Freud) und kulturwissenschaftliche Gedächtnistheorie (Assmann). *Psyche* (62), pp. 235–252.

MAFFETTONE, S. (2005): Neue Identitäten. *Psyche* (59), pp. 629–662.

MASLACH, C. (2000): An Outsiders View of the Underside of the Stanford Prison Experiment. In: Obedience to Authority: Current Perspectives on the Milgram Paradigm, ed. Blass, T., Hove and London: Erlbaum, 2000, pp. 209–213.

MÉNDEZ, J.E. (2012): Accountability for Past Abuses. In: Transitional Justice. Handbook for Latin America, ed. Reátegui, F., Brasil: Ministério da Justiça, 2012, pp. 179–210.

MENTZOS, S. (1993): Der Krieg und seine psychosozialen Funktionen. Frankfurt/M.: Fischer.

MEYER, B. (2011): Flexibles Kunstwerk am Paradeplatz oder: Was für ein Denkmal braucht Deutschland für die toten Bundeswehr-Soldaten? In: Nach Krieg, Gewalt und Repression. Vom schwierigen Umgang mit der Vergangenheit, ed. Buckley-Zistel, S. / KATER, T., Baden-Baden: Nomos, 2011, pp. 205–220.

MÖLLER, C. (2003): Völkerstrafrecht und Internationaler Strafgerichtshof – kriminologische, straftheoretische und rechtspolitische Aspekte. Münster.

NEIER, A. (1998): War Crimes. Brutality, Genocide, Terror, and the Struggle for Justice. N.Y.: Times Books.



- NEUBACHER, F. (2002): Verbrechen aus Gehorsam – Folgerungen aus dem Milgram-Experiment für Strafrecht und Kriminologie. In: *Sozialpsychologische Experimente in der Kriminologie*, ed. Neubacher, F. / Walter, M., Münster: LIT, 2002, pp. 43-67.
- NEUBACHER, F. (2005): *Kriminologische Grundlagen einer internationalen Strafgerichtsbarkeit*. Tübingen: Mohr (Siebeck).
- NEUNER, F. (2012): Traumatisierung durch Gewalterfahrungen in Institutionen des Aufwachsens. In: *Zerstörerische Vorgänge*, ed. Andresen, S. / HEITMEYER, W., Weinheim: Beltz, 2012, pp. 36-48.
- PINK, D.H. (2010): *Drive. The surprising truth about what motivates us*. Edinburgh u.a.: Keningate.
- PRENGEL, A. (2012): Respekt und Missachtung. Interaktionen zwischen LehrerInnen und SchülerInnen. In: *Zerstörerische Vorgänge*, ed. Andresen, S. / HEITMEYER, W., Weinheim: Beltz, 2012, pp. 178-194.
- REÁTEGUI, F. (2012): Introduction. In: *Transitional Justice. Handbook for Latin America*, ed. Reátegui, F., Brasil: Ministério da Justiça, 2012, pp. 33-44.
- REÁTEGUI, F. (2012): The Victims Remember. Notes on the Social Practice of Memory. In: *Transitional Justice. Handbook for Latin America*, ed. Reátegui, F., Brasil: Ministério da Justiça, 2012, pp. 331-352.
- REESE, C. (2004): *Großverbrechen und kriminologische Konzepte. Versuch einer theoretischen Integration*. Münster: Lit.
- ROHT-ARRIAZA, N. (2012): The Need for Moral Reconstruction in the Wake of Past Human Rights Violations. An Interview with José Zalaquett. In: *Transitional Justice. Handbook for Latin America*, ed. Reátegui, F., Brasil: Ministério da Justiça, 2012, S. 159-178.
- ROHT-ARRIAZA, N. / Orlovsky, K. (2012): A Complementary Relationship: Reparations and Development. In: *Transitional Justice. Handbook for Latin America*, ed. Reátegui, F. Brasil: Ministério da Justiça, 2012, pp. 487-532.
- SALMÓN, E. (2012): Reflections on International Humanitarian Law and Transitional Justice: Lessons to Be Learnt from the Latin American Experience. In: *Transitional Justice. Handbook for Latin America*, ed. Reátegui, F., Brasil: Ministério da Justiça, 2012, pp. 211-244.
- SCHÄFER, R. (2011), Gender in der südafrikanischen Wahrheits- und Versöhnungskommission. In: *Nach Krieg, Gewalt und Repression. Vom schwierigen Umgang mit der Vergangenheit*, ed. Buckley-Zistel, S. / KATER, T., Baden-Baden: Nomos, 2011, pp. 151-166.
- SIEVERS, B. (2008): Die psychotische Organisation: Eine sozioanalytische Perspektive. *Psyche* (62), pp. 581-602.
- SPERBER, D. (1989): *Das Wissen des Ethnologen*. Frankfurt; N.Y.: Qumran.
- STEIN, R. (2005): Das Böse als Liebe und Befreiung: Zur psychischen Verfassung religiös motivierter Selbstmordattentäter. *Psyche* (59), pp. 97-126.
- STERMAN, J. (2000): *Business Dynamics*. N.Y.: McGraw-Hill.
- STIGLITZ, J. (2009): *Im freien Fall*. München: Siedler.
- TEITEL, R. (2012): Transitional Justice Genealogy. In: *Transitional Justice. Handbook for Latin America*, ed. Reátegui, F., Brasil: Ministério da Justiça, 2012, pp. 125-158.

TUCKETT, D. (2011): *Minding the Markets. An Emotional Finance View of Financial Instability*. Houndmills/New York: PalgraveMcMillan.

VARVIN, S. / JOVIC, V. / ROSENBAUM, B. (2012): Traumatische Träume: Streben nach Beziehung. *Psyche*, pp. 937–967.

VOLKAN, V.D. (2000): Großgruppenidentität und auserwähltes Trauma. *Psyche* (54), S. 931–953.

VORMBAUM, T.: neste Tomo.

WEINKE, A. (2011): Transnationale "Übergangsjustiz" und nationale "Vergangenheitsbewältigung". In: *Nach KRIEG, Gewalt und Repression. Vom schwierigen Umgang mit der Vergangenheit*, ed. Buckley-Zistel, S. / KATER, T., Baden-Baden: Nomos, 2011, pp. 113–130.

WINNICOTT, D.W. (1965): *Familie und individuelle Entwicklung*. Frankfurt/M. (1978): Fischer.

WIRTH, H.J. (2001): Fremdenhass und Gewalt als familiäre und psychosoziale Krankheit. *Psyche* (55), pp. 1217–1244.

WURMSER, L. (1989): *Die zerbrochene Wirklichkeit. Psychoanalyse als das Studium von Konflikt und Komplementarität*. Berlin/Heidelberg/N.Y.: Springer.

ZIMBARDO, P.G. (2007): *The Lucifer-Effect*. London: Random House.

ZYL, Pv. (2012): Promoting Transitional Justice in Post Conflict Societies. In: *Transitional Justice. Handbook for Latin America*, ed. Reátegui F., Brasil: Ministério da Justiça, 2012, pp. 45–68.



# Constitui a anistia obstáculo para a Justiça de Transição brasileira?<sup>1</sup>

LAURO JOPPERT SWENSSON JUNIOR

---

<sup>1</sup> O presente texto corresponde a uma versão revisada e ampliada de trabalho já publicado na obra coletiva *Justiça de Transição – Reparação, Verdade e Justiça. Perspectivas comparadas Brasil-Espanha* (Carol Pruner, Paula Abrão, Rosário V. Fernández (Org.)), Belo Horizonte: Fórum, 2013), a partir do congresso realizado em Sevilha, entre 11 e 13 de maio de 2011. Gostaria de agradecer a Erika C. Vegners e Sérgio Ferreira Mendes pela valiosa leitura crítica e correção do manuscrito, sendo minha a responsabilidade pelos eventuais erros.

## 1. PROBLEMÁTICA

O Brasil, através da anistia concedida pela Lei nº 6.683, de 28 de agosto de 1979, acabou por garantir a impunidade penal aos autores de delitos graves praticados na repressão política, como torturas, execuções sumárias e desaparecimentos forçados. Prevaleceu e prevalece na práxis judicial brasileira o entendimento de que a concessão da anistia pela Lei nº 6.683 deu-se com base no amplo e *sui generis* critério da motivação política dos atos, independentemente da identidade do agressor ou do bem jurídico atingido, abrangendo, portanto, tanto os que lutaram para derrubar a ditadura quanto aqueles que lutaram para salvaguardá-la. Entendimento esse, inclusive, confirmado em 29 de abril de 2010 pelo Supremo Tribunal Federal (STF) no julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental de número 153 (ADPF/153).

E desse fato decorrem fortes críticas à Justiça de Transição brasileira e à decisão da ADPF/153 pelo STF, especialmente se comparada com os caminhos percorridos pelos nossos vizinhos sul-americanos que revogaram suas respectivas leis de anistia e com as orientações jurisprudenciais da Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), a partir dos casos *Barrios Altos vs. Peru*, em 14 de março de 2001, *La Cantuta vs. Peru*, em 29 de novembro de 2006, *Almonacid Arellano et. al. vs. Chile*, em 26 de setembro de 2006,

*Massacre de la Rochela vs. Colômbia*, em 11 de maio de 2007 e, em relação ao Brasil, *Caso Gomes Lund vs. Brasil (Guerrilha do Araguaia)*, em 24 de novembro de 2010.

O argumento recorrente nessa crítica consiste em dizer que o Brasil não passou ainda por uma Justiça de Transição adequada, suficiente, correta, satisfatória, em razão da impunidade garantida pela Lei da Anistia aos autores da criminalidade estatal. Ou seja, que a anistia constitui um obstáculo – ou quiçá o maior deles – para a Justiça transicional brasileira<sup>2</sup>.

Ainda que não se defina e tampouco se discuta em pormenores quem decide sobre o que é uma transição política adequada, suficiente, correta, satisfatória, e quais os critérios para se julgar essa adequação, suficiência, satisfação ou correteza (*Richtigkeit*), parte-se do pressuposto que a transição política para a democracia ou a justiça transicional não é "adequada" porque não se instituiu uma Comissão da Verdade e porque não ocorreu a perseguição penal aos supostos autores de crimes praticados durante a repressão política. Se a causa da não perseguição penal é a anistia e a causa da não adequada transição política é a falta de perseguição penal, logo a anistia é um dos principais obstáculos para a adequada Justiça de Transição<sup>3</sup>.

A questão é que, se levada às últimas consequências, essa conclusão nos conduziria, por um lado, a uma exacerbada simplificação da própria ideia de justiça transicional, que corresponde a um fenômeno muito mais abrangente e complexo que a penalização aos autores da delinquência do regime autoritário. Por outro lado, a falácia de que todo país que decidisse anistiar os agentes estatais que praticaram crimes durante a repressão política teria necessariamente uma Justiça de Transição "inadequada" e fadada ao fracasso. De sorte a indagar-se em que medida uma anistia afeta, compromete ou prejudica a justiça transicional de um país. *Será que a Lei nº 6.683/79, que garantiu e garante a impunidade*

2 Conforme, por exemplo, José Carlos Moreira da Silva Filho, a respeito da justiça transicional brasileira: "A ausência de uma adequada transição política contribui para que a democracia não se desenvolva, para que ela fique isolada em um discurso democrático ao qual corresponde, em verdade, uma prática autoritária. Em relação à ditadura civil-militar imposta no Brasil a partir de 1964, é por demais evidente que não houve ainda uma transição adequada. Ao contrário de outros países da América Latina que amargaram ditaduras no mesmo período, no Brasil não houve, até o presente, uma Comissão da Verdade e muito menos a apuração e a responsabilização penal dos agentes públicos e seus mandantes que cometeram crimes contra a humanidade. Isto se reflete na continuidade da extrema violência empregada pelas forças de segurança pública no país, e em especial da tortura como método de investigação criminal. Reflete-se também no caráter conservador do Poder Judiciário brasileiro." *J. C. M. Silva Filho*, O Julgamento da ADPF 153 pelo Supremo Tribunal Federal e a Inacabada Transição Democrática Brasileira, *s/d*, disponível em: <<http://idejust.files.wordpress.com/2010/07/0-julgamento-da-adpf-153-pelo-supremo-tribunal-federal-e-a-inacabada-transicao-democratica-brasileira.pdf>>, p. 2. Uma versão anterior deste artigo encontra-se em: *J. C. M. Silva Filho*, O Julgamento da ADPF 153 pelo Supremo Tribunal Federal e a Inacabada Transição Democrática Brasileira. In: *Inês V. P. Soares, Flávia Piovesan*. (Org.). Direito ao Desenvolvimento. São Paulo: Fórum, 2010, pp. 515-545.

3 Segundo *Glenda Mezarobba*, O que é Justiça de Transição? Uma análise do conceito a partir do caso brasileiro. In: *Inês V. P. Soares; Sandra A. S. Kishi*. Memória e verdade. A justiça de transição no estado democrático brasileiro. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 44: "A base de sustentação de tais direitos e deveres (da justiça transicional) está na noção, aprofundada ao longo dos últimos 60 anos, de que a impunidade constituiria um obstáculo ao desenvolvimento da democracia e uma ameaça considerável ao processo de democratização." Cf. *Silva Filho*, (Fn. 1), p. 4, a respeito da decisão do STF na ADPF/153: "Este julgamento traduz-se em uma fortíssima evidência de que o Brasil ainda está engatinhando no quesito do fortalecimento da democracia e do desenvolvimento esperado a partir de um adequado processo de transição política". Nesse sentido, *Deisy Ventura*, a interpretação judicial da Lei da Anistia brasileira e o direito Internacional. In: *Leigh A. Payne, Paulo Abrão* et. al. (Org.), A anistia na era da responsabilização: o Brasil em perspectiva internacional e comparada. Brasília: Ministério da Justiça; Oxford: Oxford University, 2011, pp. 308-343.

## 2. NOVE ASSERTOS SOBRE ANISTIA

Existe no Brasil um recente e já extenso debate, especialmente no Direito, sobre a validade de nossa Lei da Anistia, aos agentes da repressão estatal, que culminou inclusive com o julgamento da ADPF/153 pelo STF. Para responder a essas perguntas, me concentrarei em apenas nove pontos críticos sobre a anistia que, a meu ver, se destacam nas disputas interpretativas que envolvem seu significado. Para a presente análise, examinamos verticalmente o acórdão do STF sobre a ADPF/153, de modo que todos os votos doravante citados referem-se a este julgado.

1) *Anistia não é perdão*. Quem pode perdoar são as vítimas diretas e indiretas (por exemplo, os familiares) das violências e da criminalidade do regime militar, e nunca o Estado, através de seus poderes Legislativo, Executivo ou Judiciário. O perdão é individual, pessoal: diz respeito apenas ao autor da ofensa, de um lado, e à vítima, de outro. Somente quem cometeu a agressão é que pode pedir perdão; da mesma forma, apenas quem sofreu a agressão é quem pode perdoar. Uma sociedade não perdoa. Tampouco existe verdadeiro perdão coletivo. Se há a intervenção de um terceiro, pode-se falar em anistia, reconciliação, reparação etc., mas nunca em perdão<sup>4</sup>.

É verdade que, neste momento histórico em que vivemos e especialmente em um contexto de transição política, é comum elaborar-se todo um "espaço teatral" em que se joga, sinceramente ou não, o "grande perdão", "a grande cena de arrependimento". Por exemplo, o pedido de perdão feito pelo papa João Paulo II pelos atos cometidos no passado por católicos contra os índios e os negros (outubro de 1992), contra os judeus (março de 2000), contra a população da Croácia e Bósnia durante a guerra, entre 1992 e 1995 (junho de 2003) etc. Ou ainda o mundialmente conhecido "Kniefall von Warschau", em 7 de dezembro de 1970, pelo então presidente da República Federal da Alemanha, Willy Brandt, diante do memorial do levante do Gueto de Varsóvia de 1943. Trata-se, pois, de um "perdão" do sistema político, que admite na sua semântica cálculos estratégicos, negociações, condicionantes, o sopesamento de finalidades e interesses, sejam eles nobres ou não.

4 *Kai Ambos*, The legal framework of transitional justice: a systematic study with a special focus on the role of the ICC. In: *K. Ambos, Judith Large, Marieke Wierda* (Org.), Building a future on peace and justice: studies on transitional justice, peace and development. Berlin, Heidelberg: Springer, 2009, p. 27, nota 48. Contrariamente, *Silva Filho* (Fn. 1), p. 42; Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 153 (ADPF/153), Voto *Carmen Lúcia*, p. 95: "(...) mais que uma anistia, que é resultado de perdão"; Voto Ayres Britto, p. 135: "Digo isso porque a anistia é um perdão, mas é um perdão coletivo. É a coletividade perdoando quem incidiu em certas práticas criminosas"; Voto Marco Aurélio, p. 155: "Anistia é virada de página definitiva, é perdão em sentido maior, desapego a paixões que nem sempre contribuem para o almejado avanço cultural"; Voto *Cezar Pelusa*, p. 206 "cujos crimes foram perdoados" e p. 214: "Só uma sociedade superior, qualificada pela consciência dos mais elevados sentimentos de humanidade é capaz de perdoar, porque só uma sociedade que, por ter grandeza, é maior do que seus inimigos é capaz de sobreviver. Uma sociedade que queira lutar contra os inimigos com as mesmas armas, os mesmos instrumentos, os mesmos sentimentos, está condenada a um fracasso histórico".

Por outro lado, no sentido a que me refiro, mais filosófico (Derrida) e também teológico (Cartas Paulinas), o perdão consiste justamente no contrário: uma renúncia injustificável, incondicional, não negociável, não econômica, apolítica e não estratégica. Neste caso, por exemplo, por mais que fossem apresentados a uma vítima de tortura ou aos familiares de um desaparecido político argumentos (políticos, morais, éticos, econômicos, religiosos etc.) que justificassem a concessão do perdão, tais argumentos, para essas pessoas, muito provavelmente não seriam suficientes. Não haveria nada, nenhuma norma (jurídica, moral, social, religiosa etc.), nenhum argumento que pudesse convencê-los a perdoar. E é justamente nessas situações que, paradoxalmente, seria possível o perdão, no seu sentido mais puro e autêntico: o enigma de se perdoar ou se poder perdoar somente o imperdoável<sup>5</sup>. Esse sentido em nada equivale ou se assemelha ao da anistia<sup>6</sup>.

2) *Anistia não é ab-rogação da lei penal*. Ainda que certos autores<sup>7</sup> e a própria Petição Inicial da ADPF/153 afirmem o contrário. Consta, por exemplo, no texto da Inicial que, *"diversamente da graça e do indulto, (a anistia) não apenas extingue a punibilidade – como declara imperfeitamente o art. 107, II, do Código Penal – mas descriminaliza a conduta criminosa. A lei dispõe, retroativamente, que certos e determinados crimes deixam de ser considerados como tais"*<sup>8</sup>. Este entendimento confunde anistia com revogação ou ab-rogação da lei penal e declaradamente viola aquilo que prescreve a lei (art. 107, II, do Código Penal) e boa parte da doutrina: que a anistia é causa de extinção de punibilidade, tornando inaplicável apenas a norma de sanção, e não a de conduta<sup>9</sup>. Ela não apaga ou extingue o crime, mas limita-se a tornar inaplicável tão somente a pena e seus efeitos. Ora, é justamente por não invalidar a norma de conduta que a anistia não extingue a responsabilização civil do anistiado (acerca da violação dessa norma), permanecendo a obrigação de indenizar e reparar os danos ocasionados à vítima e a terceiros.

3) *Juridicamente, a definição dos beneficiários da anistia é política e incondicionada*. Não existe fixação no direito positivo brasileiro de quaisquer limites ao poder discricionário da autoridade competente para decretar ou não anistia, muito menos para dizer quais devam ser seus destinatários. Ainda que a anistia se relacione comumente a crimes políticos e a mudanças de regime, nossa atual Constituição Federal (CF/88) – assim como todas as anteriores Constituições da República brasileira – não indica os motivos para a concessão

5 *Jacques Derrida*. El siglo y el perdón. Fe y saber. Buenos Aires: Ediciones de la Flor, 2003, pp. 7-39.

6 *Laura Jappert Swensson Jr*, Anistia Penal. Problemas de validade da lei de anistia brasileira (Lei 6.683/79). Curitiba: Juruá, 2007, pp. 131-140.

7 *Anibal Bruno*, Direito Penal, Tomo III, 3ª ed. São Paulo: Forense, 1967, pp. 202, 203: "Ela (anistia) não se limita a excluir a pena, extingue o próprio crime e com ele todos os seus efeitos penais. (...) Em suma, a anistia não se destina propriamente a beneficiar alguém; o que ela faz é apagar o crime, e, em consequência, ficam excluídos de punição aqueles que o cometeram". Cf. também voto Gilmar Mendes, p. 250, citando este autor.

8 *Ordem dos Advogados do Brasil*, Conselho Federal, APDF/153, Petição Inicial, p. 17. Disponível em <[http://www.oab.org.br/arquivos/pdf/Geral/ADPF\\_anistia.pdf](http://www.oab.org.br/arquivos/pdf/Geral/ADPF_anistia.pdf)>

9 Cf. indicações bibliográficas em *Swensson Jr*. (Fn. 6), p. 147 e ss.; especialmente *Gustavo Zagrebelsky*, Amnistia, indulto e grazia: profili costituzionali. Milão: Giuffrè, 1974, p. 69 e ss.



de anistia, nem estabelece limitações ao tipo de infração ou à identidade do infrator — a não ser a atual proibição de anistia à prática da tortura, ao tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, ao terrorismo e aos crimes hediondos, imposta pelo art. 50, XLIII da CF/88, mas que não se aplica aos crimes praticados antes da data de promulgação desta Carta Magna, em razão do princípio da irretroatividade da lei penal em prejuízo do acusado ou do réu, previsto no seu art. 5º, XL.

A anistia penal, de competência da União (CF, art. 21, XVII) e concedida mediante lei ordinária (CF, art. 48, VIII), é um ato revestido de caráter político, cuja amplitude é definida de maneira eminentemente política<sup>10</sup>. Qualquer nova limitação ao poder da autoridade competente para anistiar, como a proibição de anistia para os autores de crimes de lesa-humanidade, só pode ser feita através de proposta de mudança legislativa (a exemplo do Projeto de Lei nº 4.038/2008), valendo para casos posteriores à promulgação dessa lei. De outro modo, de lege lata tal limitação não é possível<sup>11</sup>.

4) *A anistia refere-se, de modo genérico, a certa categoria de acontecimentos e não a determinadas pessoas.* A referência, de maneira genérica, a certa categoria de acontecimentos, e não às pessoas, individualmente, constitui uma exigência da própria Constituição, no tocante ao princípio da igualdade, e também da justiça penal (*Strafgerichtigkeit*)<sup>12</sup>.

Ora, toda anistia cria certa situação de desigualdade entre anistiados e não anistiados, entre aqueles que foram e os que não foram beneficiados pela anistia. Toda anistia, nesse sentido, viola o princípio da igualdade ao livrar somente determinadas categorias de investigados, réus ou condenados da persecução penal e do cumprimento da pena, e não todas as pessoas indistintamente. Se levado esse raciocínio às últimas consequências, toda anistia seria desde sempre injusta e inconstitucional. O que garante sua justiça e sua constitucionalidade em relação ao princípio constitucional da isonomia é exatamente o *caráter objetivo da lei*<sup>13</sup>. Uma lei de anistia não deve anistiar determinadas pessoas em

10 *Tércio S. Ferraz Jr.* A Lei de Anistia impede a punição dos que praticaram tortura durante o regime militar? Sim. Folha de S. Paulo, 16/07/2008. Disponível em: <<http://www.terciosampaioferrazjr.com.br/?q=publicacoes-cientificas/123>>; ADPF/153, Voto Gilmar Mendes, pp. 234 e 235; *Dimitri Dimoulis*, Anistia. In: *D. Dimoulis* et. al. (Org.), Dicionário brasileiro de direito constitucional. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, pp. 38 e 39. Contrariamente, *Ambos* (Fn. 4), p. 54 e ss.: "Blanket amnesties are generally inadmissible"; *Fábio K. Comparato*. A Balança e a Espada, 2010. Disponível em: <[http://www.ajd.org.br/artigos\\_ver.php?idConteudo=59](http://www.ajd.org.br/artigos_ver.php?idConteudo=59)>.

11 Segundo uma pesquisa desenvolvida entre 2003 e 2006 pelo "Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht" de Freiburg e que contou com a participação de 33 países, verificou-se que apenas na Constituição da Venezuela há proibição expressa de anistia aos crimes internacionais. *Helmut Kreicker* Völkerstrafrecht in Ländervergleich. In: *Albin Eser; Ulrich Sieber, H. Kreicker* (Org.). Nationale Strafverfolgung völkerrechtlicher Verbrechen/ National Prosecution of International Crimes, vol. 7. Berlin: Duncker & Humblot, 2006, pp. 306 e 307. Cf. também *Ambos* (Fn. 4), pp. 58 e 59.

12 Esse entendimento contraria, todavia, o sustentado pela Petição Inicial da ADPF/153 que, no que diz respeito à concessão de anistia aos agentes estatais, considera a Lei nº 6.683/79 inconstitucional, porque o seu texto estenderia "a anistia a classes absolutamente indefinidas de crimes" e, dessa forma, feriria o princípio constitucional da igualdade. Ou seja, a isonomia estaria sendo afrontada na medida em que "nem todos são iguais perante a lei em matéria de anistia criminal". *Ordem dos Advogados do Brasil* (Fn. 8), p. 18.

13 Cf. o Parecer do Conselheiro *José Paulo Sepúlveda Pertence* ao Conselho Federal da OAB sobre o Projeto de Lei de Anistia em tramitação no Congresso Nacional, de 24/07/1979: A grandeza da anistia está, por definição, "na generalidade objetiva da determinação do seu alcance" 55, p. 3. "Mais do que a forma de lei (que decorre de sua essência, mas com ela não se confunde), o que caracteriza a anistia é a sua objetividade", 54, p. 2. Disponível em: <[http://s.conjur.com.br/d/parecer\\_oab\\_anistia\\_79.pdf](http://s.conjur.com.br/d/parecer_oab_anistia_79.pdf)>

concreto (Tício, Caio etc.), mas grupo de pessoas em abstrato, mediante determinado critério objetivo (por exemplo, os autores de crimes políticos ou praticados por motivação política)<sup>14</sup>.

5) *Concordar com a anistia não é concordar com as violências praticadas*. Decidir pela validade da Lei da Anistia não significa pactuar ou consentir com as atrocidades praticadas pelo regime militar, muito menos discordar que a tortura, por exemplo, seja um ato de extrema barbárie, a negação da própria humanidade ou o “*desumanismo da ação de um ser mais animal que gente*”<sup>15</sup>. Conforme enfatiza o ministro relator Eros Grau, que vivenciou ele mesmo as sevícias dos porões da ditadura: “*É necessário dizer, por fim, vigorosa e reiteradamente, que a decisão pela improcedência da presente ação não exclui o repúdio a todas as modalidades de tortura, de ontem e de hoje, civis e militares, policiais ou delinquentes*”<sup>16</sup>.

6) *Anistia não é esquecimento*<sup>17</sup>. Reconhecer a validade da Lei da Anistia não significa apagar ou esquecer o passado. É verdade que o significado da anistia costuma ser tradicionalmente atrelado ao de esquecimento, como indica inclusive a etimologia do termo: a palavra “anistia”, como “*amnésia*”, deriva do grego “*amnèstia*”, que significa esquecimento. E disto decorreria um dos principais problemas das leis de anistia, por consistirem em um “esquecimento encomendado” às atrocidades praticadas e, dessa forma, um provável convite a sua repetição. De modo a ser referida por certos autores como verdadeiras “práticas escandalosas”.

Todavia, *juridicamente falando*, anistia não significa (e não deve significar) esquecimento. Ou seja, reconhecer a validade da Lei da Anistia não significa necessariamente apagar ou esquecer o passado e impor “o peso do esquecimento” (*die Last des Schweigens*)<sup>18</sup>, apesar de essa origem etimológica e a referência insistente e costumeira dos autores e dos juristas indicarem o contrário. A anistia opera tão somente no nível da descriminalização das condutas delitivas praticadas, isto é, torna apenas a norma de sanção (e não a norma de conduta) inaplicável, ficando todo o restante em aberto, a começar pela responsabilização civil e administrativa dos agentes da repressão, pela reparação financeira e moral às

14 *Dimoulis*, (Fn. 19), p. 38, 39; *Swenson Jr.* (Fn. 6), p. 146.

15 ADPF/153, Voto *Carmen Lúcia*, p. 97.

16 ADPF/153, Voto *Eros Grau*, p. 45.

17 Cf. *Procuradoria Geral da República*, ADPF/153, Nº. 1218 - PGR - RG, 29/01/2010, item 104, p. 38. Disponível em: <[http://www.sbdp.org.br/arquivos/material/615\\_ADPF%20153%20PGR.PDF](http://www.sbdp.org.br/arquivos/material/615_ADPF%20153%20PGR.PDF)> Contrariamente, ADPF/153, Voto *Carmen Lúcia*, p. 95: “(...) menos ainda de esquecimento, como normalmente uma anistia é”; Voto *Marco Aurélio*, p. 155: “a anistia é o apagamento do passado em termos de glosa e responsabilidade de quem haja claudicado na arte de proceder”; Voto *Ellen Gracie*, p. 152: “Anistia é, em sua acepção grega, esquecimento, oblivio, desconsideração intencional ou perdão de ofensas passadas. É superação do passado com vistas à reconciliação de uma sociedade. E é, por isso mesmo, necessariamente mútua. É o objetivo de pacificação social e política que confere à anistia seu caráter bilateral. A esse respeito, Plutarco dizia “uma lei que determina que nenhum homem será interrogado ou perturbado por coisas passadas chamada Anistia, ou Lei do Esquecimento.”

18 Cf. texto de *Dirk Fabricius*, neste volume.

vítimas e pelo direito "à verdade histórica"<sup>19</sup>. Como disse Paulo Brossard, em discurso proferido no Senado em 17 de março de 1981: *"Estejam tranquilos os torturadores. O caráter bilateral da anistia os beneficiou: estão eles a salvo da lei penal pelos crimes que tenham cometido. O fato da tortura, porém, é inapagável. É uma nódoa histórica que a anistia desgraçadamente não apaga. Antes apagasse"*<sup>20</sup>. O "esquecimento" atribuído pela anistia, se assim quisermos falar para preservar o étimo do termo, deve aplicar-se à pena, e não à conduta criminosa e a sua reprovação. Ou seja, o que deve ser esquecido é tão somente a atribuição da pena e seus efeitos às condutas praticadas, e não o crime como um todo (normativamente falando) ou sua prática (descritivamente falando).

Em relação à busca dessa "verdade", ou, melhor dizendo, desse "conhecimento" do passado ou do "resgate da memória", vale destacar ainda que é deveras um imperativo ético ou da "dignidade nacional"<sup>21</sup> viabilizar a reconstituição histórica daqueles tempos, através da abertura de todos arquivos da repressão que, como escreveu Georgete Medleg Rodrigues, *"instituem a marca do vivido, do sofrido, do testemunhado"*<sup>22</sup> e, dessa maneira, possuem justamente a finalidade de conjurar ou exorcizar a ameaça do esquecimento. Inclusive essa busca pela abertura de arquivos já vem sendo, há algum tempo, realizada pelos historiadores, de modo que aquilo que se pretende agora não é tanto (ou somente) o conhecimento histórico dessa verdade, mas também a maior divulgação e a discussão sobre esse conhecimento. O interesse não é apenas histórico, moral, mas também político,<sup>23</sup> no sentido da sempre lembrada afirmação de George Santayana, em sua obra *The Life of Reason: "Those who cannot remember the past are condemned to repeat it"*<sup>24</sup>. Por outro lado, é importante enfatizar que aquilo que impedia o conhecimento de certos documentos relativos ao período da repressão não é e nunca foi a anistia, mas sim as antigas leis de acesso às informações públicas (Leis nº 8.159/91 e nº 11.111/05), que desafortunadamente as cobriam de sigilo, até a promulgação, em 18 de novembro de 2011, da atual Lei nº 12.527<sup>25</sup>.

19 Cf. *Pertence* (Fn. 13), p. 6: "Não é preciso acentuar, de seu turno, que a extensão da anistia aos abusos da repressão terá efeitos meramente penais, não elidindo a responsabilidade civil do Estado, deles decorrentes". Cf. também entrevista de *Pertence* ao Carta Maior em 18/01/2010; Sobre as aporias e dificuldades relacionadas à verdade, cf. *Gunther Arzt*, Einführung in die Rechtswissenschaft: Grundlagen mit Beispielen aus dem schweizerischen Recht. 2ª ed. Basel: Helbing & Lichtenhahn, 1996, p. 53; *Antonio Martins*, Sobre direito, punição e verdade. Reflexões acerca dos limites da argumentação jurídica. In: *Dimoulis, Martins, Swensson Jr.* (Org.). Justiça de transição no Brasil: direito, responsabilização e verdade. São Paulo: Saraiva, 2010, pp. 61-90; *Dimoulis*, Justiça de transição e função anistiantes no Brasil. Hipostasiações indevidas e caminhos de responsabilização. In: Idem, 2010, pp. 99-106; *Soraya G. Lunardi, D. Dimoulis*. A verdade e a justiça constituem finalidades do processo judicial? Revista Sequência, nº 55, pp. 175-194, dez. 2007.

20 *Paulo Brossard*, Anistia e torturas. Discurso proferido na sessão de 17 de março de 1981 do Senado Federal. Brasília: Senado Federal, Centro Gráfico, 1981. Conforme ainda o Ministro *Eros Grau* no final do seu voto, p. 45: "Há coisas que não podem ser esquecidas"

21 Cf. entrevista de *Pertence* ao Carta Maior, supracitada.

22 *Georgete M. Rodrigues*. Arquivos, anistia política e justiça de transição no Brasil: onde os nexos? Revista Anistia Política e Justiça de Transição, vol. 1. Brasília: Ministério da Justiça, 2009, p. 147.

23 Ver *Regis Dudena*, sobre Comissão da Verdade como organização do sistema político, manuscrito.

24 *George Santayana*. The Life of Reason or the Phases of Human Progress. Introduction and Reason in Common Sense, vol. 1. London: Archibald Constable, 1906, p. 284.

25 Cf. ADPF/153, votos de *Eros Grau*, p. 45; *Carmen Lúcia*, p. 79; *Ellen Gracie*, p. 152 e *Cezar Peluso*, p. 209.

7) *Anistia não é repetição*. Não sendo esquecimento, decidir pela validade da Lei nº 6.683/79 não significa que as atrocidades praticadas no passado devam ou tendam necessariamente a repetir-se em razão dessa decisão. A democracia no Brasil é um processo inacabado, perene, cujos aprofundamento e fortalecimento dependem da luta dos segmentos sociais interessados, os quais constituem a grande maioria do povo brasileiro. A repetição das lamentáveis experiências pretéritas da ditadura, que permanecem sim como uma potencialidade,<sup>26</sup> depende muito mais de reformas na estrutura do Estado, de campanhas de esclarecimento da opinião pública sobre o passado (através de monumentos, exposições, centros de "memória" e pesquisa, reorganização e abertura de arquivos, datas comemorativas, publicações etc.) do que da opção política do Estado em não punir agentes estatais encarregados da repressão política da ditadura.

- Por que, por exemplo, não temos ditadura na Argentina nos últimos vinte anos? Porque alguém tem medo da punição? Ou porque mudaram as condições? E se ficássemos no pacto inicial de não punição na Argentina, haveria maior risco de ditadura?

- Outro exemplo: por que, após a Primeira Guerra Mundial, não deixou de haver o surgimento do regime totalitário na Alemanha e toda sua conhecida criminalidade estatal, mesmo após a aplicação do modelo de punição de justiça transicional, com todas as sanções impostas pelo Tratado de Versalhes (responsabilização coletiva) e com os vários julgamentos e condenações realizados pelos tribunais nacionais (responsabilização individual)?

Insistir nessa profecia (de que a anistia é responsável pela repetição das atrocidades do passado) é, portanto, superestimar a capacidade da pena como garantidor da democracia e da paz social e subestimar todas as outras medidas<sup>27</sup>. É a *memória*, e não a pena, a principal arma contra a repetição<sup>28</sup>.

8) *Anistia não é "irresponsabilização" ou total impunidade*. Isso porque a responsabilização não se confunde com a responsabilização penal, sendo esta espécie daquela. Ao contrário do termo "imputação" ou, em uma terminologia mais vulgar, "punição", o termo "responsabilização" ("*Verantwortung*") emprega consigo uma função predominantemente comunicativa, no sentido de "dar uma resposta" à conduta ilícita praticada ("*ein Antwort geben*"). Essa resposta não precisa necessariamente ser dada através da pena, ou seja, pelo

26 Cf. *Hannah Arendt*, *Eichmann em Jerusalém: um relato sobre a banalidade do mal*. São Paulo: Companhia das Letras, 2003, pp. 295, 296: "Faz parte da própria natureza das coisas humanas que cada ato cometido e registrado pela história da humanidade fique com a humanidade como uma potencialidade, muito depois da sua efetividade ter se tornado coisa do passado."

27 *Swensson Jr.* "Ao julgar a justiça, te enganas". Aparentamentos sobre a *justiça* da justiça de transição brasileira. Revista *Anistia Política e Justiça de Transição*, vol. 4 (jul./dez. 2010). Brasília: Ministério da Justiça, 2011, pp. 78-107.

28 Sobre a questão da memória, ver, por exemplo, *Maria Paula Araújo*, *Anistia no Brasil: história e memória*, neste volume.

Direito Penal<sup>29</sup>. Uma sentença julgando procedente uma ação civil declaratória, que afirme oficialmente que determinado indivíduo é torturador, pode cumprir, de certa forma, essa função (de atribuir responsabilidade)<sup>30</sup>.

Optar pela não persecução penal, por meio da anistia, aos agentes estatais que cometeram crimes não significa impedir que eles sejam responsabilizados através, por exemplo, de ações civis declaratórias, de uma Comissão da Verdade, do afastamento de funções públicas (lustrações) ou outras formas que anunciem publicamente a reprovação do Estado e da sociedade a certas condutas praticadas e denunciem os seus culpados, atribuindo-lhes responsabilidade. A anistia impossibilita tão somente a responsabilização penal, isto é, a aplicação de pena, nada impedindo que, por outros meios (que não o processo penal), possam ser apuradas as responsabilidades históricas, políticas, morais, de direito civil, administrativo etc. das pessoas envolvidas na delinquência estatal.

9) *Conforme o direito positivo brasileiro, a anistia é irrevogável.* A anistia penal, instituto de direito material, revoga parcialmente a lei anterior que penalizava determinadas condutas (norma de sanção), tornando-se, portanto, irrevogável, uma vez que sua eventual revogação equivaleria à *imposição retroativa de penalidades* (CF, art. 5º, XL). Assim sendo, decidir pela invalidade da Lei da Anistia aos agentes da repressão política da ditadura ou por uma reinterpretação do texto legal, trinta e um anos após a sua promulgação e com a confirmação da sua constitucionalidade pelo STF através da ADPF/153, significa incorrer em inevitável violação ao *princípio da legalidade* e em franco desrespeito à *segurança jurídica* e ao *Estado de Direito*.

Mais do que isso, advogar a tese da punição *contra legem* dos torturadores e carrascos da ditadura militar sob a alegação de cumprimento dos ditames da Justiça e dos Direitos Humanos significa, de certo modo, defender a transgressão da legalidade democrática, a muito custo conquistada, tal como fizeram os militares durante o regime de exceção, que também se justificavam com argumentos morais de combate à subversão e à corrupção, derivados de uma consolidada cultura política de direita e anticomunista<sup>31</sup>.

29 Klaus Günther, *Strafrechtliche Verantwortlichkeit in der Zivilgesellschaft*. In: Stefan Müller-Doohm (Org.). *Das Interesse der Vernunft. Rückblicke auf das Werk von Jürgen Habermas seit "Erkenntnis und Interesse"*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 2000.

30 Flávia P. Püschel. A função comunicativa da responsabilidade civil: evidências a partir de um caso de impunidade. Artigo Direito GV (*Working Paper*) 28/10/2008. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/2854/WP28.pdf?sequence=1>>2008; Cf. também texto de Klaus Günther, neste volume.

31 Carlos Fico. Como eles agiam. Os subterrâneos da ditadura militar: espionagem e polícia política. Rio de Janeiro: Record, 2001, p. 37; C. Fico Versões e controvérsias sobre 1964 e a ditadura militar. *Revista Brasileira de História*. São Paulo, v. 24, nº 47, 2004, pp. 29-60. Conforme disse Nilo Batista Prefácio. In: Dimoulis, Martins, Swensson Jr., (Org.). *Justiça de transição no Brasil: direito, responsabilização e verdade*. São Paulo: Saraiva, p. 16: "Lutar por essa tese em 1979, como tantos brasileiros fizemos, era compreensível: ainda havia sangue no piso dos porões, lutava-se pela restauração da legalidade democrática. Trinta anos depois, durante os quais a interpretação da lei – tanto nas escassas ocasiões em que foi o Judiciário provocado, quanto na continuada omissão das agências que devem atuar de ofício, como o próprio Ministério Público – invariavelmente reconheceu que a anistia alcançava os torturadores, a luta pela tese, paradoxalmente, ameaça a legalidade democrática. Errávamos em 1979 no calor dos acontecimentos, mas hoje se erra a sangue frio".

### 3. CONSTITUI A ANISTIA OBSTÁCULO PARA A JUSTIÇA DE TRANSIÇÃO BRASILEIRA?

A crise de eficácia dos Direitos Humanos, somada à crise de legitimidade da pena no Direito Penal, faz com que haja uma forte tendência, no atual debate sobre a justiça transicional, de os Direitos Humanos legitimarem a pena e a pena garantir a eficácia dos Direitos Humanos<sup>32</sup>. Desse modo, a responsabilização penal aparece, muitas vezes, como a grande solução para o problema da Justiça de Transição, em detrimento de seus demais elementos, que ficariam em um segundo plano. Essa tendência, marcadamente presente nos discursos pela invalidade das leis de anistia, situa-se em um contexto de transformações (ou de crise) do Direito Penal moderno em que são flexibilizadas tradicionais garantias dos cidadãos para atender, por exemplo, às demandas por um novo Direito Penal do risco e/ou do inimigo<sup>33</sup>. Além disso, ela encontra também consonância no Brasil com as demandas sociais por mais e maior penalização, como resposta ao problema da segurança pública enfrentado em nosso país.

É comum a afirmação de que a impunidade é um dos grandes males do Brasil e responsável pela situação de violência e insegurança em que o país se encontra, inclusive de violência policial. E que a anistia, por sua vez, contribuiria para a perpetuação dessa situação de impunidade. Conforme elucida Sérgio Adorno, a partir dos estudos desenvolvidos pelo Núcleo de Estudos de Violência da Universidade de São Paulo,<sup>34</sup> a baixa eficiência das polícias civil e militar, do Ministério Público e dos tribunais na persecução penal à delinquência, somada aos tradicionais obstáculos enfrentados pelo cidadão no acesso à Justiça, resulta em soluções privadas para o problema da segurança pública, no medo e na insegurança coletivos. Paradoxalmente, boa parte dos brasileiros, especialmente os que procedem de setores mais conservadores das classes média e alta e de certos segmentos das classes trabalhadoras, ao invés de reclamar por mais políticas públicas identificadas com a proteção dos Direitos Humanos e das garantias do Estado Democrático de Direito, reage a esses problemas exigindo mais e maior punição, mesmo que, para garanti-la, seja necessário conferir maior liberdade de ação às agências e aos agentes encarregados da manutenção da ordem pública, independentemente de constrangimentos legais. *"Não sem razão – continua Sérgio Adorno –, vimos assistindo nas duas últimas décadas manifestações coletivas de obsessivo desejo punitivo que contemplam punição sem*

32 Batista (Fn. 29) pp. 13 e 14.

33 Cornelius Prittwitz. *Strafrecht und Risiko: Untersuchung zur Krise von Strafrecht und Kriminalpolitik in der Risikogesellschaft*. Frankfurt am Main: Klostermann, 1993; JAKOBS, Günther Jakobs, Manuel Cancio Meliá. *Derecho penal del enemigo*. 2ª ed. Madrid: Civitas, 2006. Agradeço a Erika Camargo Vegners por esta observação.

34 Sérgio Adorno, O monopólio estatal da violência na sociedade brasileira contemporânea. In: Sérgio Miceli. *O que ler na ciência social brasileira: 1970-2002*. Vol. 4. São Paulo: Editora Sumaré, 2002, p. 267 e ss. Disponível em: <<http://www.nevusp.org/downloads/down078.pdf>>

*juízo, pena de morte, violência institucional, leis draconianas de controle da violência e do crime. Em outras palavras, em nome da lei e da ordem, propõe-se justamente controle carente de legalidade*"<sup>35</sup>.

Diante desse quadro, há que se pensar se o Brasil não seria, na verdade, um país em que sobram penas e falta *Direito Penal* (apesar de todo o problema da seletividade decorrente da criminalização secundária, que se dirige preferencialmente às populações mais pobres e quase nunca às elites). E se não é a pena, mas sim outras medidas de controle social, a melhor maneira de combater a violência e a criminalidade do país e sair desse círculo vicioso de sofrimentos e iniquidades (como políticas pedagógicas pelo conhecimento dos arbítrios e atrocidades ocorridos no passado sob o mando ou a condescendência do Estado, pelo respeito aos Direitos Humanos e às liberdades públicas etc.). Enfim, se a atual campanha pela invalidade da Lei da Anistia aos agentes da ditadura civil-militar seria realmente o melhor caminho para se alcançar os fins da pacificação social, reconciliação e fortalecimento da democracia, almejados pela Justiça de Transição.

Retomando a pergunta inicial – constitui a anistia obstáculo para a Justiça de Transição brasileira? –, a resposta é sim e não. A anistia constitui *sim* obstáculo jurídico para a Justiça de Transição brasileira, mas tão somente no tocante à responsabilização penal dos funcionários públicos que atuaram na repressão política da ditadura. Ou seja, a anistia consiste em inevitável impedimento para a responsabilização penal dos autores de crimes do regime de exceção, frustrando, portanto, os apelos das vítimas da repressão e seus familiares.

Ainda que essa impunidade garantida pela anistia seja injusta e destituída de suficiente justificação – como pessoalmente acredito que seja –, isso não nos permite ignorar a inegável *validade* (jurídico-formal) da anistia bilateral concedida pela Lei nº 6.683/79, confirmada pela práxis jurídica e sacramentada pelo STF, muito menos desatentar para as consequências que decorreriam de sua anulação com relação à segurança jurídica e à defesa do Estado de Direito. Os homens não fazem sua história como querem<sup>36</sup>. O resultado de nossos atos é determinado contingentemente, e não autonomamente, com muita frequência pelas reações de outros ao que pretendemos realizar<sup>37</sup>. Parafraseando Nilo Batista: não devíamos ter anistiado a quem anistiamos. Não devíamos. Agora é tarde<sup>38</sup>.

35 S. Adorno (Fn. 32), p. 301.

36 Isso foi, por exemplo, ressaltado pelo Ministro Eros Grau no seu voto, citando o "18 Brumário de Luís Bonaparte" de Karl Marx: "Os homens fazem sua própria história, mas não a fazem como querem, não a fazem sob circunstâncias da sua escolha e sim sob aquelas com que se defrontam diretamente, legadas e transmitidas pelo passado".

37 Jerome Kohn, Introdução. In: H. Arendt, Responsabilidade e Julgamento. São Paulo: Companhia das Letras, 2004, p. 21.

38 Batista (Fn. 29), p. 17: "Não devíamos ter perdoado a quem perdoamos, não devíamos; mas perdoamos. Agora é tarde." O autor refere-se aqui ao perdão como sinônimo de anistia, contrariamente ao nosso entendimento, de que anistia não é perdão.

Isso não responde, todavia, o problema de saber se a anistia, impedindo a responsabilização penal dos agentes da ditadura, constitui empecilho para a própria Justiça de Transição, como um todo. E, nesse caso, a resposta é *não*. A anistia já não é o principal obstáculo para a Justiça de Transição brasileira, especialmente por dois motivos:

1) Em primeiro lugar, porque a tentativa de responsabilizar penalmente os agentes da repressão, enquanto política jurídico-criminal ou de justiça transicional, não mais se justifica depois de mais de 30 anos da edição da Lei da Anistia. Isso, pelo menos, por duas razões:

1.1) *Toda pena é um mal*. Ou seja, a pena é um mal que se opõe ou se contrapõe a um outro mal: o "ilícito" ou o "injusto". Ainda que em certas situações considerem-na necessária ou porventura justificada, continua sendo um mal, de modo que não seja possível deixar de pensar sobre a realidade das criminalizações e das execuções penais e seus resultados sociais. Nesse tocante, ousaria dizer que, se fosse concebível a existência de uma "evolução" ou de um "progresso" contínuo da história do Direito (ou do Direito Penal) – o que não é de veras possível –, ela deveria ser descrita como a limitação das sevícias e dos suplícios aplicados pela pena contra os seres humanos, a exemplo da luta pelo fim das torturas judiciais praticadas na Europa medieval<sup>39</sup>. Mais do que isso, conforme Gustav Radbruch, a melhor forma do Direito Penal não consiste em sua substituição por um Direito Penal melhor, mas sua substituição por uma coisa melhor que o (próprio) Direito Penal<sup>40</sup>.

Essa ideia, da pena como um mal, hoje amplamente aceita por juristas e penalistas, contraria, de certo modo, a tese sustentada pelos defensores de uma Justiça de Transição penal de que é necessário processar e penalizar os autores da criminalidade estatal anterior para "se fazer justiça". Segundo a *International Center for Transitional Justice*, "*one of the elements of a comprehensive transitional justice policy*", denominada por vários autores como "o pilar da Justiça",<sup>41</sup> é justamente a "*criminal prosecution*" e a responsabilização penal aos autores de criminalidade estatal<sup>42</sup>. De sorte a se perguntar se aqui não se estaria (re)afirmando a (muito criticada) ideia da retribuição ou o retribucionismo como meio capaz de reparar os danos sofridos pelas vítimas e de restabelecer a ordem social, fazendo-se assim

39 Ana Lucia Sabadell. *Tormenta juris permissione. Folter und Strafverfahren auf der iberischen Halbinsel – dargestellt am Beispiel Kastiliens und Kataloniens (16-18. Jahrhundert)*. Berlin: Duncker & Humblot, 2002.

40 "Es möchte vielmehr gerade umgekehrt so liegen, dass (...) die Verbesserung des Strafrechts nicht in ein besseres Strafrecht ausmünden wird, sondern in ein Besserungs- und Bewahrungsrecht, das *besser* als Strafrecht, das sowohl klüger wie menschlicher als das Strafrecht wäre." *Gustav Radbruch*, *Rechtsphilosophie* (1932). Heidelberg: C.F. Müller, 2003, p. 157.

41 Por exemplo, *Paul Van Zyl*. A justiça transicional em sociedades pós-conflito. Promovendo a justiça transicional em sociedades pós-conflito (2005). In: Ministério da Justiça. *Revista Anistia Política e Justiça de Transição*. Brasília: Ministério da Justiça, 2009, pp. 32-55; *Glenda Mezarobba*. O que é Justiça de Transição? Uma análise do conceito a partir do caso brasileiro. In: *Inês V. P. Soares, Sandra A. S. Kishi*. *Memória e verdade. A Justiça de Transição no estado democrático brasileiro*. Belo Horizonte: Fórum, 2009, pp. 37-53.

42 <http://ictj.org/our-work/transitional-justice-issues/criminal-justice>. Ver tb. [http://ictj.org/gallery/no-accountability-no-dignity?utm\\_source=International+Center+for+Transitional+Justice+Newsletter&utm\\_campaign=5b773bd3ff-July\\_17\\_international\\_justice\\_day\\_2012&utm\\_medium=email](http://ictj.org/gallery/no-accountability-no-dignity?utm_source=International+Center+for+Transitional+Justice+Newsletter&utm_campaign=5b773bd3ff-July_17_international_justice_day_2012&utm_medium=email).



"justiça"<sup>43</sup>. Ou, em poucas palavras, se a pena deixaria de ser percebida como um "mal", e passaria a ser vista como um "bem". Até que ponto a pena é importante e necessária para o desenvolvimento de um projeto de Justiça de Transição para determinado país? Até que ponto é necessária a pena (e o Direito Penal) para expressar o reconhecimento por parte da sociedade e do Estado do sofrimento das vítimas e da gravidade da agressão estatal?

1.2) A segunda razão para o fato de a responsabilização penal não mais se justificar depois de mais de 30 anos da edição da Lei da Anistia refere-se à *justificação* e à *finalidade da pena*. Afinal, *por que e para que a pena?* Ante a constatação de que o Brasil é um país onde "sobram" penas e "falta" Direito Penal e diante de todo o esforço da ciência penal moderna em sustentar que o fim da pena não deve ser simplesmente a retribuição do mal para expiação da culpa (teoria da retribuição), mas a prevenção da prática de novos delitos pelo condenado (prevenção especial negativa), sua ressocialização (prevenção especial positiva) e/ou o efeito instrutivo à sociedade da garantia de punição a todo aquele que atenta contra o direito (prevenção geral), pergunta-se: como justificar, em uma argumentação que não se restrinja à justificação legal, a necessidade de pena a pessoas de idade avançada, que hoje vivem socialmente integradas e que já não representam nenhum perigo? Por que é justo, afinal, punir hoje essas pessoas? Esses questionamentos não foram e não são, a meu ver, suficiente e satisfatoriamente, enfrentados pelos autores no Brasil.

Penalizações atribuídas logo após mudança de regime político costumam – mas nem por isso devam – ocorrer como uma forma de, por um lado, sinalizar institucionalmente a diferença e a ruptura entre os dois regimes, a fim de construir suas identidades e garantir a estabilidade do novo. Por outro lado, satisfazer a vingança das vítimas, a exemplo do que aconteceu nos tribunais de Nuremberg e Tóquio após a Segunda Guerra Mundial<sup>44</sup>. Além dessa função geral-preventiva (imediata, simbólica) e da função retributiva ou "vingativa" da pena logo após a transição política, é muito difícil argumentar juridicamente por sua necessidade e/ou justiça, especialmente para casos de Justiça de Transição tão postergados, como é o brasileiro<sup>45</sup>. Com o passar do tempo, as preocupações e os interesses em relação à construção e fortalecimento do regime democrático passaram a ser outros, que não a responsabilização dos supostos autores da criminalidade estatal pretérita<sup>46</sup>. Ainda que a dor das vítimas permaneça e que a função retributiva da pena continue existindo, com o correr dos anos seu efeito comunicativo, no sentido de reprovabilidade das condutas

43 Para uma análise crítica do "fetiche da pena" de vários adeptos da Justiça de Transição, cf. *D. Dimoulis, Ana Lucia Sabadell*. Anistia: a política além da justiça e da verdade. Acervo, Rio de Janeiro, v. 24, nº 1, jan./jun. 2011, p. 91 e ss.

44 *Dimoulis* (Fn. 19), pp. 91 e 92.

45 Sobre essa questão, ver *Swesson Jr.* (Fn. 26).

46 Cf. mostra a experiência brasileira, após a redemocratização do Estado. Ver, por exemplo, *Araújo* (Fn. 28).

praticadas no passado e da demarcação entre o antigo e o novo regime, vai perdendo sua força e, com ela, as razões, a finalidade e a necessidade da sua imputação.

2) O segundo motivo de a anistia não constituir um obstáculo para a Justiça de Transição brasileira reside no fato de a principal função da justiça transicional não ser, no meu entendimento, a atribuição "a qualquer custo" de penalizações aos culpados pelos crimes cometidos, mas a *ruptura com o legado autoritário*<sup>47</sup>. Ou seja, é o completo rompimento com as mazelas do passado ditatorial, demarcando a diferença entre o velho e o novo regime e sinalizando outros caminhos a serem seguidos, para que abusos e injustiças vivenciados não mais se repitam.

Como bem assinalou José Carlos Moreira Silva Filho, remontando ao pensamento de Hannah Arendt sobre o julgamento de Adolf Eichmann em Jerusalém, embora com a finalidade de criticar a decisão do STF na ADPF/153 e não para relativizar a importância da anistia no processo de justiça transicional: *"O decisivo, porém, é que o verdadeiro mal não está na pessoa que cometeu a tortura ou que executou diretamente as ordens de extermínio, mas sim no sistema político e social que abrigou na sua lógica de funcionamento a prática sistemática de tais violações, muitas vezes apresentadas como imposições hierárquicas aos agentes encarregados de executá-las"*<sup>48</sup>.

Romper com esse sistema político e social e com essa sua lógica de funcionamento é o principal objetivo da Justiça de Transição. Desconstruir todo o silêncio, o conformismo e o negacionismo imposto sobre o passado autoritário, especialmente através do resgate da dignidade tomada das vítimas e seus familiares, dando-lhes voz, constitui a sua própria razão de ser. E, nesse sentido, a responsabilização penal tem muito pouco a oferecer.

Pessoas são investigadas e levadas a julgamento na medida em que se sabe sobre seus delitos. Quem sabia da delinquência promovida pelo regime civil-militar? O que se sabia dela? Por que nada foi feito quando se descobriu o que estava acontecendo? O que nós, nossos pais, amigos, vizinhos, irmãos fizemos? Por que a comunidade internacional, que se diz "eterna" fiscalizadora e protetora dos Direitos Humanos e da justiça transicional,

47 Quando refiro-me aqui "a qualquer custo", não estou dizendo que não há um sopesamento dos custos decorrentes da responsabilização penal aos agentes da ditadura, por aqueles que a defendem. Antes disso, refiro-me ao fato de nenhum dos custos apresentados a eles pela não responsabilização (violação ao princípio da irretroatividade da lei penal, segurança jurídica, estado de direito etc.) é suficiente.

48 *Silva Filho*, (Fn. 2), p. 46. Nas palavras de Hannah Arendt, a respeito do Julgamento de Eichmann em Jerusalém e da banalidade do mal: "O problema com Eichmann era exatamente que muitos eram como ele, e muitos não eram nem perversos nem sádicos, mas eram, e ainda são, terrível e assustadoramente normais. Do ponto de vista de nossas instituições e de nossos padrões morais de julgamento, essa normalidade era muito mais apavorante do que todas as atrocidades juntas, pois implicava que – como foi dito insistentemente em Nuremberg pelos acusados e seus advogados – esse era um tipo novo de criminoso, efetivamente *hostis generis humani*, que comete crimes em circunstâncias que tornam praticamente impossível para ele saber ou sentir que está agindo de modo errado." Arendt, *Eichmann em Jerusalém: um relato sobre a banalidade do mal*. São Paulo: Companhia das Letras, 2003, p. 299.

demorou tantos anos a (se manifestar e a) intervir energicamente contra os horrores dos porões da ditadura (OEA, ONU etc.)?49 Como deixamos isso acontecer?50

Mais importante que encarcerar algumas pessoas que restariam ser penalizadas, caso afastássemos a prescrição e a anistia (uma vez que boa parte dos algozes e mandatários das violências já faleceu ou se encontra em idade avançada), é enfrentar publicamente todas essas questões e promover significativas mudanças legislativas (por exemplo, nas leis de segurança nacionais, de prisão temporária etc.), judiciais (na jurisprudência daquele período em que continua sendo aplicada) e institucionais (na polícia, nas forças armadas, no Poder Judiciário etc.); recontar, divulgar e preservar a história oculta dos porões da ditadura; realizar pedidos oficiais de desculpas em nome do Estado; reparar material e moralmente as vítimas; atribuir responsabilidades outras os culpados, que não a pena, através, por exemplo, de uma Comissão da Verdade etc. Tudo isso para que os horrores do passado nunca mais voltem a acontecer. É, afinal, promover uma *radical desconstrução* (no sentido do desconstrutivismo de Jacques Derrida)<sup>51</sup> sobre o nosso passado ditatorial e atender aos elementos de uma *política coerente de justiça transicional*, adequada ao país no qual ela se insere<sup>52</sup>.

Quando afirmo aqui que a atenção deve ser dada à "desconstrução" do sistema político e social e a sua lógica de funcionamento ou, segundo Fabricius, à "porosidade" das instituições em relação à permissividade de práticas autoritárias e delitivas,<sup>53</sup> isso não significa dizer que a "culpa" ou a "responsabilidade" pelos crimes e abusos praticados devam ser atribuídas simplesmente ao "sistema", às instituições e não a seus autores, individualmente. O que quero sustentar aqui é que o objetivo de uma política de justiça transicional aplicada ao Brasil deve ser *primeira e principalmente* a ruptura do legado autoritário, e não a responsabilização dos autores da criminalidade estatal. Mais do que isso, que a responsabilização individual e a determinação/declaração de culpa podem e devem ser feitas por outros meios (sanção civil, administrativa, política etc.) que não através da pena e do Direito Penal.

Já é possível perceber significativos avanços no Brasil, especialmente por conta dos trabalhos da Comissão de Anistia e suas pedagógicas caravanas. Mas essa história ainda não acabou. Resta muito a ser feito. No que diz respeito à ruptura com o legado autoritário, a anistia

49 Sobre a inércia da comunidade internacional a respeito das violências praticadas pela repressão política da ditadura brasileira, cf. A. L. Sabadell et al. Brasilien. Strafrecht in Reaktion auf Systemunrecht. Vergleichende Einblicke in Transitionsprozesse. Berlin: Duncker & Humblot, 2009, pp. 196-209.

50 Swensson Jr. Punição para os crimes da ditadura militar: contornos do debate. In: Dimoulis, Martins, Swensson Jr. (Org.). Justiça de Transição no Brasil: direito, responsabilização e verdade. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 52.

51 Derrida, Fuerza de ley. El "fundamento místico de la autoridad". Madrid: Tecnos, 2002.

52 Swensson Jr. (Fn. 26).

53 Fabricius (Fn. 18).

penal – que não é perdão, esquecimento, garantia de total impunidade, concordância com as violências praticadas ou causa de sua repetição ou do silencioso conformismo sobre o passado, mas simples empecilho jurídico para a persecução penal –, *não é e não deve ser um obstáculo.*



# PARTE 04:

## Justiça de Transição e Direito Penal



# Responsabilidade, culpa e obrigação de recordar: *um comentário*

JAN-MICHAEL SIMON

*Tradução: João Manuel Fernandes*



## PARTE I

A responsabilidade em Direito Penal só pode ter, sempre, como ponto de partida, a culpa pessoal pelo ilícito (*Unrecht*) cometido, que seja penalmente relevante. Consequentemente, o estabelecimento de responsabilidade coletiva através do Direito Penal apenas é possível à custa do princípio da culpa individual. Regredindo-se até as origens do Direito Penal Internacional, então esta conclusão mostra-se particularmente válida para o Tribunal Militar Internacional de Nuremberg, se trazer à memória a proeminente crítica de Kelsen ao artigo 2º da Lei nº 10 do Conselho de Controle dos Aliados, assim como ao artigo 9º e seguintes do Estatuto do Tribunal Militar Internacional<sup>1</sup> – e tendo-se especialmente presente o voto de vencido do juiz Powers no processo "Wilhelmstraßen", que conduziu a uma retificação posterior da fundamentação da sentença do processo contra *Weizsäcker et alii*<sup>2</sup>. Decisiva para este último procedimento do Tribunal Militar Internacional, que deve ser denominado no mínimo como "extraordinário", foi a crítica de base do juiz Powers, de que o Tribunal tinha condenado Weizsäcker, mesmo quando os crimes haviam sido

1 Kelsen, Hans: Will the judgment in the Nuremberg trial constitute a precedent in international law? In: The International Law Quarterly 1 (1947), pp. 153-171, 165 s.

2 *U.S. v. von Weizsäcker et al.*, in: Trials of war criminals before the Nuernberg military tribunals under control council law n. 10. Nuernberg october 1946 - april 1949, Band XIV (The ministries case), Washington D.C. 1952, pp. 950-960, 955 s.

praticados por pessoas pelas quais Weizsäcker não tinha tido qualquer responsabilidade, nem sobre elas exercera qualquer influência<sup>3</sup>.

Um desenvolvimento ulterior no Direito Penal Internacional pode ser observado na sequência da decisão Tadic, da Câmara de Apelação do Tribunal Penal Internacional, para a antiga Iugoslávia, de 1999. Trata-se aí de uma terceira variante, deduzida do Direito Penal Fiscal da *common law*, da assim chamada teoria do "empreendimento criminoso conjunto" ("*joint criminal enterprise*"), para proceder à imputação da culpa penal por condutas impróprias de um coletivo a cada participante no coletivo, a título de autoria, mesmo quando o ato criminoso se encontra fora da implementação do plano criminoso do coletivo, mas deve ser valorado como uma consequência natural e previsível deste plano. Até que ponto pode ir esta avaliação é o que se retira da leitura do processo realizado no Tribunal Militar Americano de Guantánamo contra *Salim Ahmed Hamdan*, o motorista iemenita e guarda-costas de Osama Bin Laden. Pois este motorista e guarda-costas foi inculcado no processo do Tribunal Militar de Guantánamo por cumplicidade no atentado de 11 de setembro de 2001, tendo como referência a jurisprudência do Tribunal Penal Internacional para a antiga Iugoslávia sobre "*joint criminal enterprise*"<sup>4</sup>.

E também a jurisprudência do Tribunal Penal Internacional não está isenta de críticas, justamente porque também o Estatuto de Roma – diferentemente do Estatuto do Tribunal Militar Internacional das Resoluções do Conselho de Segurança das Nações Unidas para a nomeação *ad hoc* do Tribunal Penal Internacional para a antiga Iugoslávia e para o Ruanda – estabelece expressamente no artigo 25, parágrafo 2º, que aquele que cometer um crime sujeito à jurisdição do Tribunal Penal Internacional é, de acordo com o Estatuto de Roma, individualmente responsável e punível por esse crime. Entende-se aqui evidentemente a combinação entre a definição de autoria do artigo 25, parágrafo 3º (a) do Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional, e a aplicação da teoria do domínio do fato, para fundamentar a responsabilidade como autor daquele que tem o domínio da organização,<sup>5</sup> uma responsabilidade que se encontra exposta à crítica antiga e de princípio, feita a partir da perspectiva do princípio da autonomia, de que cada pessoa apenas é responsável pelo seu próprio comportamento e nunca pelo comportamento de outros que agem com liberdade e responsabilidade<sup>6</sup>.

3 *Ibid.*, p. 892.

4 Sobre todo o problema cf. *Danner, Allison Marston/Martinez, Jenny S.*: Guilty Associations: Joint Criminal Enterprise, Command Responsibility, and the Development of International Criminal Law, in: *California Law Review* 93 (2005), pp. 75-169, *passim*.

5 Cf. sobre o desenvolvimento da jurisprudência do Tribunal Penal Internacional, o voto de vencido da juíza Van den Wyngaert no processo *The Prosecutor v. Mathieu Ngudjolo Chui*, Public Judgment pursuant to Article 74 of the Statute, Concurring Opinion of Judge Christine Van den Wyngaert, Case No. ICC-01/04-02/12, 18. Dezember 2012, p. 26 ss.

6 Cf. sobre todo este problema, *Hruschka, Joachim*: Regreßverbot, Anstiftungsbegriff und die Konsequenzen, in: *ZStW* 110 (1998), pp. 129-610, especialmente 606 ss.

Contudo, face às limitações de espaço inerentes ao meu comentário, fico, quanto a este assunto, pelas constatações feitas relativas à responsabilidade e à culpa na perspectiva jurídico-penal, que já se faziam ouvir no processo Wilhelmstraßen, no ano da fundação da República Federal da Alemanha, em 1949, e agora, na segunda parte da minha exposição, irei ser algo mais profundo. Ligando-me à conclusão de *Lenio Luís Streck*, que estabelece, com razão,<sup>7</sup> que uma obrigação de esquecer não pode ser moralmente fundamentada, dirijo-me à pergunta contrária, se se poderá fundamentar uma obrigação moral de recordar. Para base da argumentação tomei, como *case study*, o passado alemão. Sobretudo porque também estou mais familiarizado com o passado alemão, e com a forma de lidar com ele, do que com o caso do passado brasileiro,<sup>8</sup> mesmo sendo o Brasil o país no qual passei a minha juventude nos anos 80.

Nos anos da fundação da República Federal da Alemanha debatia-se a distinção entre a culpa pessoal do autor e a culpa coletiva daqueles que – por mais compreensíveis que tivessem sido as razões para tal – nada tinham conseguido fazer contra a dominação da violência (*Gewaltherrschaft*) nacional-socialista.

Tal moveu, como se sabe, Jaspers, em 1946, no seu trabalho, sobre a questão da culpa a diferenciar entre culpa moral, política, jurídica e metafísica. Fundamentou a culpa metafísica argumentando “que existe uma solidariedade entre os homens como homens, que faz de cada um corresponsável por todo o ilícito e toda a injustiça no mundo, e em especial por crimes que ocorram na sua presença ou com o seu conhecimento. Se eu não faço aquilo que posso para impedi-los, então compartilho na culpa”<sup>9</sup>.

Quarenta anos mais tarde, em meados dos anos 80, quis-se iniciar na Alemanha uma nova forma de lidar com este peso do passado, a qual, partindo da Controvérsia-Bitburg de 1985, que foi designada por *Habermas* como “tratamento do lixo do passado”, desaguou na “Disputa dos Historiadores” de 1986/87. Na sequência da Controvérsia-Bitburg, desencadeada pela visita conjunta do chanceler federal *Kohl* e do presidente dos EUA *Reagan* a um cemitério militar na Alemanha, no qual também se encontravam sepultados membros das *Waffen-SS*, o presidente *Richard von Weizsäcker* tomou, como se sabe, posição no seu discurso corajoso de 8 de maio de 1985, sobre aquilo que hoje

7 Cf. o contributo de *Lenio Luiz Streck*, neste livro.

8 Cf. sobre todo este problema, a investigação de *Sabadell, Ana Lucia/Espinoza Mavila, Olga et alii*: Brasilien, in: *Eser/Sieber/Arnold* (Hrsg.): *Strafrecht in Reaktion auf Systemunrecht. Vergleichende Einblicke in Transitionsprozesse*, Teilband 13. Berlin 2009, *passim*; Cf. sobre o último capítulo da ditadura brasileira também o estudo recentemente publicado de *Löbsack, Lilli*: *Verfassung und Alltag. Verfassung, Menschenrechte und Verfassungswirklichkeit in Brasilien (1979–1984)*. Aachen 2012, *passim*.

9 *Jaspers, Karl*: *Die Schuldfrage. Ein Beitrag zur deutschen Frage*. Zürich 1946, p. 11.

em dia se reencontra frequentemente na forma de um "dever de recordar", seja na assim designada *Soft-Law* das Nações Unidas,<sup>10</sup> seja mesmo na jurisprudência, como por exemplo na jurisprudência do Tribunal Constitucional colombiano<sup>11</sup>. *Von Weizsäcker* disse então: "Quem fecha os olhos ao passado fica cego para o presente. Quem não se quer recordar da desumanidade, fica outra vez vulnerável a novos perigos de infecção"<sup>12</sup>.

Sendo embora notável esta declaração de von Weizsäcker, segundo a qual aqueles que não aprendem com o passado ficam amaldiçoados a repeti-lo, coloca-se no entanto a pergunta, se este argumento, tomado por si mesmo, será suficiente para fundamentar um "dever de recordar". Eu, pelo contrário, sou mesmo da opinião de que este argumento, que nos aconselha a recordar o passado para não o repetir, não constituiu nenhuma fundamentação suficiente para o dever moral de recordar e também não pode fundamentar uma tal obrigação. Por que evidentemente que então se impõe a pergunta, sobre se o dever de recordar se extinguirá quando os fantasmas do passado já pertencerem ao passado, ou quando pelo menos houver uma elevada probabilidade de que já pertençam? Mas o que se passará então, para continuar no âmbito do exemplo, com as vítimas da *Shoa*? – ou, e perguntando com *Adorno*: Devem ainda, os assassinados, ser defraudados na única coisa que a nossa impotência lhes pode oferecer, e que é a memória?<sup>13</sup> Um fundamento para dar categoricamente uma resposta negativa a esta pergunta poderia residir na responsabilidade que criamos para nós próprios no passado. Evidentemente que, perante as vítimas, se pode justificar juridicamente a culpa dos participantes na violência e também, pelo menos moralmente, a culpa de terceiros não participantes em virtude do seu conhecimento dos fatos, como Jaspers já tinha feito em 1946. Mas por que é que deveriam as gerações que se lhes seguem assumir uma responsabilidade qualquer pelo sucedido, se não em virtude de uma culpa coletiva?

*Habermas* apresentou no seu ensaio "Vom öffentlichen Gebrauch der Histoire: das offizielle Selbstverständnis der Bundesrepublik bricht auf" uma resposta a esta pergunta.

A responsabilidade das gerações seguintes é fundamentada por *Habermas* com o argumento de que aqueles que nasceram depois são sempre responsáveis pelo menos por uma parte da sua identidade, que foi cunhada por nós, quer dizer, por aqueles que causaram o espetáculo sangrento<sup>14</sup>. Contudo, coloca-se também nesta concepção o problema de saber como se

10 Cf. apenas *Updated set of principles for the protection and promotion of human rights through action to combat impunity*, Principle 2: "The duty to remember", in: UN Doc. E/CN.4/2005/102/Add.1, 8 February 2005.

11 Corte de Constitucionalidad de Colombia, Sentencia C-370/06, 18 de mayo de 2006, Expediente D-6032, M.P. 327.

12 *von Weizsäcker*, Richard: Von Deutschland aus. Reden des Bundespräsidenten von Richard von Weizsäcker. München 1987, 2. Aufl., p. 18.

13 *Adorno*, Theodor: Was bedeutet: Aufarbeitung der Vergangenheit, in: *ders.*: Eingriffe. Neun kritische Modelle. Frankfurt a.M. 1970, 6. Aufl., pp. 125-146, 128.

14 *Habermas*, Jürgen: Vom öffentlichen Gebrauch der Historie, in: *Historikerstreit. Die Dokumentation der Kontroverse um die Einzigartigkeit der nationalsozialistischen Jugendvernichtung*. München – Zürich 1987, 2. Aufl., pp. 243-255, 247.

deve proceder numa sociedade aberta – também face ao seu passado, devido à abertura à continuação de tradições através da liberdade de escolha –, quando esta sociedade, depois do seu completo colapso moral, toma as suas decisões de tal forma que estas conduzem a um processo que – e para escolher o atributo chave do título do nosso congresso – possa ser designado por uma transição “bem-sucedida”? Por que é que aqueles que tomaram responsabilmente – quer dizer, conscientes da responsabilidade – estas decisões deverão continuar a ser onerados?

É por isso que sobre o conceito de “Solidariedade anamnésica”, introduzido com referência a Benjamin, Habermas constrói a sua segunda fundamentação para o “dever de recordar” das gerações seguintes<sup>15</sup>. Assim, a culpa que nós, no momento presente, temos face a vítimas passadas resulta do fato de o seu sofrimento passado se encontrar presente<sup>16</sup>. De uma forma elementar significa isto que tudo o que acontece no presente se segue a algo de antecedente, e em especial, que tudo o que agora acontece tem um passado<sup>17</sup>. Mas que quer isto dizer, e qual é o significado desta observação? Isto significa em concreto que aqueles, em relação aos quais se exige a recordação, não são apenas os mortos do passado, mas os vivos do presente<sup>18</sup>. Porém, que quer isto dizer de um ponto de vista material? Quer dizer que estamos obrigados a recordar aquilo que não pode ser esquecido pelos filhos e filhos dos filhos dos assassinados. Por outras palavras: trata-se de Reconhecimento<sup>19</sup>.

### PARTE III

Para concluir: a minha intenção com a abordagem aqui delineada é explicar por que é que nos devemos recordar. Embora a observação profissional do passado tenha o seu significado, naturalmente que não são nem os filósofos nem os historiadores e muito menos ainda os juristas que decidem sobre o que é o passado essencial, aquele que não deve ser esquecido. O que é em última análise decisivo para aquilo que nós, racional e equitativamente, não podemos esperar que seja esquecido é uma discussão aberta e pública de todos sobre estes assuntos. Um modesto contributo para esse efeito, podem, por exemplo, prestar também os Processos Penais e Comissões de Verdade abertos e públicos, mas que, devido à sua

15 Habermas, p. 247 s.

16 Cf. sobre o não encerramento do passado como expectativa dos mortos na obra de Benjamin Teichert, Dieter: Die Idee Anamnetischer Solidarität – Erinnerungskultur, Gedächtnispolitik, Gerechtigkeit, in: The Scientific Annals of “Alexandru Ioan Cuza” University of Iasi (New Series). Philosophy 56 (2009), pp. 73-90, 75 ss.

17 Ver também *ibid.*, p. 78 s, assim como Loik, Daniel: Kontingente Konnektionen. Walter Benjamins Kritik der Schuld, in: Deutsche Zeitschrift für Philosophie 60 (2012), pp. 725-742, 741 s.

18 É isto que se quer significar em Habermas, quando fala dos filhos, filhas e netos dos assassinados “que devem poder respirar no nosso país” (p. 248); Cf. sobre o diferenciamento entre a obrigatoriedade da recordação por causa dos mortos e a obrigatoriedade da recordação por causa dos sobreviventes e dos sucessores dos assassinados Teichert, S. 81 f.

19 Da perspectiva de uma obrigação estadual de reconhecimento, tendo como exemplo o genocídio guatemalteco, cf. Simon, Jan-Michael: La Comisión para el Esclarecimiento Histórico de Guatemala, in: Boletín Mexicano de Derecho Comparado Nr. 106 (Januar-April 2003), pp. 147-203, 198 ss.

própria lógica normativa, comportam danos colaterais para o objetivo do Reconhecimento que devem ser sempre conjuntamente ponderados<sup>20</sup>.

---

20 Como eu ainda há pouco mostrei, com referência à Comissão da Verdade brasileira e a processos penais pontuais sobre o passado recente do Brasil; Cf. *Simon, Jan-Michael*: O esclarecimento da verdade sobre graves violações dos Direitos Humanos, in: Revista Brasileira de Ciências Criminais Nº 92 (September-Oktober 2011), pp. 403-428, *passim*.



Direito Penal como  
instrumento da política?  
*Sobre os limites da  
argumentação a favor  
e contra a “superação  
do passado” por meio  
do Direito Penal*

ANTÓNIO MARTINS

*Tradução: João Manuel Fernandes*



## PARTE I | INTRODUÇÃO: DIREITO PENAL E POLÍTICA

Este artigo pergunta se o Direito Penal interno de um Estado pode funcionar como instrumento da sua política. Esta pergunta não deve ser confundida com uma outra, especialmente com a pergunta sobre se devem ser estabelecidos tribunais políticos com consequências de Direito Penal. Em vez disso, o seu interesse central é averiguar se no contexto da mudança de sistema político pode caber ao nosso "Direito Penal quotidiano" uma outra dimensão política, mais forte do que a habitual. O significado político sensível da intervenção do Direito Penal não é aqui arbitrário, mas sim consequente. Deve ser compreendido como uma resposta ao passado. Pois aos crimes dos quais se trata nesta constelação coube sempre também uma dimensão política especial, serviram à manutenção de uma ordem política. Trata-se de, nas palavras de *Herbert Jäger* – ao contrário de criminalidade política – de "política criminosa"<sup>1</sup>.

É de esperar que esta discussão conduza a uma outra percepção do "Direito Penal quotidiano" e que déficits há muito esquecidos ou reprimidos sejam de novo discutidos

1 \* Quero deixar aqui os meus cordiais agradecimentos ao Dr. Dr. Milan Kuhlí por uma leitura cuidadosa e por referências importantes. *Jäger, Ist Politik kriminalisierbar?*, in: *Lüderssen* (Hrsg.), *Aufgeklärte Kriminalpolitik oder Kampf gegen das Böse?*, Bd. III: Makrodelinquenz, Baden-Baden 1998, p. 121 ss.

em público<sup>2</sup>. Este seria um resultado político – de saudar. Pois a legitimidade do Direito Penal deve ser posta em causa face a qualquer manifestação do poder punitivo estadual. Tal em nada modifica o fato de que se trata de duas áreas de argumentação diferentes e delimitáveis: por um lado trata-se da competência e da capacidade do Estado para orientar a vida quotidiana de uma sociedade através de Direito Penal. Por outro lado, trata-se não de “controle social”, mas sim de uma função política que precisa ser esclarecida, trata-se especialmente de confirmar e garantir a dignidade de um Estado como Estado de Direito em contraste com um “Estado de não Direito” (*Unrechtsstaat*) do passado<sup>3</sup>.

Faz parte da lógica de um texto sobre os limites de uma argumentação que o texto se situe a um nível mais abstrato do que a própria argumentação. Expressão desta circunstância é a renúncia a pormenores históricos ou jurídicos e a correspondente simplificação do acontecimento real – sempre único e específico. Os casos concretos do Brasil (e a sua Lei da Anistia de 1979) e da Alemanha (tanto depois da Segunda Guerra Mundial como depois da reunificação, com a Lei de Recepção do Tratado de Unificação de 1990) serão mantidos em mente. Este procedimento permite previsivelmente retirar conclusões gerais, que podem ser válidas para os diferentes casos nacionais<sup>4</sup>.

## PARTE II | O DISCURSO JURÍDICO E O DISCURSO POLÍTICO

### 1. | JUSTIÇA POLÍTICA?

O Direito Penal não elimina nenhum passado político<sup>5</sup>. Independentemente de saber se tal seria de todo possível, o arsenal do Direito Penal é demasiado restrito para este fim e a perspectiva de sucesso é pequena. Apesar disso, a componente política desta espécie de intervenção jurídico-penal não pode ser subestimada. A constelação que conduz a mobilizar o instrumentário jurídico-penal é de um ponto de vista político completamente diferente daquela do “Direito Penal quotidiano”. Daí, não se deve retirar a consequência de

<sup>2</sup> Cf. sobre este aspecto, *Lüderssen*, *Der Staat geht unter – das Unrecht bleibt? Regierungskriminalität in der ehemaligen DDR*, Frankfurt am Main 1996, p. 136 ss.

<sup>3</sup> Falando-se, por hipótese, nos dois casos, em “seletividade”, então trata-se de duas formas diferentes de exercício “seletivo” do poder. Porque tem que se distinguir entre desmascarar o fato de que o Direito Penal quotidiano é seletivo, injusto, estabelece estratos sociais, funciona de forma pura e simplesmente “política” e a descoberta da verdadeira intenção política do exercício do poder depois de um acontecimento revolucionário. (de revolução em tais contextos fala por exemplo *Ackerman*, *The Future of Liberal Revolution*, New Haven 1992) ou – formulado com mais precaução – de um acontecimento de ruptura do sistema.

<sup>4</sup> A problemática pode-se generalizar no sentido de que em todos os casos aqui mencionados – tanto nas experiências totalitárias na Alemanha como nas ditaduras militares no Brasil ou na América do Sul, faltava já a possibilidade *jurídica* concreta de defesa contra atos praticados por causa da autopreservação do Estado autoritário. Também estava excluída a possibilidade jurídica concreta de puni-los. As diferentes nuances e os graus do ilícito não alteram essa situação inicial. No caso do Brasil acresce ainda a promulgação de uma Lei da Anistia (Lei nº 6.683/79) que impedia uma punição. O Supremo Tribunal Federal brasileiro decidiu a favor da vigência desta lei (SDPF 153). Devido à generalização, tenho que prescindir de uma argumentação jurídico-constitucional precisa. Porém, as regras e princípios que desempenham um papel na presente argumentação têm – tanto na Alemanha como no Brasil – dignidade constitucional. Decisivo é que a sua harmonização se efetue no sentido da Constituição.

<sup>5</sup> Sobre este aspecto, e em relação ao trabalho de esclarecimento do ilícito na RDA, é aqui aplicável *Lüderssen*, *Der Staat geht unter*, S. 138: “Não se devia realmente dizer que a Justiça tenta com os meios do Direito Penal liquidar um passado politicamente desaprovado”.

que com um discurso de defesa em favor de uma "superação" jurídico-penal do passado político se está a desistir da "formalização"<sup>6</sup> como característica marcante do Direito Penal. Necessário é que se reconheça o quadro político dentro do qual a argumentação jurídica realmente se realiza – por causa da formalização: para criar clareza e precisão, para compreender o papel das garantias jurídicas processuais penais nesta intervenção<sup>7</sup>.

Os cruzamentos entre o discurso jurídico e o discurso político pertencem à prática da organização social reflexiva. É necessário vincar bem este aspecto desde logo para neutralizar a questão, em relação à nossa problemática, sobre se em última análise não terá qualquer Direito Penal caráter político<sup>8</sup>. Porque falar de discursos significa antes de tudo que se trata aqui de esferas de justificação da prática social – neste caso, do exercício do poder estadual<sup>9</sup>. Se se alterar o ponto de partida, altera-se também forçosamente a forma como os dois discursos se relacionam um com o outro. Trata-se aqui, por conseguinte, de uma reorganização reflexiva da relação entre o discurso jurídico e o discurso político. Com isto, trata-se também simultaneamente da necessária proteção da autonomia do discurso jurídico. O discurso jurídico-penal precisa aqui tomar consciência da influência diferenciadora do discurso político, sem, no entanto, perder as suas fronteiras como um discurso social parcialmente autônomo.

## 2. JUSTIÇA NO DIREITO E NA POLÍTICA

É a procura de soluções jurídico-penais justas que confere sentido à argumentação da ciência jurídica. A justiça política talvez seja promovida através do Direito Penal<sup>10</sup>; mas já não pode ser o único objetivo de um processo penal, porque lhe é estranho o caráter formalizador do procedimento penal; uma sobreposição completa do discurso jurídico e do discurso político não é possível sem uma desnaturação de um ou do outro discurso. No mínimo, perderiam ambos, uma das suas condições de existência: sem uma institucionalização e formalização, sem a inclusão da componente da decisão (reta), *não*

6 Sobre este aspecto, *Hassemer/Neumann*, Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch, 3. Aufl., Baden-Baden 2010, vor § 1, Rn. 159 ss.; *Hassemer*, Warum Strafe sein muss. Ein Plädoyer, Berlin 2009, p. 118 ss.

7 Vgl. *Hassemer*, Warum Strafe, p. 124.

8 Podemos naturalmente partir do princípio de que o Direito Penal exerce sempre uma função política. Segundo a formulação marcante de *Augusto Thompsons* (Quem são os criminosos? – O crime e o criminoso: entes políticos, 2. Aufl., Rio de Janeiro 2007), todo o Direito Penal é Direito Penal político. Esta frase polémica (por bons motivos criminológicos) contém certamente algo de verdade, mas está, no entanto, afastada daquilo que com este artigo se pretende. Aqui se trata, sim, de que com a "superação" jurídico-penal do passado é tomada uma decisão política que consiste em compreender o Direito Penal como meio para a realização de uma mudança de sistema. Então, é preciso considerar que esta decisão política formal constitui uma nova relação entre o Direito e a Política.

9 Parto do conceito de discurso de Habermas (Wahrheitstheorien, in: ders., Vorstudien und Ergänzungen zur Theorie des kommunikativen Handelns, Frankfurt am Main 1995, S. 127 ff., 130 f.; *ders.*, Theorie des kommunikativen Handelns, Bd. 1, Frankfurt am Main 1995, S. 37 ff.) como continuação reflexiva da ação comunicativa no caso de dissenso. Fundamental para as esferas de justificação da prática social *Forst*, Das Recht auf Rechtfertigung. Elemente einer konstruktivistischen Theorie der Gerechtigkeit, Frankfurt am Main 2007 e idem Kritik der Rechtfertigungsverhältnisse. Perspektiven einer kritischen Theorie der Politik, Berlin 2011 (cf. especialmente a introdução, p. 13 ss.).

10 Cf. sobre este aspecto, *Martins*, Versuch über die Vorsatzzurechnung am Beispiel der *aberratio ictus*, Frankfurt am Main 2008, p. 54 ss.

existe nenhum discurso jurídico: sem o caráter temporal e objetivamente "infinito" da discussão, sem a autonomia radical face a formalidades institucionais, não existe nenhum discurso político. Decerto que os procedimentos de decisões políticas legítimas são jurídica e formalmente pré-determinados num Estado de Direito democrático – mas isto em nada altera o fato de que o discurso político como tal não entende estas fronteiras institucionais como fronteiras rígidas e que este discurso apenas momentaneamente pode ser limitado por elas<sup>11</sup>. E, todavia, seria completamente estranho ao discurso político fazer a condenação política de um criminoso nazi depender da eficiência de um processo penal.

Também a positividade da ordem jurídica desempenha nos dois discursos um papel diferente em cada um. Para que uma argumentação dogmática efetivamente se realize, tem ela que se referir à ordem jurídica positiva. Ao discurso penal não pode certamente ser indiferente qual a ordem jurídica em cujo enquadramento se realiza. A justiça da ordem jurídica no seu todo deve ser novamente incluída como instância metarreflexiva na argumentação jurídica interna. Mas, para o discurso político, e contrariamente ao referido, a ordem jurídica positiva está desde o início em questão.

Finalmente, existe uma diferença entre responsabilidade política e responsabilidade penal. Nem o objeto nem as consequências da responsabilidade política e penal coincidem<sup>12</sup>. As variadas gradações da responsabilidade política – já que ela é fundamentalmente uma responsabilidade coletiva<sup>13</sup> – têm pouco em comum com o grau da culpa em Direito Penal. Pode-se declarar toda uma sociedade – ou a maioria dela – como responsável por catástrofes políticas. O mesmo significaria para o Direito Penal a revogação de toda a responsabilidade. A responsabilidade penal é e mantém-se em primeiro lugar como uma atribuição de responsabilidade individual<sup>14</sup>. No máximo, o que importa, dentro do seu quadro, é saber se a responsabilidade de um coletivo pode desonerar (parcialmente) o autor individual da sua culpa<sup>15</sup>.

---

11 A última esperança das democracias modernas devia de fato ser que os foros de argumentação políticos formais se difundissem em tal medida que também os participantes de fato excluídos pudessem tomar parte nas discussões juridicamente regulamentadas – e ainda que de forma mediada: parlamentar. Sobre a questão dos excluídos pela Democracia cf. os artigos de *Badiou*, *Das demokratische Wahrzeichen*, p. 13 ss. e *Brown*, *Wir sind jetzt alle Demokraten ...*, p. 55 ss., esp. 63 ss., in: *Agamben u. a.*, *Demokratie? Eine Debatte*, Berlin 2012. A possibilidade de vencer esta exclusão através de uma tomada real, não aparente, do poder por parte do povo, que Brown deixa em aberto no fim do seu artigo, eu considero como sendo o projeto forçoso de qualquer Direito cujo objetivo seja a liberdade. De tal, faz parte uma força de autoerosão das normas existentes, que é característica de uma Democracia – compreendida como prática argumentativa – ou de um Direito criado democraticamente.

12 Cf. *Jäger*, *Ist Politik kriminalisierbar?*, p. 131.

13 Sobre os fundamentos, *Jaspers*, *Die Schuldfrage*, München 2012, p. 45 ss.

14 Este postulado tem sido abalado nos últimos anos. Sobre a discussão, cf. sobre os fundamentos, *Lampe*, *Systemunrecht und Unrechtssystem*, ZStW 106 (1994), p. 683 ss. Sobre a discussão sobre este artigo, ver *Jäger*, *Ist Politik kriminalisierbar?* p. 130 ss. Sobre a relação entre responsabilidade individual e colectiva, cf. *Günther/Pritzwitz*, *Individuelle und kollektive Verantwortung im Strafrecht*, Festschrift für Hassemer, Heidelberg, 2010, p. 331 ss.

15 Por outro lado, é também verdade que a atribuição de responsabilidade jurídico-penal exerce um efeito político, na medida em que simplifica o contexto político e a realidade social que conduziram aos crimes, e deixa que se desvaneça a consciência da necessidade de medidas ulteriores para além da atribuição da responsabilidade jurídico-penal. Cf. sobre este aspecto *Malamud Gati*, *La Respuesta a un Estado Terrorista: Entre el Castigo y la Impunidad*, in: *Muoz Conde/Vormbaum* (Hrsg.), *“La transformación jurídica de las dictaduras en democracias y la elaboración jurídica del pasado”*, Valencia 2009, p. 91 ss., 96, 100.

Na mudança de sistema, é duvidoso se a justiça política e a retitude jurídica estão em relação uma com a outra de tal forma que a reivindicação da retitude jurídica apenas tenha sentido em conexão com o pano de fundo político específico. Exposto de forma algo esquemática: se também será "juridicamente" injusto, que alguns atos passados fiquem sem uma resposta do Direito Penal. Em última análise, deve-se daí retirar consequências para a legitimidade da ordem jurídica no seu todo.

### 3. UMA PRIMEIRA PEDRA JURÍDICO-POLÍTICA PARA A ABOLIÇÃO DO DIREITO PENAL?

Para a presente discussão, um primeiro perigo consiste em dar à nossa pergunta inicial uma resposta vulgarizada. Esta é a tentação dos penalistas críticos ou cétricos, que pode ser abusivamente utilizada para outros fins, inteiramente políticos. Ela diz: uma vez que não existe nem uma base empírica nem uma justificação normativa para reconhecer a legitimação do Direito Penal, no caso complexo do "domínio do passado" não tem qualquer sentido falar-se em Direito Penal<sup>16</sup>. Contra este argumento *prima facie* aceitável devem ser levantadas duas objeções fundamentais:

(i) Quem fala ocasionalmente na discussão jurídico-política sobre a falta de legitimidade do Direito Penal quotidiano vê-se ao mesmo tempo forçado a pensar em alternativas correspondentes. Mesmo o discurso das ciências jurídicas não pode ladear a questão *de quais as consequências que a abolição do Direito Penal traria consigo*<sup>17</sup>. De um ponto de vista realista não se devia, sem mais, desistir de uma qualquer reação, mas sim deviam ser propostas medidas adequadas, seja à gravidade do ato, seja à prevenção de comportamentos semelhantes. Para criticar não são necessárias essas propostas positivas, mas a crítica parte de uma realidade existente. Pois também o modelo de um Direito Penal limitativo, antifuncional<sup>18</sup> pressupõe um Direito Penal já efetivo, como também não exclui a legitimidade de uma reação estadual no seu todo<sup>19</sup>. Mesmo na posição radical do "abolicionismo real",<sup>20</sup> trata-se na maior parte das vezes de produzir soluções novas, não estaduais, para os conflitos entre os homens<sup>21</sup>. Violações graves dos Direitos Humanos não se

16 Em crítica a esta argumentação, cf. *Naucke*, Normales Strafrecht und die Bestrafung staatsverstärkter Kriminalität, Festschrift für Bemman, Baden-Baden 1997, p. 75 ss., 83 s.

17 Cf. aqui por exemplo os artigos de Lüderssen, Abschaffen des Strafans?, Frankfurt am Main 1995 e Fabricius, Was vom Strafrecht ohne Strafe übrig bleibt, in: *Institut für Kriminalwissenschaften und Rechtsphilosophie Frankfurt a. M.* (Hrsg.), Jenseits des rechtsstaatlichen Strafrechts, Frankfurt am Main 2007, p. 43 ss.

18 Refiro-me ao discurso de defesa de *Naucke* em favor de um "Direito Penal negativo". Cf. *Naucke*, Die robuste Tradition des Sicherheitsstrafrechts, KritV 2010, p. 129 ss., 136; idem, "Schuldenstreit?", Festschrift für Hassemer, p. 559 ss., 569, 572; idem, Direito penal negativo, in: *Greco/Martins* (Hrsg.), Direito penal como crítica da pena, Festschrift für Tavares, Madrid u. a. 2012, p. 473 ss.

19 Ver a referência expressa, com base em Kant a um "Direito Penal retributivo das violações de Direitos Humanos" em *Naucke*, "Schuldenstreit?", p. 561.

20 Sobre a distinção entre abolicionismo "real" e "diversionista" cf. *Naucke*, Die Wechselwirkung zwischen Strafziel und Verbrechensbegriff, Stuttgart 1985, p. 193, nota 33. Diferenciando as distintas variantes do abolicionismo cf. *Zaffaroni*, En busca de las penas perdidas, Buenos Aires 1998, p. 103 ss.

21 Cf. ibidem, S. 102.

deixam trivializar através de um recurso ao carácter social e relativo de cada criminalização. O que é aqui decisivo é que se espera sempre uma espécie de reação pública – e também o perdão é uma reação. A pergunta sobre as medidas alternativas correspondentes tem a partir daí também que ser posta em relação à punição de crimes estaduais. Tem, portanto, que poder ser provado que medidas alternativas possuem um potencial normativo com igual significado ao do Direito Penal – sem, no entanto, partilharem os seus problemas de legitimação. E quando por fim se defende abertamente a tese de não haver qualquer reação – quando o argumento consiste em que é mais fácil ou politicamente mais prudente deixar as violações graves dos Direitos Humanos sem reação estadual, então o ônus da fundamentação pesa sobre aqueles que defendem um tal argumento: tem que poder explicar por que é que exatamente no caso das graves violações dos Direitos do Homem se deveria prescindir do Direito Penal.

(ii) E isto apenas porque (e aqui se liga a segunda objeção) nós não podemos atuar de tal forma como se partíssemos de um ponto zero, sem ao mesmo tempo cair numa argumentação cínica. Já existe um Direito Penal legitimado através do processo democrático, que se reclama de dar corpo a uma reação adequada contra atos gravemente lesivos. Com base em argumentos gerais, pode-se defender a abolição do Direito Penal no seu todo e participar desta forma no discurso democrático. Mas ao mesmo tempo não pode ser ignorado o fato de que o Direito Penal, apesar de todas as críticas, é considerado como um instrumento legítimo em cada Estado de Direito democrático que efetivamente funcione. Também não se pode remeter para déficits de legitimação apenas para evitar um debate sobre a persecução penal de crimes apoiados pelo Estado numa ordem jurídica passada. Se se ignorar a componente democrática da legitimação do Direito Penal, então uma linha de argumentação científico-heroica transforma-se numa manipulação jurídico-política cínica.

PARTE III	VERDADE JURÍDICO-PROCESSUAL VERSUS VERDADE HISTÓRICA
-----------	---

O primeiro aspecto que merece uma atenção em separado tem relevância não apenas segundo o processo penal, mas dispõe também de uma elevada capacidade de convencimento junto ao público. Trata-se da pergunta pela possibilidade de esclarecer a verdade sobre o passado através do Direito Penal. Que se deve compreender por isto?<sup>22</sup> Conduz a relação de tensão entre verdade e garantias do processo penal a um outro conceito de verdade ou apenas à singela conclusão de que a verdade não pode ser o objetivo central do processo penal?

<sup>22</sup> No seguimento, apoio-me em grande parte em pensamentos anteriores da minha dissertação, cf. *Martins*, Flüchtige Grenze. Hermeneutik und Diskurstheorie im Recht, Baden-Baden 2013, p. 318 ss. Ocupo-me também deste tema em *Martins*, Sobre direito, punição e verdade: reflexões acerca dos limites da argumentação jurídica, in: *Dimoulis/Martins/Swennson Jr.* (Hrsg.), Justiça de Transição no Brasil. Direito, responsabilização e verdade, São Paulo 2010, p. 61 ss.

O princípio da verdade material desempenha um duplo papel no processo penal: recordamos que o procedimento jurídico se deve orientar para a descoberta da verdade. Para possibilitar uma decisão justa, evita simultaneamente uma funcionalização radical do objetivo do processo e das garantias processuais em nome de finalidades preventivas<sup>23</sup>. No Direito a busca cooperativa da verdade dirige-se tanto à verdade como à retitude normativa. Com isto não se quer significar que o Direito "cria" uma verdade jurídica, mas acentuar que o contributo do Direito para a constituição da verdade se realiza apenas dentro das suas próprias fronteiras de legitimação.

É frequentemente defendida na literatura de Direito Penal, com intenção crítica, a opinião de que no processo penal é *construída* uma verdade forense<sup>24</sup>. Hassemer refere-se aos fatores escassos, tempo, pessoal e dinheiro: uma "verdade forense" parece, dessa perspectiva, estar ligada à crítica aos déficits das instituições jurídicas<sup>25</sup>. Não é no entanto difícil ver que um tal conceito está ameaçado pelo perigo de ser compreendido de forma legitimadora, de forma a que aos fatos "reais" não fosse permitido mais qualquer lugar no processo penal. Este rumo do conceito falha assim a sua intencionada função crítica. Um conceito de verdade que resista à funcionalização tem, como objetivo do processo penal, um potencial crítico muito mais forte. Só comunicações jurídicas não criam nenhuma realidade. Depois é necessário diferenciar aqui o desenvolvimento intersubjetivo do discurso, que aspira a possibilitar tantas informações quanto possível dentro das condições de procedimento do Direito Penal do Estado de Direito, da realidade externa – independente do procedimento jurídico. Dentro do discurso jurídico as verdades valem no seu cruzamento com a justiça processual. Barreiras processuais são iminentes ao contributo do processo penal para a descoberta da verdade. Mas o discurso jurídico (principalmente o discurso forense) não pode prescindir da referência a um mundo externo<sup>26</sup>. A verdade continua consequentemente a ser um objetivo, mas não é o único objetivo do processo penal<sup>27</sup>. O procedimento de dar forma à busca cooperativa da verdade contém reivindicações de retitude. Verdade e correção cruzam-se na base de uma relação recíproca<sup>28</sup>.

23 Cf. aqui *Neumann*, Funktionale Wahrheit im Strafverfahren, in: *Phillips/Scholler*, Jenseits des Funktionalismus: Arthur Kaufmann zum 65. Geburtstag, Heidelberg 1989, p. 73 ff.; *Schilling*, Illegale Beweise, Baden-Baden 2004, p. 108.

24 Cf. por exemplo *Grasnick*, Wahres über Wahrheit – auch im Strafprozess, in: *Wolter* (Hrsg.), 140 Jahre Goldammer's Archiv für Strafrecht, Heidelberg 1993, p. 55 ss.; *Danziger*, Die Medialisierung des Strafprozesses, Berlin 2009, p. 158 ss.; também *Hassemer*, Grenzen des Wissens im Strafprozess, ZStW 121 (2009), p. 829 ss., 833 s. Uma forte crítica em *Arzt*, Der Internationale Strafgerichtshof und die formelle Wahrheit, Festschrift für Eser, p. 691 ss., 693 s.; cf. também *Gössel*, Ermittlung oder Herstellung von Wahrheit im Strafprozess?, Berlin/New York 2000, esp. p. 18 s.

25 *Hassemer*, Einführung in die Grundlagen des Strafrechts, 2. Aufl., München 1990, p. 150 ss., 153 s.

26 De forma diferente da aqui seguida, mas com um resultado semelhante, argumenta *Arzt*, Festschrift für Eser, S. 692: "[...] a verdade material como fim primário nunca significou que se descubra a verdade a qualquer preço, mas significa sim a descoberta da verdade no quadro de meios de coação e de recolha de provas legais. Se a verdade não tiver podido ser atingida dentro desses limites, então a verdade não foi descoberta; e deve haver lugar à absolvição in dubio pro reo".

27 *Hassemer*, ZStW 121 (2009), p. 836.

28 Segundo a concepção aqui defendida, permanecem, portanto, as reivindicações de verdade e retitude como reivindicações concorrentes uma com a outra; tão pouco existe uma identificação, assim como esta relação recíproca não deve ser vista como uma relação harmônica. Para a crítica da identificação entre verdade do julgamento e retitude da fundamentação ver *Arzt*, Festschrift für Eser, p. 694.

Esta ligação da verdade com reivindicações de retitude não pode ser abandonada em nome de uma politização do Direito Penal.

Por outro lado é um dado assente que o Direito Penal dispõe de possibilidades de investigação que não existem em nenhum outro domínio da vida social. Talvez ainda mais relevante do que isto é o acontecimento real de um processo, a "conversão de atos em palavras",<sup>29</sup> que permite o procedimento judicial. A reconstrução discursiva da realidade em processo – a *narração* da verdade – é pelo menos tão significativa como o mero estabelecimento de um fato na sentença. Pois esta reconstrução vai para além do domínio fático: na medida em que a verdade é contada, é-lhe conferida neste novo quadro de exposição uma outra dimensão, a verdade é embutida no mesmo espaço institucional da Justiça. Este acontecimento especial, que traz novamente à memória um princípio hermenêutico que os teóricos do Direito gostam de negligenciar,<sup>30</sup> remete para um momento estético, mesmo "teatral" da jurisdição,<sup>31</sup> que abre à descoberta da verdade uma dimensão mais profunda e a une à Justiça de forma inquebrantável.

Se se partir da seletividade estrutural do Direito Penal e dos limites normativos do processo penal, então não há muito a esperar do procedimento penal para um esclarecimento discursivo sobre a verdade *histórica*<sup>32</sup>. Apesar de o Direito Penal poder dar um contributo nesse sentido, há meios mais eficientes (e de longe menos problemáticos) para tal. Isto, no entanto, não exclui que este aparelho seja mobilizado para a causa da Justiça e deste modo desempenhe um papel central na exposição e reconhecimento da verdade histórica: como consciencialização judicial da verdade, como institucionalização da verdade no quadro de um processo que visa à Justiça.

## PARTE IV | CONCEITO MATERIAL DE CRIME E LEGALIDADE

### 1. | O CONCEITO DE CRIME

Uma das dificuldades consiste em determinar qual o conceito de crime que é pressuposto quando num procedimento penal se fala de ilícito de sistema

29 Vismann, *Medien der Rechtsprechung*, Frankfurt am Main 2011, p. 28. Ainda *ibidem*, p. 32: "Por conseguinte, aquilo que o tribunal faz consiste em situar o ato e o autor na ordem da linguagem".

30 Vgl. *Gadamer*, *Wahrheit und Methode*, GW 1, Tübingen 1990, p. 116 ss., 156; Ainda *idem*, *Über den Beitrag der Dichtkunst bei der Suche nach der Wahrheit*, GW 8, Tübingen 1993, p. 70 ss.

31 Cf. *Vismann*, *Medien der Rechtsprechung*, p. 33: "Esta transferência de um acontecimento do lugar real, o lugar do crime, para o palco altamente artificial do tribunal faz do ato um acontecimento na linguagem. A fórmula *theatrum veritatis et justitiae* do jurista barroco Jean-Baptiste de Luca (...) designa esta relação de fato da transformação do real na ordem simbólica. Ela indica que as próprias verdades e justiça são os acontecimentos que têm lugar sobre o palco do Tribunal". Sobre a associação entre tribunal e jogo, que também aproxima esta ideia ao pensamento de Gadamer, cf. *ibidem*, p. 36 s.

32 Como *Stübinger* (Das "idealisierte" Strafrecht, Frankfurt am Main 2008, p. 529 s.) corretamente nota, o próprio conceito de uma "verdade histórica" não está livre de ambivalências. Mas na maior parte das vezes a função do historiador na interpretação de fatos é subestimada por parte dos juristas. Para a comparação entre juiz e historiador, *ibidem*, p. 526 ss.



(*Systemunrecht*)<sup>33</sup>. Se aí nos referimos a penas, àquilo que se deve punir e qual a pena a aplicar – estas são questões que têm que ser decididas ou dentro de uma ordem jurídica interna ou na esfera internacional, em qualquer caso sob pressupostos democráticos. Para lá da Metafísica, o Direito Penal não se legitima por si mesmo.

Num Estado de Direito democrático, um conceito material de delito só pode nascer no quadro de um processo de reflexão coletivo sobre o sentido e os limites do Direito Penal<sup>34</sup>. Isto se torna mais complexo quando se trata de punir delitos do passado numa nova ordem democrática. Por razões pragmáticas, é recomendável verificar se os atos indesejáveis a censurar já preenchiam tipos legais de crimes na ordem jurídica anterior. Este foi em grande extensão o caso, tanto no Brasil como na Alemanha, e deve-se partir do princípio de que, em regra, este é o caso. Mas não tem que ser assim. O conteúdo ilícito de atos que não foram separadamente criminalizados – e tomemos como exemplo a tortura, ou seja, os atos que na linguagem do quotidiano são definidos como tortura – pode ser muito mais grave do que o conteúdo ilícito de tipos legais positivos.

O procedimento penal contra atos de um sistema passado aposta na especialidade destes atos<sup>35</sup>. Esta especialidade não resulta do fato de estes atos serem uma raridade na vida estadual,<sup>36</sup> mas sim de que eles têm um caráter extraordinário em duas perspectivas: são promovidos pelo Estado e ultrapassam os delitos usuais na intensidade de exercício

33 Embora crime e pena se impliquem conceitualmente um ao outro, considero possível e necessário que seja reconhecida prioridade à questão do conceito de crime, em face da questão do fim da pena. Só assim me parece plausível salientar a componente especificamente comunicativa da definição penal, independentemente dos seus objetivos, sem, no entanto, se ficar obrigado a uma pura teoria da retribuição. O modelo defendido conduz a uma definição formal (não legitimadora) do crime e da pena: crimes são atos que merecem um juízo de censura *jurídico* especial; a pena é primeiro que tudo a inflicção de um mal que resulta daquele juízo de censura e lhe confere força comunicativa através do sofrimento. Para uma reconstrução desta discussão e a defesa da opinião contrária, de que, portanto, também o conceito de crime se deve orientar pela determinação do fim da pena – ver Pawlik, *Das Unrecht des Bürgers*, Tübingen 2012, p. 52 ss., 57. Sobre os fundamentos para a determinação da pena como censura, von Hirsch, *Die Existenz der Institution Strafe: Tadel und Prävention als Elemente einer Rechtfertigung*, in: *idem*, *Fairness, Verbrechen und Strafe: Strafrechtstheoretische Abhandlungen*, Berlin 2005, p. 41 ss.; *idem*, *Warum soll die Strafsanktion existieren? – Tadel und Prävention als Elemente einer Rechtfertigung*, in: von Hirsch/Neumann/Seelmann (Hrsg.), *Strafe – Warum?*, Baden-Baden 2011, p. 43 ss.; von Hirsch/Ashworth, *Proportionate Sentencing*, New York 2005, p. 17 ss.

34 Naucke, *Die Wechselwirkung zwischen Verbrechensbegriff und Strafziel*, esp. p. 196, 200, defende-se contra este pensamento e procura ancorar o conceito de crime no Direito Natural. Presumivelmente, o que nos falta é um conceito de Direito Natural novo, socialmente imanente, para se chegar de forma plausível a um conceito natural de crime. Esta procura tem que ser feita. Quero aqui apenas referir que, compreendendo-se a Democracia como um conceito com carga normativa no sentido de um processo coletivo que deve conduzir a decisões políticas retas, então a legislação democrática devia ser o único caminho para incorporar este Direito Natural socialmente imanente e traduzi-lo em regras. Esta concepção nada tem que ver com a celebração legislativa do Positivismo. Ver, para uma crítica à política criminal "contingente" (em relação com a sua incapacidade em ajudar a dogmática do Direito Penal a encontrar soluções retas), Martins, *Versuch über die Vorsatzzurechnung*, p. 84 ss. De acordo, Pawlik, *Das Unrecht des Bürgers*, Tübingen 2012, p. 49.

35 Mais próximo da diferença entre "ordinary" e "extraordinary crimes" Drumbli, *Atrocity, Punishment, and International Law*, New York 2007, p. 3 ff. Acentuando o pano de fundo político de tais crimes fala Jäger (Ist Politik kriminalisierbar?, S. 123) de "Criminalidade do estado de exceção". Sobre a distinção entre macrocriminalidade e outra criminalidade cf. ainda *ibidem*, p. 134 ss. Para além de "distinções imanentes ao Direito Penal", Jäger rejeita mesmo uma diferença fundamental entre crimes de Estado e crimes privados, quando se trata da questão das consequências jurídicas (p.128). Sobre este aspecto também Reuss, "Vergangenheitsbewältigung" als Strafzweck bei Völkerverbrechen? – oder: *Was kommuniziert das Völkerstrafrecht?*, Einsicht 03 (2010), p. 34 ss. Certamente que esta diferenciação grosseira não devia transfigurar o fato de que mesmo dentro da área da "macrocriminalidade" se constatarem diferenças nos conteúdos de ilícito dos crimes. Neste sentido a análise jurídico-penal não devia em caso algum contribuir para ocultar a especificidade destes delitos – por exemplo, uma "máquina do assassínio em massa administrativo", que ultrapassa todos os limites não apenas a capacidade de representação humana, mas também dos quadros e das categorias nas quais se realizam o pensamento político e a atuação política. (citado de Arendt, *Organisierte Schuld*, in: *da mesma*, *In der Gegenwart. Übungen im politischen Denken II*, München 2012, p. 26 ss., 31).

36 Frequentemente, as violações dos Direitos Humanos em ligação com a sua impunidade estabelecem-se em tal medida na cultura de um país, que conseguem reproduzir-se como prática autoritária estadual para além do fim do sistema de não-Direito. Tal é também utilizado como argumento para a punição dos crimes do Estado. O caso brasileiro in: *Teles/Safatle* (Hrsg.), *O que resta da ditadura*, São Paulo 2012, p. 91 ss., 106 ss. Sobre o caráter "ubiquitário" da criminalidade reforçada estadual, que, por conseguinte, não constitui exceção alguma na história política (para o autor, trata-se aqui da *alemã*), cf. Naucke, *Die strafjuristische Privilegierung*, Frankfurt am Main 1996, p. 23 ss.

da violência. Não se trata dos assim chamados "crimes quotidianos", mas sim de crimes excepcionalmente graves, através dos quais a "liberdade do indivíduo fraco é subjugada pelo poder organizado do Estado"<sup>37</sup>. A diferença de forças entre vítima e autor é enorme. Na maior parte das vezes trata-se de crimes que atentam não apenas contra um indivíduo, mas contra a humanidade no seu todo<sup>38</sup>. A consideração daquela "especialidade" vale por maioria de razão para o estabelecimento do Direito Penal internacional, mas é também verdadeira para o tratamento nacional das violações dos Direitos Humanos.

Naquilo que diz respeito à ideia de "crimes naturais" têm que ser distinguidos dois aspectos. Existem provavelmente constantes antropológicas, segundo as quais determinados comportamentos são sempre considerados especialmente (quer dizer, penalmente) dignos de censura. É difícil de imaginar uma sociedade sem uma proibição geral do homicídio (independentemente das suas restrições), e, mesmo que existisse, essa circunstância nada diria contra o argumento de que nas sociedades que nos são conhecidas reina uma proibição geral do homicídio. Esta argumentação tem uma base empírica, mas uma força normativa pequena. Acresce que aquelas constantes antropológicas nunca têm o quadro específico de um tipo legal penal. Este tem que ser fixado posteriormente. Mas a grande dificuldade de uma argumentação desta espécie está em que – levando em conta guerras, invasões, domínio de povos e ordens de escravatura – existem poucas perspectivas de, mesmo considerando constantes antropológicas, perceber o que deve e o que não deve ser considerado como crime.

Por outro lado – como caminho normativo –, podiam, pelo menos as violações graves de Direitos Humanos, ser sempre declaradas como crimes puníveis, independentemente da sua positivação como delitos penais. Este é um caminho possível, com um fundamento essencialmente jusnaturalístico<sup>39</sup>. Eu considero este caminho impraticável enquanto não for oferecido como fundamento mais do que um Direito Natural metafísico. O reconhecimento dos Direitos Humanos também antes da sua positivação não tem que conduzir a consequências penais no caso da respectiva violação. Não existe um Direito Humano ao Direito Penal<sup>40</sup>. Um caminho inevitável para a punição resulta apenas de uma

37 Ibidem, p. 20; cf. recentemente, do autor, *Der Begriff der politischen Wirtschaftsstrafat – Eine Annäherung*, Berlin 2012, p. 4, o delito deve ser compreendido como uma "subjugação imputável da liberdade pessoal".

38 O sentido político da ideia de Humanidade está já ligado com a responsabilidade. Assim escreve Arendt (*Organisierte Schuld*, p. 37) com razão, que "a ideia de Humanidade, purificada de toda a sentimentalidade, (...) tem a grave consequência de um ponto de vista político, que nós temos que assumir desta ou daquela forma a responsabilidade por todos os crimes cometidos por homens, que os povos têm que assumir a responsabilidade por todos os atos abjetos praticados por povos".

39 A mais convincente defesa desta posição é oferecida por *Naucke*, *Die strafjuristische Privilegierung*, S. 26 ss.

40 De forma semelhante na sua argumentação contra uma função de fundamentação penal do Direito Natural, *Pawlik*, GA 1994, p. 482 e *Jakobs*, *Vergangenheitsbewältigung durch Strafrecht?*, p. 45: "A punibilidade é filha do Direito positivo e assim também de cada Constituição e prática vividas de um Estado". Deste modo, rejeito aquelas fórmulas que pressupõem uma ligação automática entre um crime e a inflição reativa de um mal – assim por exemplo em *Naucke*, *Die Wechselwirkung*, p. 196: "O crime pede uma pena". Cf. entre outros, de igual modo *Zaczyk*, *Zur Begründung der Gerechtigkeit menschlichen Strafens*, *Festschrift für Eser*, München 2005, p. 207 ss., 218; *Kahlo*, "Die Weisheit der absoluten Theorien", *Festschrift für Hassemer*, p. 383 ss., 418 s. No meu entendimento isto não pode ser assim desde logo porque a espécie de inflição do mal é sempre deixada à contingência histórica. Com isto, não excluo uma ligação automática entre crime e juízo de censura.

concepção do Direito Penal que declare a retribuição do delito como única justificaco para a pena estadual. So ento, sobre a base de uma teoria penal "absoluta", se pode partir de uma passagem imediata do estabelecimento do ato para a punio sem uma instncia intermdia, na qual seja fundamentado por que  que uma *pena* devia ter sido aplicada.

Mais plausvel, no entanto, do que uma ligao direta do crime  pena ou do crime  retribuio<sup>41</sup> parece ser uma ligao entre crime (como atos gravemente reprovados, violaes de Direitos Humanos) e a *correspondente* atribuio de responsabilidade jurdica – uma ligao *quase* tautolgica. Mas esta ligao no  tautolgica, na medida em que ela distingue entre a reprovaco social do ato e a atribuio jurdica de responsabilidade. Porm isto significa que uma atribuio correspondente de responsabilidade pressupe um sistema existente de coordenadas, dentro do qual aquela reprovaco social encontre uma traduo jurdica. Se esta traduo se realiza atravs da imposio da pena, essa  uma contingcia histrica. So no quadro daquele sistema de coordenadas  correto afirmar que um ato praticado – comparado com o tratamento que lhe  dado por outros Estados de no Direito – ter forosamente que conduzir a uma punio.

## 2. | A PROBLEMTICA DA PROIBIO DA RETROATIVIDADE

Partindo do conceito de crime chegamos  problemtica sobre a forma de lidar com a proibio da retroatividade no Direito Penal de um Estado de Direito.

A definio do Direito Penal do Estado de Direito como "Negao do Poder",<sup>42</sup> como instituio da liberdade,  uma definio exata. Dela faz parte naturalmente o princpio da legalidade como proteo do individuo contra o poder do Estado. O princpio, no entanto, no est livre de ambivalncias. O estado de polcia  intrnseco ao Estado de Direito, ambos existem simultaneamente – como conflito interno entre violncia e liberdade<sup>43</sup>. Legalidade  ao mesmo tempo sinal de negao do poder e de exerccio do poder. Mais adiante ainda vou abordar este problema de forma mais pormenorizada.

Como argumento para uma forma justa de lidar com a proibio da retroatividade, adequa-se a argumentao estritamente jusnaturalstica<sup>44</sup> ou a assim designada Frmula

41 Naucke, Die Wechselwirkung, p. 75 f.

42 Naucke, Der Begriff der politischen Wirtschaftsstraftat, p 10; j do mesmo autor, Normales Strafrecht, p. 84.

43 Esclarecimentos mais detalhados em Zaffaroni/Alagia/Slokar, Derecho Penal. Parte General, 2. Aufl., Buenos Aires 2002, p. 5 s. Sobre "a relao de tenso entre a ideia do Estado de Direito liberal por um lado e o Estado punitivo e a sua poltica por outro, cf. Arnold, Die Bewltigung der DDR-Vergangenheit vor den Schranken des rechtsstaatlichen Strafrechts, in: Institut fr Kriminalwissenschaften Frankfurt a. M. (Hrsg.), Vom unmglichen Zustand des Strafrechts, Frankfurt am Main 1995, p. 283 ss., 286, que no entanto recusa uma restrio da proibio da retroatividade – por causa da proteo do Estado de Direito contra influncias polticas (p. 289 ss., 302 ss.).

44 Naucke, Die strafjuristische Privilegierung, p. 47 ss.

de Radbruch<sup>45</sup>. Com esta fórmula, é unida, por *Robert Alexy*, a qualquer ordem jurídica uma reivindicação de retitude moral<sup>46</sup>. No que respeita à ligação entre Direito e Moral, a tese implica – no sentido de Alexy – um “não positivismo inclusivo”,<sup>47</sup> que diz que o Direito e a Moral podem conter incompatibilidades, no entanto às normas grosseiramente injustas deve ser recusado o Estatuto de Direito<sup>48</sup>.

Todavia esta concepção transfigura o problema real. A afirmação de que normas arbitrárias não podem constituir Direito pode ser empregue numa discussão como argumento contra o direito positivo atual. Este argumento pode também conduzir à rejeição de uma norma jurídica positiva, que apenas vigora enquanto norma jurídica (injusta) até que seja eliminada pela força discursiva do discurso jurídico. Mas a força fática-normativa do discurso deve ser capaz de revogar a vigência fática da norma. Em relação ao passado, o argumento significa certamente uma desconsideração da facticidade do Direito<sup>49</sup>. Ele serve então à sociedade para esta se libertar da responsabilidade pela vigência de Direito extremamente injusto<sup>50</sup>.

Para a responsabilização jurídica de malfeitores basta, no meu entendimento, o argumento de que não temos que aceitar que um direito tão extremamente injusto continue a produzir efeitos. É necessário também estar-se disposto a dizer abertamente que a proibição da retroatividade deve ser revogada em casos específicos<sup>51</sup>. Isto simplifica a discussão em

---

45 Cf. *Radbruch*, Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht, in: do mesmo autor, *Der Mensch im Recht*, Göttingen 1957, p. 111 ss. A literatura sobre a fórmula de Radbruch é, entretanto, extremamente extensa. Refira-se aqui apenas a monografia de *Saliger*, *Radbruchsche Formel und Rechtsstaat*, Heidelberg 1995; e os estudos de *Kaufmann*, *Die Radbruchsche Formel vom gesetzlichen Unrecht und vom übergesetzlichen Recht in der Diskussion um das im Namen der DDR begangene Unrecht*, NJW 1995, p. 81 ss.; *Frommel*, *Die Mauerschützenprozesse – eine unerwartete Aktualität der Radbruchschen Formel*, Festschrift für Arthur Kaufmann, Heidelberg 1993, p. 81 ss.; e *Hassemer*, *Staatsverstärkte Kriminalität als Gegenstand der Rechtsprechung. Grundlagen der "Mauerschützen" – Entscheidungen des Bundesgerichtshofes und des Bundesverfassungsgerichts*, Festschrift BGH, Köln 2000, p. 439 ss., 463. Crítico em relação ao modelo, já que este se encontra “prejudicado pela hipótese de implicações ontológicas excepcionalmente fortes, epistemologicamente dificilmente defensáveis”, *Neumann*, *Rechtspositivismus, Rechtsrealismus und Rechtsmoralismus in der Diskussion um die strafrechtliche Bewältigung politischer Systemwechsel*, in: *do mesmo autor*, *Recht als Struktur und Argumentation*, Baden-Baden 2008, p. 163 ss., 173. Crítico do “relativismo” inerente à fórmula, cf. *Naucke*, *Die strafjuristische Privilegierung*, p. 44 ss.; *do mesmo autor*, *Die Aushöhlung der strafrechtlichen Gesetzmäßigkeit durch den relativistischen, politisch aufgeladenen strafrechtlichen Positivismus*, in: *Institut für Kriminalwissenschaft Frankfurt a. M.* (Hrsg.), *Vom unmöglichen Zustand des Strafrechts*, Frankfurt am Main 1995, p. 483 ss., 493 s. *Naucke* pronuncia-se por isso em defesa de uma extensão da fórmula [Die Strafjuristische Privilegierung, p. 46 s.].

46 *Alexy*, *Begriff und Geltung des Rechts*, Freiburg i. B./München 1992, p. 62, 64 ss., 106 ss., 129 ss.; *do mesmo autor*, *Mauerschützen. Zum Verhältnis von Recht, Moral und Strafbarkeit*, in: *Alexy/Koch/Kuhlen/Rüssmann*, *Elemente einer juristischen Begründungslehre*, Baden-Baden 2003, p. 469 ss.

47 *Alexy*, *On the Concept and the Nature of Law*, *Ratio Juris* 21 (2008), p. 281 ss., 287; *do mesmo autor*, *The Dual Nature of Law*, *Ratio Juris* 23 (2010), p. 167 ss., 177.

48 *Alexy*, *Begriff und Geltung*, p. 70, 131 s., fala de uma relação conceitualmente necessária entre Direito e Moral, mais precisamente (p. 136) de “uma relação necessária, do Direito com a ideia de uma Moral Reta, no sentido de uma Moral fundamentada”.

49 *Neumann*, *Rechtspositivismus, Rechtsrealismus und Rechtsmoralismus in der Diskussion um die strafrechtlichen Bewältigung politischer Systemwechsel*, Festschrift für Lüderssen, Baden-Baden 2002, p. 109 ss., 119.

50 Faço minha a argumentação de *Wiethölter*, *Rechtswissenschaft*, Frankfurt am Main 1968, p. 60 – relativa ao tratamento do não Direito nacional-socialista. Concordo com *Jakobs*, *Vergangenheitsbewältigung durch Strafrecht? Zur Leistungsfähigkeit des Strafrechts nach einem politischen Umbruch*, in: *Isensee* (Hrsg.), *Vergangenheitsbewältigung durch Recht*, Berlin 1992, p. 37 ss., 46, 53, no sentido em que a hipótese de que o nacional-socialismo ou o sistema da antiga RDA teriam agido para lá das respectivas ordens jurídicas e não teriam tido o poder de criar Direito, significa a sua banalização. Formulado de modo mais geral para Estados de não-Direito, *Jakobs*, *Untatens des Staates – Unrecht im Staat. Strafe für die Tötungen an der Grenze der ehemaligen DDR?*, GA 1994, S. 1 ff., 9. Concordando, *Pawlik*, *Strafrecht und Staatsunrecht*, GA 1994, p. 472 ss., 477 s.

51 Da objeção de *Naucke* [Die strafjuristische Privilegierung, p. 39, Fn. 61] a este respeito, de que “não se compreende muito por que é que a radicalidade só é formulada em retrospectiva”, pretendo eu por minha vez tentar defender-me com uma referência ao papel concreto das forças políticas no processo legislativo. O ponto reside precisamente em que uma sociedade tem que assumir radicalmente a responsabilidade pelo seu Direito, o que significa, tem que encontrar mecanismos políticos para vencer instituições jurídicas injustas. Negar a instituições formais, reconhecidas de fato, o seu caráter jurídico, transfigura a relação especial entre Direito e Política e encobre a componente de violência que lhe está implícita. Nesta perspectiva, a referência de *Pawliks* (GA 1994, p. 480) a uma “insensibilidade” face ao conceito do Político, inerente à Fórmula de Radbruch, parece-me ser adequada.

muitos aspectos e poupa-nos a problemas consideráveis, que nascem quando nos vemos perante a tarefa de demonstrar que a revogação posterior da punibilidade – palavra-chave: leis de anistia – constitui um “ilícito grosseiro”.

Quero trazer aqui três argumentos para a revogação da proibição da retroatividade. O primeiro argumento diz que violações dos Direitos Humanos já eram violações dos Direitos Humanos na ordem jurídica do passado. Com isto, não se quer dizer que aquelas violações têm que ser punidas, mas sim que existe um ponto de partida jurídico claro para a punição. O segundo argumento consiste na proposta de se compreender o princípio da legalidade como uma manifestação do princípio democrático. E o terceiro argumento refere-se à estrutura dialógica da argumentação jurídico-penal.

### 3. A VIGÊNCIA DE DIREITOS HUMANOS

#### a) Direitos Humanos como construções coletivas

Se se espera que os crimes e penas sejam determinados no quadro de um discurso democrático por causa da proteção das condições de vida de uma sociedade, então resulta daí uma circularidade qualificada na aplicação do Direito Penal: os cidadãos determinam democraticamente as normas, pelas quais eles mesmos devem orientar o seu comportamento, e ao mesmo tempo as penas que serão impostas pela violação destas normas<sup>52</sup>. Apesar dos papéis de autor e destinatário das normas jurídicas serem assimétricos, deve-se partir do princípio de que as normas de Direito Penal ganham a sua legitimidade através do fato de em regra serem aplicadas dentro de uma sociedade determinada aos mesmos cidadãos que as produzem.

Agora este não é o caso pelo menos *prima facie* da mudança política de sistema. A ideia da Justiça de Transição prevê para a intervenção do Direito Penal exatamente o contrário: nomeadamente, que os atores de uma ordem jurídica passada, e de resto não democrática, devem ser punidos. Com o simples recurso à legitimação democrática do Direito Penal não pode, por conseguinte, ser respondida a pergunta sobre a legitimação da persecução penal de crimes estaduais. Para tal, tem que ser demonstrado que existe uma espécie de unidade na diferença – que a ordem democrática e a anterior ordem autoritária se encontram numa relação dialética uma com a outra. Considero este caminho como uma alternativa socialmente imanente, por um lado face ao Direito Natural metafísico, que afirma forçosamente a possibilidade do sancionamento posterior; e por outro lado

52 Cf. sobre o processo legislativo fundamentalmente *Habermas*, Faktizität und Geltung, Frankfurt am Main 1992, p. 109 ss.; 349 ss.; *do mesmo autor*, Über den internen Zusammenhang von Rechtsstaat und Demokratie, in: *do mesmo a.*, Die Einbeziehung des Anderen, Frankfurt am Main 1999, p. 293 ss.; Günther, Schuld und kommunikative Freiheit, Frankfurt am Main 2005, p. 245 ss.; *do mesmo autor*, Welchen Personenbegriff braucht die Diskurstheorie des Rechts?, in: *Brunkhorst/Niesen*, Das Recht der Republik, Frankfurt am Main 1999, p. 83 ss.; *Günther/Prittwitz*, Individuelle und kollektive Verantwortung im Strafrecht, Festschrift für Hassemer, p. 331 ss., 342.

contrariando o positivismo estrito, que exclui aquela possibilidade em qualquer caso<sup>53</sup>. Este caminho segue paralelamente à fundamentação dos Direitos Humanos na nova ordem jurídica – como sinal daquela relação dialética com o passado.

No centro da discussão sobre os Direitos Humanos está a pergunta controversa, de saber se os Direitos Humanos têm natureza moral ou jurídica<sup>54</sup>. Uma resposta unilateral a esta pergunta apresenta-se como desprovida de desenvolvimento<sup>55</sup>. Se se compreender a constituição de Direitos Humanos como resultado de processos de aprendizagem através de experiências da injustiça,<sup>56</sup> então os Direitos Humanos podem ser compreendidos como elementos tanto do discurso moral como do discurso jurídico. Discursos jurídicos existem como discursos *fundamentantes*, ou seja, antes da – ou no caminho para a – positivação. A ideia de que primeiro que tudo estes se constituem em direitos morais pressupõe uma prioridade da moral, que não é indicada para o esclarecimento da gênese dos Direitos Humanos. O fato de estes direitos terem uma "orientação pelo conceito de Direito positivo"<sup>57</sup> mostra, pelo contrário, que devem desde o princípio ser entendidos também como parte do discurso jurídico.

A melhor forma de explicar esta conexão consiste em compreender como um cruzamento dos discursos jurídico e moral de uma sociedade. Da perspectiva moral, adquirem tais direitos o seu caráter de universalidade. Por isso têm *também* vigência retrospectiva<sup>58</sup>. Da perspectiva jurídica, adquirem tais direitos a sua reivindicação de positivação e a possibilidade de serem judicialmente invocados perante qualquer ordem jurídica. Esta é a reivindicação mais forte dos Direitos Humanos como instituições jurídicas: que eles se possam sempre voltar contra a ordem jurídica positiva<sup>59</sup>. Daí nasce uma relação de tensão – jurídica interna – entre Direitos Humanos e direitos civis "particulares", que não se desfaz sem o recurso a uma instância da sociedade civil mundial<sup>60</sup>. Esta diferença cria uma força

53 Como representante da defesa de uma abordagem de Direito Natural, *Naucke*, Die strafjuristische Privilegierung, esp. p. 26 ss.; para uma abordagem jurídico-positivista, os já mencionados estudos de von Jakobs, Vergangenheitsbewältigung durch Strafrecht?, p. 37 ss.; *do mesmo autor*, GA 1994, p. 1 ss., e *Pawlik*, GA 1994, p. 472 ss.

54 Sobre esta discussão, mediante uma comparação das posições de Tugendhat und Habermas, cf. *Lohmann*, Menschenrechte zwischen Recht und Moral, in: *Gosepath/Lohmann* (Hrsg.), Philosophie der Menschenrechte, Frankfurt am Main 1998, p. 62 ss.

55 Assim também, *ibidem*, p. 82 ss.

56 Cf. *Forst*, Die Rechtfertigung der Menschenrechte und das grundlegende Recht auf Rechtfertigung. Eine reflexive Argumentation, in: *ders.*, Kritik der Rechtfertigungsverhältnisse, p. 53 ss., esp. p. 59 s., os Direitos Humanos "falamos uma linguagem de protesto e de resistência" (p. 53 s., 76); ainda *Günther*, Was kann "Universalität der Menschenrechte" heute noch bedeuten?, in: *Schulz/Sonne* (Hrsg.), Kontinuität und Wandel, Zürich 1999, p. 167 ss.; *do mesmo autor*, Von der gubernativen zur deliberativen Menschenrechtspolitik – Die Definition und Fortentwicklung der Menschenrechte als Akt kollektiver Selbstbestimmung, in: *Haller/Günther/Neumann* (Hrsg.), Menschenrechte und Volkssouveränität in Europa. Gerichte als Vormund der Demokratie, Frankfurt a. M./New York 2011, p. 45 ss.

57 *Lohmann*, Menschenrechte, p. 89.

58 Sobre este aspecto, *Forst*, Die Rechtfertigung der Menschenrechte, p. 86, que no entanto compreende esta reivindicação como "uma determinada implicação institucional da argumentação moral pelos Direitos Humanos".

59 Vgl. *Wellmer*, Menschenrechte und Demokratie, in: *Gosepath/Lohmann* (Hrsg.), Philosophie der Menschenrechte, p. 265 ss., 266: "a partir daí, reconhecer Direitos Humanos significa já sempre reconhecê-los também como direitos potenciais *contra* um código jurídico positivo, ainda que os mesmos *dentro* deste código jurídico não surjam *como* direitos."

60 Cf. *ibidem*, p. 267; ferner *Habermas*, Zur Legitimation durch Menschenrechte, in: *ders.*, Die postnationale Konstellation, Frankfurt am Main 1998, p. 170 ss., 177: "Assim existe uma tensão específica entre o sentido universal dos Direitos Humanos e as condições locais da sua realização. Eles *devem* obter validade para todas as pessoas, ilimitadamente. Mas como conseguir isto?"

discursiva para a transformação e para o alargamento do catálogo dos Direitos Humanos e coloca o discurso dos Direitos Humanos – a partir da perspectiva interna do Direito – perante desafios face a novas experiências da injustiça<sup>61</sup>. Mas também a visão moral sobre as experiências da injustiça é cunhada pelos direitos já positivados.

Se se compreender o discurso sobre os Direitos Humanos como uma construção social<sup>62</sup>, então se esclarece também a conexão interna entre Direitos Humanos e democracia<sup>63</sup>. A ideia da inclusão de qualquer participante no discurso dos Direitos Humanos coincide com a exigência de proteção e promoção dos Direitos Humanos como condição de um discurso democrático. Entre Direitos Humanos e democracia existe neste ponto uma relação de constituição recíproca<sup>64</sup>. Isto vale também no sentido de uma inclusão de todos os participantes possíveis no discurso democrático, como consequência política – e também conceitual – do discurso dos Direitos Humanos<sup>65</sup>. Por conseguinte, com a fundamentação dos Direitos Humanos dentro de um Estado de Direito particular, não está nem de longe esgotado o potencial de participantes no discurso fundamentante dos Direitos Humanos.

#### b) Mudança de sistema: uma continuidade negativa da ordem jurídica

Já antes da fundamentação de uma nova ordem jurídica, existiam recursos jurídico-morais que, mesmo que sozinhos, não tenham conduzido ao irromper revolucionário da nova ordem, são pelo menos imprescindíveis para o estabelecimento fático de uma ordem democrática. Numa mudança política de sistema podemos partir de uma *continuidade negativa*. Que existe uma continuidade positiva (ou neutral) é trivial. Em regra não se trata – não se tratou tanto no Brasil como na Alemanha – de uma revogação radical de todas as relações jurídicas, mas sim de modificações essenciais, qual o critério segundo o qual normas jurídicas do passado podem ser recepcionadas ou não. Certamente que uma revolução democrática significa uma ruptura com o passado e ao mesmo tempo

61 Como tal, me parece não ser esta uma diferença entre Direito e Moral, como *Wellmer* a descreve (*Menschenrechte und Demokratie*, p. 282); ela é imanente ao discurso jurídico. A manifestação jurídica desta diferença repousa unicamente no cruzamento dos discursos jurídico e moral. O discurso moral desestabiliza o jurídico, e vice-versa.

62 *Günther* (*Menschenrechtspolitik*, p. 52) define este processo como a "autoatribuição de poder do homem para a sua autodeterminação (em destaque no original). À objeção de que esta posição conduz ao relativismo, pretendo responder com a referência à prática intersubjetiva do ato de fundamentar. O reconhecimento da vigência de Direitos Humanos é compreendido como processo histórico, mas não arbitrário. Cf. sobre este aspecto *Köhler*, *Das Recht auf Menschenrechte*, in: *Brunkhorst/Köhler/Lutz-Bachmann*, *Recht auf Menschenrechte*, Frankfurt am Main 1999, p. 106 ss., 110.

63 Sobre este aspecto, fundamentalmente *Habermas*, *Über den internen Zusammenhang von Rechtsstaat und Demokratie*, in: *do mesmo autor*, *Die Einbeziehung des Anderen*, Frankfurt am Main 1995, p. 293 ss.; do mesmo a., *Zur Legitimation durch Menschenrechte*, esp. p. 175 s.

64 Da forma mais marcante *Forst*, *Die Rechtfertigung der Menschenrechte*, p. 78, 88. Cf. também *Günther*, *Von der gubernativen zur deliberativen Menschenrechtspolitik*, p. 57. *Anders Köhler* (*Das Recht auf Menschenrechte*, p. 113), para quem existe uma dependência moral dos Direitos Humanos face à Democracia: "A Democracia serve à concretização dos Direitos Humanos, mas os Direitos Humanos não servem à concretização da Democracia." Também *Michelman* (*Bedürfen Menschenrechte demokratischer Legitimation?*, in: *Brunkhorst/Köhler/Lutz-Bachmann*, *Recht auf Menschenrechte*, p. 52 ss.) se pronuncia em defesa de uma independência da Democracia em relação aos Direitos Humanos. Os dois autores admitem no entanto que "os Direitos Humanos só numa Democracia podem ser concedidos" (*Köhler*, *Das Recht auf Menschenrechte*, p. 115). *Michelman* (*Menschenrechte*, p. 61, 64) chega à conclusão de que a possibilidade de obervância e respeito de um regime de Direitos Humanos depende de uma prática estável de crítica e de controle democráticos".

65 Cf. *Wellmer*, *Menschenrechte und Demokratie*, p. 280.

– precisamente através desta ruptura – uma relação com aquele passado. A ordem democrática estabelece-se na base de uma relação negativa com o passado autoritário. É exatamente a isto que pretendo chamar continuidade negativa: é um longo processo interno de desconstrução do passado autoritário, que tem que ser encarado como pressuposto para a fundamentação definitiva de um Estado de Direito.

Então é natural que a sociedade que se confronte com o seu próprio passado coloque o reconhecimento das – e possivelmente a reação contra as – violações dos Direitos Humanos como pressuposto para a fundamentação democrática de uma nova ordem jurídica. Uma nova ordem jurídica não nasce do nada: baseia-se em fontes de legitimação, cuja origem dinâmica deve ser localizada no discurso moral e jurídico da sociedade. O reconhecimento de violações – universais – de Direitos Humanos faz, por conseguinte, parte da autocompreensão (*Selbstverständnis*) de cada sociedade e opera assim retrospectivamente: a sociedade projeta a vigência destes direitos no seu passado e admite que eles, os direitos, foram violados. Certamente que com isto não está fundamentada uma reação de Direito Penal, mas é reconhecida a existência de regras *jurídicas* que foram violadas. Estas fornecem um ponto de partida jurídico inequívoco para uma possível punição.

#### 4. CONTEÚDO MATERIAL DO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE

Desde a sua formulação clássica como parte da lógica da teoria da coação psicológica de Feuerbach que o princípio da legalidade desempenha um papel ambivalente entre o Estado e o indivíduo. Ignorando-se o conteúdo da lei, então fica o esquema formal: o Estado ameaça o indivíduo com uma pena; se não existir nenhuma lei anterior, então a finalidade de dissuasão da pena não funciona<sup>66</sup>. Trata-se por isso de uma garantia, que exerce simultaneamente uma função no interesse do Estado contra o indivíduo. Como na maior parte das vezes sucede nos institutos da liberdade do Direito Penal, o princípio da legalidade compõe-se de um duplo aspecto. À sua função negativa, limitativa do Direito Penal, é acrescida uma tarefa positiva: legitima leis penais exclusivamente

66 *Feuerbach*, Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts, 14. Aufl., Gießen 1847 (Neudruck: Aalen 1986), §5 16, 20. Sobre a conexão estreita entre teoria penal e legalidade penal em Feuerbach, cf. *Greco*, Lebendiges und Totes in Feuerbachs Strafrecht, Berlin 2009, p. 49 ss., embora o autor acentue que para Feuerbach a lei penal é necessária não apenas por causa do seu efeito de dissuasão, mas também por causa do consentimento do autor na punição (p. 52). Sobre a ambivalência na formulação de Feuerbach da legalidade penal e da teoria da prevenção geral, cf. *Naucke*, Paul Johann Anselm von Feuerbach. Zur 200. Wiederkehr seines Geburtstags am 14. November 1975, in: *do mesmo autor*, Über die Zerbrechlichkeit des rechtsstaatlichen Strafrechts, Baden-Baden 2000, p. 159 ss., 177 ss.; *do mesmo a.*, Feuerbach – ein liberaler Strafrechtler, in: *do mesmo a.*, Über die Zerbrechlichkeit, p. 185 ss., 187 s.; *do mesmo a.*, Gesetzlichkeit und Kriminalpolitik, in: *do mesmo a.*, Gesetzlichkeit und Kriminalpolitik, Frankfurt am Main 1999, p. 225 ss., 229 s. Sobre o princípio da legalidade jurídico-penal na relação com a mudança de sistema, cf. *Martins*, A legalidade e a proibição de retroatividade das leis no direito penal e no direito penal internacional e o tratamento dos crimes estatais praticados durante o regime militar no Brasil, Revista Anistia 7 (2013), p. 184 ss.



através do seu aspecto formal: a legalidade serve – de forma legitimadora – a toda e qualquer política criminal<sup>67</sup>.

A única saída deste impasse formal é fundamentar o princípio da legalidade no quadro de um processo democrático e ter aí em atenção que também a divisão de poderes adquire o seu sentido na proteção da soberania popular<sup>68</sup>. Então, o resultado é também uma relação direta, estreita, entre princípio da legalidade e justiça material<sup>69</sup>. A democracia é aqui decerto entendida como princípio normativo, que se compreende a si mesmo como a configuração política da ideia de uma procura coletiva da verdade.

No processo de reconhecimento daquela continuidade negativa já acima tratada podem os cidadãos *contextualizar* princípios do Estado de Direito em função da sua fundamentação democrática. Uma vez que a fundamentação democrática da legalidade contém uma relação direta com a legitimação democrática da lei, as leis de cunho autoritário, que apenas servem o exercício do poder do Estado, não podem ser compatibilizadas com o princípio da legalidade. Certamente que tal não atinge todas as leis no contexto de uma ordem jurídica autoritária. A fronteira, no entanto, não deve ser traçada em qualquer outro lugar que não seja na oposição entre liberdade individual e terrorismo de Estado. Resumindo: quando indivíduos se serviram do aparelho do Estado de tal forma que, tanto podiam praticar delitos graves como também ficarem impunes eles, o legislador democrático não tem que se curvar perante o legislador autoritário do passado.

Com a revogação da proibição da retroatividade, ligam-se, por conseguinte, duas mensagens: nós assumimos a responsabilidade pela ordem não democrática do passado; e nós queremos romper definitivamente com esta ordem passada, de forma a não ter em consideração as leis que apenas foram promulgadas por causa da autopreservação desta ordem.

## 5. A ESTRUTURA DIALÓGICA DA IMPUTABILIDADE PENAL

Esta argumentação tem uma estrutura semelhante à da introdução de um princípio de imputabilidade equitativa no modelo normativo do diálogo da culpa para o tratamento

67 *Nauck* descreve este fenómeno como um esvaziamento ("Degeneration") do princípio da legalidade através do positivismo jurídico-penal. Cf. *Nauck*, Die Aushöhlung, passim; *do mesmo autor*, Gesetzlichkeit und Kriminalpolitik, p. 239; é semelhante à reflexão de *Tavares*, Os objetos simbólicos da proibição, in: *Coutinho* (Hrsg.), Direito e Psicanálise. Interseções a partir de "O Processo" de Kafka, Rio de Janeiro 2007, p. 43 ss.

68 Tal deve ser aqui compreendido como objeção contra a argumentação de *Grünwald* (Bedeutung und Begründung des Satzes "nulla poena sine lege", ZStW 76 (1964), p. 1 s., 16 s.), segundo a qual só exclusivamente a partir da perspectiva da divisão de poderes se deveria poder justificar a proibição da retroatividade. Sobre a relação entre soberania popular e divisão de poderes, cf. *Maus*, Über Volkssouveränität. Elemente einer Demokratietheorie, Berlin 2011, p. 111.

69 Sobre a ligação entre justiça material e legalidade, cf. *Grünwald*, Bedeutung und Begründung, p. 18.

de constelações problemáticas na estrutura delitual<sup>70</sup>. Trata-se então de observar o mandamento da justiça material de que quem se fez a si mesmo impune não pode invocar a proibição da retroatividade para se eximir à persecução penal<sup>71</sup>. Paralelamente ao ancoramento da contextualização do princípio da legalidade, numa compreensão democrática (do conteúdo) do processo legislativo, existe assim uma restrição da proibição da retroatividade, em resultado de um "alargamento (democraticamente compreendido) da dogmática do Direito Penal a regras sociais da imputabilidade"<sup>72</sup>.

O caso do Brasil é exemplar para este argumento, porque o Direito injusto, de que se trata, consiste na revogação geral da punibilidade da criminalidade de Estado. A possibilidade, deixada em aberto pelo Supremo Tribunal Federal brasileiro na sua decisão (ADPF 153), de contestar a lei da Anistia através do legislador democrático, não pode ser impedida pelo simples recurso formal à proibição da retroatividade. Isto significaria separar o princípio da legalidade de qualquer ligação, não só com a justiça material, mas também e particularmente com a democracia. Quando se reconhece abertamente que se tratou, nesse tempo, de um compromisso entre Estado e sociedade,<sup>73</sup> então deixa de se poder falar de soberania popular. O perigo de se transformar a proibição da retroatividade numa "soma da proposição *princeps legibus solutus* e da proposição *par in parem non habet imperium*",<sup>74</sup> ter-se-ia definitivamente verificado.

## PARTE V | CULPA E PENA

### 1. | DISCERNIMENTO DO ILÍCITO E NORMATIVIDADE

É a própria problemática do princípio da legalidade que conduz diretamente à análise da consciência do ilícito (*Unrechtsbewusstsein*) do autor (dStGB § 17, bStGB, Art. 21)<sup>75</sup>. Porque com uma suspensão da proibição formal da retroatividade sobre a base de um entendimento democrático do princípio da legalidade não é ainda possível responder à pergunta sobre o discernimento (*Einsicht*) concreto do autor para praticar o ato ilícito. A

<sup>70</sup> Ver sobre os fundamentos, *Neumann*, Zurechnung und Vorverschulden, p. 269 ss.; cf. também *do mesmo autor*, Die "actio libera in causa" als Methodenproblem der Strafrechtsdogmatik, Kansai University Review of Law and Politics 27 (2006), p. 43 ss., 51. *Neumann* (ídem, p. 290) não deixa de acentuar que no quadro da atribuição jurídico-penal de responsabilidade, este modelo não tem valor para alicerçar a censura deduzida contra o autor, dizendo apenas respeito às suas possibilidades de defesa. Espero ter mostrado acima que pode ser deduzida censura contra o autor. A invocação da proibição da retroatividade ganha por este meio o estatuto de uma defesa por parte do possível réu.

<sup>71</sup> O caso aqui tratado confirma, ao mesmo tempo em que é artificial, uma separação entre regras de imputabilidade e regras de processo. Sobre este aspecto, *Neumann*, Zurechnung und Vorverschulden, p. 276 s. Cf. também *Haft*, Der Schulddialog, Freiburg i. B. 1978, p. 70.

<sup>72</sup> *Neumann*, Zurechnung und Vorverschulden, p. 287.

<sup>73</sup> A argumentação de que a Lei da Anistia constitui um compromisso ou um negócio político entre grupos sociais surgiu frequentemente durante a discussão da ADPF 153 no Supremo Tribunal Federal brasileiro (cf. por exemplo, o voto do Ministro Eros Grau, p. 26 ff.). A argumentação é desconcertante, porque enquanto procura justificar a revogação da punibilidade de crimes do Estado com base naquele compromisso, coloca o Estado e a sociedade no mesmo plano.

<sup>74</sup> *Naucke*, Die strafjuristische Privilegierung, pp. 13, 47.t

<sup>75</sup> Sobre a consciência do ilícito no Estado de não Direito pormenorizadamente *Neumann*, "Unrechtsbewusstsein im Unrechtsstaat" NK § 17, Rn. 99 ss.

única justificação de uma proibição da retroatividade é um postulado da justiça material. O que justamente é favorável a esta suspensão é o fato de o autor não ter podido ter nenhuma dúvida ao praticar o ato ilícito<sup>76</sup>. O mesmo postulado conduz à aceitação de que um veredito de culpa jurídico-penal apenas se justifica na circunstância de que não faltou ao autor o discernimento de ter praticado um ato ilícito. Não obstante, o caráter estadual do crime neutraliza tendencialmente a capacidade de alcançar este discernimento<sup>77</sup>.

Em primeiro lugar, é problemática a questão se aí se trata de uma pura questão empírica ou se são necessárias determinadas suposições normativas. Autores de crimes sob regimes autoritários têm frequentemente a profunda convicção de terem defendido com razão "a Pátria" ou "a ordem" contra a "subversão", o que na maior parte das vezes está ligado ao seu enquadramento social<sup>78</sup>. Tal mostra um paralelismo com o crime por convicção. Se o discernimento do ilícito (*Unrechtseinsicht*) fosse interpretado de tal forma que não pudesse ser estabelecido em relação a nenhum criminoso por convicção, então seria não apenas confundida a distinção entre o crime por convicção e o ato sob erro de proibição, mas ainda surgiria como altamente questionável cada atribuição de culpa que tivesse como pano de fundo um conflito político, ético ou religioso. De fato, o fanatismo político não significa necessariamente, de forma alguma, que ao autor realmente falte o discernimento de que comete um crime<sup>79</sup>. Para além da alternativa atribuição/estabelecimento da culpa e do ilícito, mostra-se então claramente que a questão *o que é que deve ser estabelecida* já é uma questão normativa. Dever-se-á sempre partir de uma normatização *restringida* do discernimento do ilícito e das possibilidades de evitar um erro de proibição<sup>80</sup>. O que decerto tem que ser recusado é a simples deformação do modelo jurídico-penal da culpa, para permitir a punição de determinados autores. Quer dizer, tomada a decisão de tratar a criminalidade de Estado através do Direito Penal, então esta decisão tem que ser consequentemente executada. A estrutura da culpa jurídico-penal não pode ser mudada de acordo com as necessidades.

Problemática é também a questão *o que é que se deve entender por "ilícito" (Unrecht)*<sup>81</sup>. Mesmo quando o objeto do discernimento do ilícito não é identificado com o conhecimento da lei, mas sim com o conhecimento da "proibição ou da imposição jurídicas"<sup>82</sup> ou –

76 Assim também a função "corretiva" da retroatividade jurídico-penal no Direito Penal Internacional é compreendida no sentido de que a regra que o autor infringiu teria que ter sido clara para todos. Cf. aqui *May*, Crimes against Humanity, Cambridge u. a. 2005, p. 207 ss., 211.

77 *Jäger*, Ist Politik kriminalisierbar?, p. 126.

78 Pormenorizadamente sobre esta problemática, *Jäger*, Verbrechen unter totalitärer Herrschaft, Olten u. a. 1967, p. 163 ss.

79 *Ibidem*, p. 171.

80 *Neumann*, Der Verbotssirrtum (§ 17 StGB), JuS 1993, S. 793 ff., 797; ders., Nomos-Kommentar zum Strafgesetzbuch, 3. Aufl., 2010, § 17, Rn. 54: "a validade social da proibição jurídico-penal seria consideravelmente enfraquecida se a ordem jurídica resolvesse a relação de tensão entre validade da norma e princípio da culpa unilateralmente, a favor do último, e atendesse ao desconhecimento das suas normas a favor do autor, sem limitações".

81 Cf. *Jäger*, Verbrechen unter totalitärer Herrschaft, p. 170.

82 *Roxin*, Strafrecht Allgemeiner Teil, 4. Aufl., München 2006, p. 932 ss.

seguindo a opinião dominante – com a “ordem material de valores do Direito”,<sup>83</sup> fica em aberto saber se a medida que tem que ser empregada é a ordem de valores atual ou passada, ou se ela – o que justamente no “ilícito de sistema” seria contraintuitivo – permanece a mesma<sup>84</sup>. É por conseguinte pressuposto um “sistema de valoração”<sup>85</sup> comum, cujo produto tendencialmente deveria ser a lei e a sua interpretação geral.

Aqui fica claro quão imprecisos são os contornos desta construção dogmática. O caminho viável consiste em nos referirmos novamente ao conteúdo dos Direitos Humanos e ao seu caráter universal – em ligação com o tipo legal penal específico que deve fundamentar a punição<sup>86</sup>. Tal conduz decerto a uma compreensão extremamente restritiva do ilícito.

A questão *da consciência do ilícito* é de novo ligada à pergunta sobre o momento material do princípio da legalidade.

Fundamentalmente, deve-se distinguir entre duas constelações: pensa o autor que é legalmente justificado ou excepcionalmente permitido praticar um ato ilícito, embora esteja consciente de que em circunstâncias normais o seu ato é proibido, então por regra é afastado o erro de proibição<sup>87</sup>. Seria uma contradição no momento da atribuição da culpa atender em tal medida à opinião política do autor ou à sua crença no regime de não Direito e privilegiá-lo em conjunto com a sua ideologia. Pensa o autor que existe uma lei que o obriga a praticar o ato ilícito ou não coloca sequer a retitude do seu ato em questão, então requer-se a tarefa laboriosa de investigar se o acesso ao significado do seu ato lhe estava na realidade vedado. Esta questão nunca pode ser respondida com generalizações<sup>88</sup>. Em todo o caso, é sempre exigido que não se saia da área do Direito Penal da culpa<sup>89</sup>.

## 2. | POR QUE A PENA?

É difícil encontrar uma resposta à pergunta: Qual a teoria penal que poderia justificar uma intervenção de Direito Penal no quadro da Justiça de Transição? Novamente, tal só se consegue numa especificidade de contexto. Assim, a ideia de uma ressocialização como

83 Com mais detalhes sobre este aspecto, *Neumann*, NK § 17, Rn. 17 ss.

84 Sobre esta problemática cf. *Neumann*, NK § 17, Rn. 99 s.

85 *Jäger*, Verbrechen unter totalitärer Herrschaft, p. 174.

86 *Neumann* (NK § 17, Rn. 100a) aponta com razão o perigo de estabelecer diferentes critérios para o conceito de (não) Direito na questão sobre o fundamento da punibilidade, e para o conteúdo do ilícito na análise da consciência do ilícito – estes diferentes critérios conduziram então a “uma construção híbrida de um modelo de imputabilidade jusnaturalista-positivista”.

87 Assim também *Jäger*, Verbrechen unter totalitärer Herrschaft, p. 176.

88 Assim também *Neumann*, NK § 17 Rn. 100a.; *Rosenau*, Tödliche Schüsse im staatlichen Auftrag, 2. Aufl., Baden-Baden 1998, p. 278. A posição de *Jakobs* (Untaten des Staates, p. 17): aos autores faltaria sempre a culpa jurídica, parece aqui ser apressada e contraintuitiva. Pois a “perversão” da ordem poderá na verdade, talvez, conduzir à resignação, mas não necessariamente à atividade criminosa.

89 Diferentemente *Jäger*, Verbrechen unter totalitärer Herrschaft, p. 184: “O Direito Penal da culpa atingiu aqui manifestamente os seus limites; perante a periculosidade de tais “crimes da humanidade”(H. Arendt e K. Jaspers), muito dificilmente nos podemos permitir respeitá-las”. Evidentemente que o autor se refere ao caso do nacional-socialismo, que constitui uma constelação especial. Eu considero, apesar disso, a declaração como problemática, pressupondo que só se deve tratar aqui de Direito Penal e não de Política.

possível fim da pena no período seguinte ao governo nacional-socialista na Alemanha é igualmente tão improvável como depois da ditadura militar no Brasil – mas por razões diferentes. Na Alemanha, porque seria difícil esclarecer onde teriam origem os recursos e critérios para a ressocialização. No Brasil, porque a ideia de uma ressocialização, decorridos trinta anos, pouco sentido faz. Decisivo é que em tais constelações o ato está tão ligado com o pano de fundo social que mesmo um pensamento orientado para o autor devia antes dirigir-se às causas sociais da normalização do crime e ao esclarecimento de indivíduos adaptados – digo isto no sentido de uma “viragem para o sujeito”,<sup>90</sup> como Adorno formulou – o que é difícil através do Direito Penal.

Voltemos agora para os modelos da prevenção geral. A prevenção geral negativa não representa uma alternativa muito prometedora. Criminosos de Estado não entram por regra em consideração com o fato de que irão perder o seu poder. Por isso, parece ser mais plausível defender a ideia da prevenção geral positiva<sup>91</sup>. O que é irritante aí é o pensamento de que a expectativa de evitar, através da punição de crimes de Estado passados, a tomada do poder por regimes autoritários, significa uma sobrevalorização das capacidades do Direito.

Uma alternativa seria a retribuição. A retribuição, no entanto, não serve, porque em constelações *catastrofais* uma compensação da culpa fica excluída<sup>92</sup>. Uma outra alternativa seria abandonar por completo a função comunicativa do Direito Penal. A hipótese de que a pena (privativa da liberdade) seja o meio adequado para realizar esta função comunicativa devia ser olhada com ceticismo. A questão é então: *como é que seria possível insistir no caráter expresso da pena como veredito de culpa*<sup>93</sup> e ao mesmo tempo rejeitar o seu caráter de *infilção de um sofrimento*? Que uma declaração de culpabilidade no quadro de um processo civil está muito longe de poder assumir a função comunicativa do Direito Penal, de tal não podemos duvidar.

Neste ponto, a argumentação sobre a utilização do Direito Penal como instrumento político mostra os seus limites extremos. Pois quando a renúncia à função comunicativa do Direito Penal na nossa atual configuração social não parece ser plausível, então a aplicação de todo e qualquer Direito Penal atinge um limite de definição: a pena como instituição

90 Adorno, Was bedeutet: Aufarbeitung der Vergangenheit, in: *do mesmo autor*, Eingriffe. Neun kritische Modelle, Gesammelte Schriften Bd. 10.1, Frankfurt am Main 1997, p. 571. Reuss ("Vergangenheitsbewältigung", p. 41) liga uma tal "viragem para o sujeito" com a modificação da capacidade do autor para a "coragem civil" – para a resistência contra o Estado de não Direito" e deste modo, assim o parece, com a função de Direito Internacional Penal, por ele proposta, de uma prevenção geral positiva modificada. Mesmo quando o autor diferencia rigorosamente (do mesmo a. Zivilcourage, p. 1 f.) entre os objetivos penais do Direito Penal nacional e do Direito Internacional Penal, parece-me significar este ideal –independentemente do reconhecimento da prevenção geral positiva como objetivo penal legítimo e eficiente – uma exigência insuportável para o potencial jurídico-penal.

91 Cf., por exemplo, Reuss ("Vergangenheitsbewältigung", p. 38), observando que se devia, por esta via, evitar a repetição de situações "semelhantes".

92 Assim também – em relação ao Direito Internacional Penal – ibidem, p. 37 s.

93 Cf. Günther, Die symbolisch-expressive Bedeutung der Strafe – Eine neue Straftheorie jenseits von Vergeltung und Prävention, Festschrift für Lüderssen, Baden-Baden 2002, p. 205 ss.

social tem que ser concebida como instrumento estadual objetivo. Faz parte do caráter jurídico de qualquer ato de punir no Estado de Direito que ele fique aquém dos mecanismos psicológicos da vingança<sup>94</sup>. A objetividade e a neutralidade são inerentes ao "Direito Penal pós-metafísico" da instituição Pena<sup>95</sup>. E isto porque o Direito Penal do Estado de Direito foi concebido para – e ainda que seja contrafático – criar justiça material através da generalização das posições de autor e vítima<sup>96</sup>. Uma politização radical da aplicação da instituição Pena – que então não teria qualquer limite quantitativo ou qualitativo, já que as necessidades de vingança são "tendencialmente desmedidas"<sup>97</sup> – significaria o fim do Direito Penal: exatamente porque, como o discurso jurídico se curvaria perante o esquema político amigo-inimigo, atingiria os seus limites e abandonaria os pressupostos da sua existência como argumentação racional.

## PARTE VI | CONCLUSÃO

A reivindicação de aplicar o Direito Penal formal de um Estado de Direito para a persecução da criminalidade de Estado é legítima. O objetivo e a justificação para tal seriam a ruptura com uma "ordem de não Direito". Não seria, todavia, legítimo abandonar as garantias processuais e as exigências de racionalidade do Direito Penal no decurso deste processo.

A delimitação da fronteira não é arbitrária. Aceita-se uma exceção à proibição da retroatividade fundamentada nos Direitos Humanos que resulte de uma interpretação e contextualização democráticas do princípio da legalidade. Esta exceção abre o caminho a uma jurisdição de Direito Penal, em particular quando o legislador democrático pretenda ver esta jurisdição unida ao estabelecimento do Estado de Direito. Em sentido contrário, não se aceita o abandono de padrões estabelecidos de argumentação e institucionalização do discurso jurídico.

Existe uma manifesta diferença entre esse modelo jurídico-penal e o modelo do "Direito Penal quotidiano". Esta diferença é marcada por um cruzamento específico do discurso político com o discurso jurídico. Os perigos desta politização especial não devem ser banalizados, mas sim levados a sério. Mas isto apenas é possível através de uma

94 Cf. *Jakobs*, *Vergangenheitsbewältigung durch Strafrecht?*, p. 59.

95 Na linha do pensamento de Hegel, escreve de forma marcante *Neumann*, *Anfragen an Hegels Straftheorie aus "nachmetaphysischer" Sicht*, in: *von Hirsch/Neumann/Seelmann* (Hrsg.), *Strafe – Warum?*, Baden-Baden 2011, p. 159 ss., 165 s.: "Onde o Estado de uma forma partidária consciente se serve dos tribunais penais para se vingar dos seus inimigos reais ou supostos, aí há um abuso da instituição Pena. Já, categoricamente, a pena não é compatível com o esquema amigo-inimigo". Cf. também *Neumann*, *Institution, Zweck und Funktion staatlicher Strafe*, *Festschrift für Jakobs*, p. 435 ss., 440.

96 Com maior detalhe, *Neumann*, *Alternativen zum Strafrecht*, in: *Neumann/Prittitz* (Hrsg.), *Kritik und Rechtfertigung des Strafrechts*, Frankfurt am Main 2005, p. 89 ss., 95 ss.; *do mesmo autor*, *Die Stellung des Opfers im Strafrecht*, in: *Hassemer* (Hrsg.), *Strafrechtspolitik. Bedingungen der Strafrechtsreform*, Frankfurt am Main u. a. 1987, p. 225 ss., 234 ss.

97 *Neumann*, *Anfragen an Hegels Straftheorie*, p. 165.

argumentação aberta, na qual Legalidade e Democracia, Verdade e Política, Estado de Direito e Justiça sejam concebidos não como elementos soltos, mas sim como coordenados, conexos num processo coletivo da construção da liberdade humana.

# Os equívocos do Supremo Tribunal Federal do Brasil na interpretação da Lei da Anistia

LENIO LUIZ STRECK



Em 1979 foi aprovada a assim denominada Lei da Anistia. A partir dela, concedeu-se

*“anistia a todos quantos, no período compreendido entre 02 de setembro de 1961 e 15 de agosto de 1979, cometeram crimes políticos ou conexos com estes, crimes eleitorais, aos que tiveram seus direitos políticos suspensos e aos servidores da Administração Direta e Indireta, de fundações vinculadas ao poder público, aos Servidores dos Poderes Legislativo e Judiciário, aos Militares e aos dirigentes e representantes sindicais, punidos com fundamento em Atos Institucionais e Complementares” (art. 1º).*

Por determinação da própria Lei da Anistia, consideraram-se conexos aqueles crimes, de qualquer natureza, relacionados com crimes políticos ou praticados por motivação política (§1º do art. 1º), excetuando-se aqueles relacionados à “prática de crimes de terrorismo, assalto, sequestro e atentado pessoal” (§2º do art. 1º).

Qual teria sido (e continuaria sendo) o alcance da Lei da Anistia? Poderia ela abarcar crimes como a tortura? Teria sido possível anistiar a tortura e os torturadores? Pois, no Brasil, isso é possível (pelo menos foi essa a interpretação dada pelo STF no julgamento da ADPF 153)<sup>1</sup>.

O golpe militar não foi uma empreitada (só) "dos militares", circunstância que a historiografia brasileira explica *ad nauseam*. Ou seja, o modo como o poder foi conquistado em 1964 e o tipo de Estado forjado a partir de então dão mostras dos interesses em jogo e quais os setores que se beneficiaram do golpe.

No fundo, o modo como encaramos a Lei da Anistia não foge do modo como tratamos historicamente as legislações que punem determinados tipos de crimes em nosso país. Isso é facilmente perceptível, por exemplo, pela legislação penal que pune, desde a Independência (1822), com mais rigor os crimes cometidos pelas camadas pobres da sociedade. Isto porque as elites brasileiras sempre se autoprotegeram. Houve sempre um traço comum na legislação: a criminalização da pobreza e, por assim dizer, a "pobreza da criminalização" das camadas dominantes da sociedade brasileira.

Desse modo, como o golpe militar teve o nítido objetivo de proteger os interesses da burguesia nacional e dos setores do capital internacional que se instalavam então no país, não surpreende que a Lei da Anistia tenha tido esse caráter de "acomodação". Do mesmo modo, não surpreende que a interpretação dessa lei venha sendo calcada em uma espécie de "iluminismo tardio", isto é, como se a não extensão da anistia aos torturadores violasse o clássico princípio da legalidade.

Na verdade, demoramos muito para enfrentar essa "hermenêutica da acomodação" em relação ao alcance da Lei da Anistia. Passadas mais de duas décadas, parcela da comunidade jurídica resolveu olhar de frente o seu passado. Isso culminou na propositura, pela Ordem dos Advogados do Brasil, da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental sob o nº 153.

Agora, derrotada a ação, a contraposição de posicionamentos vem se acentuando, na medida em que não mais se discute apenas a extensão dos efeitos dessa lei (se ela deve ou não ser aplicada aos torturadores), mas também se coloca em questão – e isso é extremamente saudável em uma democracia – a decisão tomada pelo Supremo Tribunal Federal. Mas, afinal, em que consistem tantas oposições e como podem ser percebidas?

Antes de tudo, é preciso realizar uma espécie de *filtro acadêmico* e perceber que algumas das divergências se dão, principalmente, em razão da visão de mundo de cada um. Isso

---

<sup>1</sup> Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF: é uma ação constitucional que possui semelhanças com o *Verfassungsbeschwerde* da Alemanha. Na ADPF nº 153, a OAB requereu uma interpretação restritiva ao art. 1º, § 1º da Lei da Anistia, ou seja, pretendia que a expressão "crimes conexos" não devia abarcar os crimes de tortura.

significa que, em alguns posicionamentos, misturam-se, inclusive, as concepções pessoais com a análise jurídica (algo como "esquerda" e "direita" do Direito). Nesse sentido, é preciso fazer um alerta: esses tipos de manifestações traduzem-se, na verdade, em *meras opiniões*, que, em um contexto de tomada de decisão individual (no que se costuma chamar acertadamente de *tomar partido*), possuem relevância talvez política, mas não jurídica, isto é, não para o Direito. Ainda que seja impossível àquele que pretende dizer algo sobre o Direito estabelecer um *grau zero* compreensivo, não podemos confundir a inexorável afetação de nossas pré-compreensões com a subjetividade arbitrária do intérprete. Como já defendido em outras oportunidades, não podemos decidir "conforme a nossa consciência" (2010). Juiz não escolhe. Juiz decide.

Com efeito, a escolha se situa na dimensão de superfície da enunciação. Não existe, por assim dizer, "comprometimento existencial". Já a decisão se manifesta numa perspectiva de profundidade do enunciado. Quando tratamos da verdade, é necessário ter claro que o enunciado é um modo derivado de manifestação do verdadeiro. Não é o enunciado o lugar da verdade, mas a verdade é o lugar do enunciado. A decisão é da ordem do como (*als*) hermenêutico; a escolha, do como (*wie*) apofântico. Quando se decide juridicamente acerca de um caso do mundo da vida, a decisão resulta de uma compreensão existencial situada no nível de profundidade do *logos hermenêutico*. Há uma antecipação de sentido que se opera aqui, conforme acentua Gadamer (1990). Esse sentido antecipado se apresenta como a carga principiológica que demarca as estruturas da comunidade política.

Desse modo, ultrapassado esse ponto e avançando em direção à perspectiva jurídica, as diferenças se localizam no alcance da lei que concedeu a Anistia. Para a maioria dos juristas não seria possível rediscutir os efeitos da lei, porque isso violaria o princípio da reserva legal, como se a Lei da Anistia nunca tivesse sido interpretada, fazendo-se presente sempre na sua essencial "textitude". Postura nada surpreendente, se examinarmos o *modus operandi* da dogmática jurídica brasileira, que historicamente sustentou um modelo formalista-positivista de interpretação e aplicação do Direito. No máximo, os "avanços" de algumas posturas críticas no Brasil vêm apontando para a tese de que o Direito (Penal) deve ser utilizado apenas para proteger o "frágil cidadão" ("débil") contra um Estado "mau". Esquecem que, historicamente, o "débil" tem sido efetivamente o cidadão pobre. Os membros das camadas dominantes sempre estiveram a salvo do alcance do direito criminal. Ou seja, a questão é saber quem é ou era o débil e de que tipo de Estado está-se a falar agora (Estado Democrático de Direito), principalmente se levamos em conta que a luta contra a ditadura foi travada em uma situação em que havia o direito legítimo dos opositores do regime a lutarem contra o *status quo*. Isto é: o Estado dos anos 60-70 não era um Estado de Direito.

Logo, a perspectiva "cidadão versus Estado" é absolutamente diferente da perspectiva que se tem dessa relação em uma sociedade democrática.

Além disso, os tratados internacionais, para a corrente contrária à punição da tortura, não se aplicariam ao caso brasileiro. É possível até que alguns juristas, no íntimo, fossem (ou sejam) a favor da punição. Entretanto, um eventual apoio à tese da reavaliação da Lei da Anistia para punir torturadores poderia colocá-los em contradição, exatamente em face da predominância, no Brasil, das teses que fundamentam – ainda – um classicismo penal (ou de um positivismo legalista).

Por tudo isto, a proposta dessas reflexões é colocar o problema da Lei da Anistia e do alcance de seus efeitos sob a perspectiva do desenvolvimento de um "argumento de princípio", na linha do que aborda Ronald Dworkin (1978). Com efeito, o jurista norte-americano, cujas posições no que tange ao conceito de interpretação se aproximam das que defendo no plano da hermenêutica, afirma, com inteira razão, que, no Direito, os argumentos devem ser de princípio, e não de política (ou de moral). Ou seja, não importa a concepção moral que o juiz (ou o Supremo Tribunal Federal) tem sobre determinada matéria. Aliás, pode importar para ele (e, com certeza, importa), mas isso não significa que ele possa colocá-la acima da Constituição.

Na verdade, existe no livro *Take Rights Seriously* uma construção teórica que explicita bem o que foi dito acima e esclarece, ao mesmo tempo, o modo como se dá a relação entre política e Direito. Por certo, é evidente que a justificativa mais geral para o Direito é política (aliás, é dessa justificativa mais geral que se retira a ideia de equanimidade – *fairness* – que será o elemento central a compor a construção integrativa da jurisprudência). Todavia, essa justificativa mais geral produz um efeito peculiar em relação à atividade judicativa: a responsabilidade política dos juízes lhes impõe a obrigação de tomar decisões conforme o Direito. Dworkin nomeia isso de "doutrina da responsabilidade política" dos juízes. Em síntese: a responsabilidade política dos juízes impõe o dever de se decidir conforme o Direito. Implica *levar o Direito a sério*.

Por isso, adianto aqui minha posição, no sentido de que a Lei da Anistia não poderia, sob qualquer hipótese, alcançar/beneficiar torturadores, não representando, essa interpretação, uma violação à legalidade. Afirmo, assim, que a tese esgrimida pela maioria de votos no STF na ADPF 153 se mostrou equivocada. Isso porque os votos majoritários se apresentam desfocados e distanciados do paradigma conformador da sociedade contemporânea: do Estado Democrático de Direito que, naquele momento histórico, mesmo antes da Constituição de 1988, já exigia que até mesmo o Direito Penal devesse ser utilizado para punição das violações dos Direitos Humanos e, portanto, da proteção da dignidade humana.

O STF reconheceu como legítima a interpretação dada à Lei da Anistia, sob o fundamento de que a anistia surgiu de um pacto bilateral entre oposição e governo. Com isso, implicitamente, o STF reconheceu que o regime decorrente do golpe militar de 1964 foi um Estado de Direito, contrariando, assim, a Lei 9.140/96, que *reconheceu que todos os que lutaram contra a ditadura, com armas ou não, estavam dentro do direito de desobediência*. O Supremo Tribunal reconheceu legítimo o "pacto político" contido na Lei da Anistia de 1979. Veja-se, nesse sentido, o voto do ministro Eros Grau, que, à época da ditadura, notabilizou-se como opositor do regime, inclusive tendo sido advogado do então líder sindical Luiz Inácio Lula da Silva, depois presidente da República (entre 2002 e 2010). Apenas dois ministros (Ricardo Lewandowski e Carlos Ayres Brito) votaram pela procedência da ADPF, por entenderem que a anistia à tortura e a crime de lesa-humanidade seria *não apenas inconstitucional como também contrária ao Direito internacional e que a tese da anistia bilateral seria falha, porque a anistia estaria proporcionando uma anistia para o próprio regime*.

Interessante notar que, em termos hermenêuticos, os votos dos ministros do STF se basearam todos, inclusive os dois favoráveis à tese da punição dos torturadores, na velha metodologia jurídica, fazendo uma mixagem de cânones dos mais diversos, com invocação principalmente de Savigny. Para se ter uma ideia, até mesmo o voto favorável do ministro Ayres Brito baseou-se no método gramatical. Disse que a lei não deixou claro que a anistia se estendia a torturadores. Consequentemente, pode-se concluir que, para o ministro Ayres, se a lei tivesse explicitado essa extensão, ele teria votado de forma diferente. O ponto central dos demais votos contrários se baseou no "acordo que foi realizado pelos dois lados" (governo e oposição), como se a oposição parlamentar, naquele momento histórico, fosse livre para fazer esse "acordo".

Ou seja, aqui aparece nitidamente o velho exegetismo, o que, no caso, mostra-se contraditório com a invocação de Savigny. Com efeito – e é necessário que se esclareça esse ponto – embora seja comum associar Savigny à fundação da metodologia jurídica e, ao mesmo tempo, dizer que seu apego à "lei" representava algum tipo de exegetismo, é preciso separar alhos de bugalhos. Isso porque a lei de que fala Savigny não é o produto da atividade de um parlamento, mas, sim, o resultado da compreensão histórica das raízes orgânicas que determinam o direito de um povo. A lei de que fala Savigny é o resultado

da compreensão e da interpretação do Volksgeist<sup>2</sup>. Por outro lado, o que se nomeia como "escola da exegese" – de onde vem o termo "exegetismo" – diz respeito a um movimento teórico do Direito francês que colocava na condição de "texto sagrado" o texto de uma lei votada pelo parlamento. No caso, de uma dada lei: o Código Civil. Perceba-se, portanto, que o gramaticalismo de Savigny pouco ou nada tem a ver com o exegetismo que tem lugar no contexto francês pós 1804. Nesse último caso, o movimento chegou ao ponto de estabelecer uma "proibição de interpretar" que era dirigida não só à jurisdição, como também ao trabalho de glosa realizado pela doutrina. Ora, em Savigny não se pode de forma alguma falar em proibição de interpretar. Pelo contrário, sua concepção de metodologia – embora ultrapassada e permeada pelos problemas estruturais de seu historicismo – indica uma "necessidade de interpretar". E mais: a determinação dessa interpretação está ligada a um processo de imersão na história. No caso do exegetismo, a proibição de interpretar está associada à falácia conceitualista, ou seja, à falsa ideia de que a tarefa de aplicação da lei aos casos judiciosos é o resultado de uma operação mecânica-dedutiva de salto de conceito a conceito que compõe a legislação. Aqui o sentido é tido por transparente. Em Savigny, existe o caráter sempre precário da história a compor seu modelo de Direito.

O voto condutor da maioria, da lavra do ministro Eros Grau, procurou ser mais sofisticado em termos de teoria do Direito. Seu voto buscou fundamentos na hermenêutica filosófica, invocando a *applicatio* de Gadamer. Ocorre que o ministro Grau ignorou os pressupostos centrais da hermenêutica filosófica. Por exemplo, a distância temporal, que, como se sabe, não é uma "inimiga" e, sim, uma aliada na interpretação. Grau utilizou-se também da tese da relação "texto e norma", de Friedrich Müller, só que igualmente olvidou que, se a clareza da lei não se pressupõe, também não se pode pressupor a sua obscuridade (é que a OAB sustentou que a Lei da Anistia tinha uma redação obscura). Ou seja, o ministro Grau não levou em conta que sua conclusão acerca do sentido da Lei da Anistia somente foi possibilitada após 30 anos da edição da lei, quando a questão veio à tona na esfera pública brasileira, isto é, nos últimos 5 anos. Só recentemente é que foi possível inserir na pauta pública o tema da punição aos torturadores da ditadura militar. É isso que não foi levado em conta pelo ministro Grau e pelos seis juízes que o acompanharam na votação.

Resultado disso é que, hoje, a decisão do Supremo Tribunal tornou-se o principal obstáculo à possibilidade de se buscar a punição daqueles que torturaram e violaram os Direitos Humanos no período ditatorial.

Por que o STF errou? Antes de tudo, o STF deveria ter enfrentado a questão sobre se a Lei da Anistia, no que concerne à absolvição de torturadores, poderia ser considerada legítima

<sup>2</sup> Essa questão pode ser encontrada em uma plêiade de autores. Por todos, cito, aqui, LARENZ, Karl. *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*. [S.l.]: Springer Lehrbuch, 1995.

e, portanto, poderia ter sido aplicada *tabula rasa*, incluindo o crime de tortura. Ao excluir do benefício aqueles que foram condenados pela prática de crimes de terrorismo, assalto, sequestro e atentado pessoal<sup>3</sup>, não estariam também afastando aqueles que praticaram atos de tortura? Nesse sentido, é possível dizer, como ponto de partida, que nenhuma lei poderia considerar a tortura como crime político, implícita ou explicitamente, muito menos poderia ter sido essa a interpretação dada à Lei da Anistia. Mesmo se a lei explicitamente abrangesse os torturadores, já de pronto poderia ser considerada inconstitucional, ainda que – pasmem – essa avaliação se desse em face da Carta Política de 1967/69, embora não seja esse o ponto a ser discutido, pela simples razão de que a Carta de 1969 era ilegítima, assim como a de 1967/1969. Mas mesmo diante dela a anistia a torturadores seria inconstitucional. Afinal, o art. 153 da Constituição de 1969 tinha previsão de proteção aos Direitos Humanos.

Assim, considerando que a tortura não é um crime político, qual o objeto da Lei da Anistia? A lei concedeu anistia apenas aos crimes políticos e a estes conexos. Do mesmo modo que exceuiu da anistia aqueles que foram condenados pela prática de crimes de terrorismo, assalto, sequestro e atentado pessoal, deixou também fora do seu alcance os atos de tortura. O art. 8º do ADCT (Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição de 1988), por sua vez, não concede anistia a qualquer atitude violadora dos Direitos Humanos. Na mesma linha, as Leis 9.140/95 e 10.559/02 não dizem respeito ao “apagamento” de crimes que não os de índole política.

Em resumo: como a tortura não é crime político, não poderia ser alcançada por qualquer lei ou Constituição. Mas, mais do que isso, *nenhuma lei pode proteger de forma deficiente ou insuficiente os Direitos Humanos fundamentais*. O Estado Democrático de Direito tem o dever de proteger os direitos dos cidadãos, tanto contra os ataques do Estado como dos ataques dos demais cidadãos. Isso parece que ficou de fora da preocupação do Supremo Tribunal Federal quando do exame da ADPF 153.

Explicando isso melhor: no Direito Constitucional do segundo pós-guerra, isso é denominado de *Schutzpflicht*. No caso, a Lei da Anistia, se interpretada no sentido de que poderia englobar a tortura, violaria o princípio da proibição de proteção deficiente (ou insuficiente), a *Untermassverbot*. Sendo mais claro: o Estado deve proteger os Direitos Humanos de forma adequada, exigência cuja autenticidade (no sentido hermenêutico da palavra) há

3 Embora a lei considere a exclusão apenas para aqueles que já tinham sido condenados e a jurisprudência venha exigindo o trânsito em julgado, é importante lembrar, ao menos pela necessidade de tratamento isonômico, que a probabilidade de um agente do Estado ser condenado por tortura em um regime ditatorial é praticamente nula, ao contrário dos crimes cometidos por revolucionários adeptos da luta armada, como foi o caso, por exemplo, da presidenta Dilma. Portanto, se não contextualizarmos essas limitações e incluímos a tortura, violaremos, no mínimo, a isonomia exigida na aplicação da lei. Nesse sentido, aliás, a Lei nº 9.140/96 tentou evitar que as famílias dos guerrilheiros Carlos Lamarca e Carlos Marighella recebessem indenização por parte do Estado, ao assentar que somente as pessoas mortas em dependências policiais ou assemelhadas teriam acesso a este direito (os guerrilheiros foram mortos, respectivamente, na floresta e na rua). Para uma compreensão hermenêutica desse caso, ver: STRECK, Lenio Luiz. Verdade e Consenso. 4ª ed., São Paulo: Saraiva, 2011, pp. 555-557.

muito vigorava no horizonte compreensivo do final da década de 1970. Assim, mesmo um acordo ou um pacto não podem acarretar/ratificar essa deficiência na proteção. No caso da Lei da Anistia, o regime militar se autoprotegeu. Aprovou uma lei para evitar que seus crimes fossem punidos.

Sigo. Em termos hermenêuticos, uma lei pode ser nula, ilegal ou inconstitucional, por várias razões. Se for excessivamente rigorosa, ela pode estar violando o princípio da proteção de excesso (*Übermassverbot*). É o caso, por exemplo, se o Brasil aprovasse uma lei prevenindo uma pena mínima de 10 anos para quem furta. Essa lei seria inconstitucional. Já se a lei proteger de forma deficiente um bem jurídico, ela pode ser, neste aspecto, nulificada.

Mas veja-se o caso sob discussão: a Lei da Anistia sequer necessita ser declarada nula, porque, afinal, ela jamais englobou os torturadores. O que é nulo, defeituoso em termos jurídicos, é a sua interpretação e o alargamento de seus efeitos. Em outras palavras: é dizer que a eficácia da lei foi para além de seu conteúdo semântico aceito pela tradição (no sentido gadameriano da palavra). Fizeram com a Lei da Anistia e as leis subsequentes o que estas não previam. Aqui, portanto, não é necessário apelar para argumentos como "lei injusta não é lei" ou o argumento da injustiça extrema, como no caso da invocação da "fórmula Radbruch". Aliás, permito-me dizer: ao invés da fórmula Radbruch, é possível fazer uma melhor interpretação das próprias leis da época. Não se trata de corrigir o antigo. Não se trata de fingir que as pessoas no passado tinham como descobrir a injustiça da lei. Elas sabiam que nenhum país permite a tortura. Não se trata, repito, de simplesmente reconstruir o passado. O passado nunca é "em si". Não há uma essência de passado. Ele sempre é produto de reconstrução histórica. A distância temporal, como diz Gadamer, não é um inimigo e, sim, um aliado, um amigo.

Para Gadamer, tradição e autoridade não precisam ser mais vistos como inimigos da razão, mas algo que possibilite o encontro com a verdade. Até porque existem preconceitos legítimos e ilegítimos e, convenhamos, a prática de tortura não faz parte de algo que podemos chamar de "preconceitos legítimos". Hermeneuticamente, pode-se afirmar que a distância temporal trabalha como filtro permitindo o aparecimento dos preconceitos que efetivamente contribuem para a compreensão.

Ou seja, mesmo que a Constituição atual seja posterior à Lei da Anistia, isso não significa que o Parlamento brasileiro poderia, à época, ter aprovado qualquer tipo de lei que protegesse deficientemente ou insuficientemente os direitos humanos das vítimas do regime militar. Isto porque os limites já estavam lá, conforme se pode ver nos Tratados Internacionais, embora o Brasil não tenha sido firmatário de Acordos e Tratados que vedassem a tortura. Nesse sentido, torna-se interessante a tese proposta por Marlon Weichert, para quem,



mesmo que o Brasil não tenha firmado tais acordos, aplica-se o *jus cogens*, o qual vincularia a atividade legisferante e a interpretação judicial.

Assim, a interpretação – que acabou vencedora durante todos esses anos – de que a Anistia abrangeu também a tortura, fere o princípio da proibição de proteção deficiente (*Untermassverbot*), na sua combinação com o dever de proteção (*Schutzpflicht*). E, para isso, já seria suficiente a Constituição de 1969 e, considerando que esta seja fruto do regime militar, é possível buscar o marco jurídico na Constituição de 1946.

No caso da Lei da Anistia, é ilegal e nula qualquer interpretação que estenda os seus efeitos para além daquilo do que nela está previsto: a anistia aos crimes políticos. Portanto – insisto –, nem é (ou era) necessário desconstituir a lei. O problema está/esteve na sua “generosa” interpretação, que deu azo a que se considerassem, indevidamente, anistiadas todas as pessoas que participaram das ações contra e a favor do regime. Sendo bem claro: a lei não anistiou torturadores. Se assim se interpretar, tal interpretação fere a Constituição e os tratados internacionais<sup>4</sup>.

## 2. A INTERPRETAÇÃO DA LEI DA ANISTIA E O PAPEL DO JUDICIÁRIO NA CONSTRUÇÃO DE SENTIDOS

Embora a discussão sobre a Lei da Anistia estivesse (ou ainda esteja), por ocasião da ADPF nº 153, mais aquecida, não se trata de *reabrir* debate ou de retomar uma questão “com mais de 30 anos de idade”. Essa é uma discussão que sempre esteve aí, que deve sempre estar presente. Não devemos temer esse debate, porque ele, a todo tempo, deve significar uma espécie de “blindagem” contra regimes autoritários. Ao falar do velho, conservamos vivas as possibilidades do novo.

Como mencionado, é um assunto que envolve toda a sociedade. Assim sendo, a interpretação desta lei é de competência de todos os Poderes do Estado – Legislativo, Executivo e Judiciário. É evidente que, fundamentalmente, a questão passa pelo Poder Judiciário, como ocorreu na Argentina, onde foi declarada a nulidade da Lei da Obediência Devida, exatamente porque esta havia anistiado aqueles que praticaram a tortura<sup>5</sup>.

4 Aqui é necessário fazer uma observação. Setores importantes do Direito Penal não admitem a aplicação do princípio da proibição de proteção insuficiente (*Untermassverbot*). O argumento é que feriria o princípio da reserva legal. Como contraponto, entendo que a reserva legal é, também e antes de tudo, reserva constitucional. Uma das características da autonomia do direito do novo paradigma constitucional é a não liberdade de conformação do legislador. Isso quer dizer que nenhuma lei – mas nenhuma mesmo – estará blindada de sindicabilidade constitucional. Portanto, se o legislador optasse por descriminalizar o estupro – para ficar em um exemplo extremo – com toda a certeza esse dispositivo seria inconstitucional. Aliás, o próprio Supremo Tribunal Federal já deu mostras da possibilidade da aplicação da cláusula da *Untermassverbot*, no voto do ministro Gilmar Mendes, que analisou a aplicação da extinção da punibilidade prevista no (atualmente derogado) art. 107, VII, do Código Penal como uma hipótese de proteção deficiente por parte do Estado e do Poder Judiciário. Nesse sentido, o voto prolatado pelo ministro Mendes foi fundamental para alterar a posição jurisprudencial que vinha sendo adotada pelo STF, ao sustentar a possibilidade de sindicabilidade de leis penais por vício de proteção insuficiente. Para uma análise mais detalhada do caso, ver: STRECK, Lenio Luiz. Verdade e Consenso. 4ª ed., São Paulo: Saraiva, 2011, pp. 594-597.

5 No Uruguai, o Parlamento, em 2011, anulou a Lei da Anistia, seguindo orientação da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Na Argentina, a Suprema Corte contrapôs a Lei da Obediência Devida aos tratados internacionais firmados pela República argentina. *E veja-se que um dos componentes do Tribunal é um dos mais importantes penalistas do mundo, Eugênio Raúl Zaffaroni.* Portanto, para aqueles que acham que uma eventual punição aos que praticaram tortura no Brasil fere o princípio da anterioridade da lei penal ou outro princípio constitucional, basta examinar os argumentos desse prócer do penalismo mundial.

Ninguém melhor do que Zaffaroni, pelas suas posições históricas a favor de um Direito Penal de garantias, para medir a intensidade da necessidade de o Estado intervir, mesmo que anos depois, para anular leis aprovadas indevidamente (no fundo, é a tese adotada pela Suprema Corte Argentina: a de que a Lei da Obediência Devida protegeu de forma deficiente os Direitos Humanos, beneficiando quem não podia ser beneficiado).

O problema, portanto, deu-se na aplicação "tabula rasa", em que se misturaram coisas indevidamente. Veja-se que a questão das indenizações veio apenas anos depois da Lei de 1979.

3.	<b>A BARBÁRIE NÃO DEVE SER ESQUECIDA. OS REFLEXOS DA IMPUNIDADE NO BRASIL</b>
----	---

O esquecimento da barbárie pode promover sua reprodução no futuro? Vivemos hoje, no Brasil, os reflexos da impunidade desse período? Talvez inconscientemente estejamos sendo reféns desse "olhar generoso" que dirigimos à Lei da Anistia.

Por que reféns? Porque não estamos conseguindo punir os crimes que colocam em xeque os objetivos da República. É visível que não estamos "querendo" usar o Direito Penal para "jogar duro" com a delinquência "asséptica" (colarinho branco etc.). Do mesmo modo como não conseguimos punir os torturadores. Aliás, ainda hoje, o crime de abuso de autoridade é considerado "crime de menor potencial ofensivo"...! Ou seja, efetivamente precisamos fazer um ajuste de contas com a história.

Vejamos as leis aprovadas nos últimos anos: "alçamos" o crime de fraude à licitação a crime de "menor potencial ofensivo" (paga-se cesta básica). Na mesma linha, consideramos mais grave o crime de furto (quando praticado por duas pessoas) do que crimes como a lavagem de dinheiro (branqueamento de capitais) e de delitos contra as relações de consumo e o sistema financeiro.

Além disso, também construímos uma benesse para os sonegadores de tributos – que, de certa forma, transforma a sonegação fiscal em uma rentável "aposta sem riscos penais" –, bastando o pagamento do valor desviado para que o crime seja extinto. No Brasil, a lei

é como uma serpente: pica apenas os descalços (frase de um camponês reproduzida pelo jusfilósofo mexicano José Jesus de La Torre Rangel).

#### 4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Para finalizar, é preciso retomar e esclarecer alguns pontos:

*Primeiro*, que o teor deste artigo vai justamente na direção oposta da decisão tomada pela maioria dos ministros do Supremo Tribunal Federal, que julgaram improcedente o pedido de que não fosse reconhecida a anistia aos torturadores.

*Segundo*, que a discussão sobre a Lei da Anistia é paradigmática, porque faz parte de um contexto marcado por uma ruptura institucional, em que houve a transição para um regime democrático e a exigência de se interpretar a Constituição de 1969 nesse contexto paradigmático.

*Terceiro*, que o ponto de partida para a discussão sobre "se a anistia deve ou não ser estendida aos torturadores" é compreender que tortura não é um crime político, pois, antes de qualquer argumento, a tortura viola os Direitos Humanos desde sempre.

*Quarto*, que, portanto, uma interpretação que conceba tortura como crime político não respeita nem o sentido semântico (*semantic sense*), de que fala Dworkin, nem uma rasa interpretação que leve em consideração a sistemática da própria lei.

*Quinto*, que é preciso ter uma leitura constitucional da questão, no sentido de que a decisão judicial não pode ser tomada por argumentos de política (ou de moral), mas de princípio. Se não for assim, a decisão será tudo – política, moral, econômica etc. – menos jurídica. E, sendo assim, não há mais autonomia do Direito, não há mais Direito, mas apenas opiniões sobre o que seja o Direito.

Entenda-se: como diz Dworkin, o Direito não inclui só regras específicas, criadas conforme as práticas aceitas pela sociedade, mas também abrange os princípios que fornecem a melhor justificativa moral dessas regras positivas. E isso implica trabalhar com regras que, apesar de não terem sido formalmente promulgadas, por decorrerem desses princípios, são vinculantes. Por isso é que as decisões judiciais devem ser geradas por princípios – estes *justificam* as regras, desde um ponto de vista moral. Pelo menos, assim é que deve ocorrer numa democracia aceitável, onde os indivíduos têm seus direitos levados a sério – notadamente, o direito de ser tratado, pelo Estado, com igual consideração e respeito. Direito e moral se inter cruzam numa democracia. Lembremos que, se o Estado é um agente moral (e, numa democracia, *deve sê-lo*), se tem princípios, deve agir de maneira coerente

com estes. A coerência de princípios garante o tratamento virtuosamente igualitário aos cidadãos. Agora, muita atenção: premissas devem ser aceitas antes de se endossar a tese da leitura moral do Direito. Precisamos compreender que há objetividade na moral (Dworkin) e que a hermenêutica é antirrelativista (Gadamer). Assim é que se interpretam conceitos interpretativos, como o são os conceitos jurídicos e morais. Do contrário, fiquemos com o *anything goes* da discricionariedade judicial.

Sexto, que não é equivocado, mas necessário, compreender a problemática à luz do paradigma contemporâneo. Havia democracia nos principais países do mundo. E havia um Direito internacional que vedava a tortura. Por exemplo, a Convenção Americana de Direitos Humanos – Pacto de San José da Costa Rica, de origem anterior a 1979, ano da Anistia, já condenava a tortura. Mais do que isso, a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 (art. 5º), os Padrões Mínimos para o Tratamento de Prisioneiros de 1955, o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos de 1966 (art. 7º), a Declaração pela Proteção de Todas as Pessoas contra a Submissão da Tortura ou a qualquer forma de tratamento ou punição cruel, desumana ou degradante de 1975, todos já apontavam para o mesmo caminho. É nesse sentido que ganha espaço a proibição de proteção deficiente (*Untermassverbot*), no sentido de que o Estado não poderia proteger deficientemente um dos principais bens jurídicos. Pode até a tese da *Untermassverbot* receber críticas na contemporaneidade, principalmente por parte dos penalistas de filiação mais liberal-iluminista. Mas no contexto em que se dá (ou que se deu) a discussão da Lei da Anistia, não resta dúvida de que o Estado tinha o dever de proteger os Direitos Humanos e, por consequência, tinha o dever de punir com rigor a tortura.

Ao não punir a tortura – porque, ao fim e ao cabo, foi isso o que fez o Supremo Tribunal Federal – o Estado brasileiro incorreu em uma inconstitucionalidade, violando o princípio da proibição de proteção insuficiente. Aliás, *mutatis, mutantis*, foi isso o que fez a Argentina ao anular a Lei da Obediência Devida.

Sétimo, que a decisão do Supremo Tribunal Federal está inserida em um senso comum que toma conta do Direito, em que, cada vez mais, concedem-se poderes aos juízes e tribunais, que se veem livres para julgar da maneira que, pessoalmente, consideram mais adequada. Ou utilizando argumentos de política ou “de razão de Estado”. Foi o que fez o Supremo Tribunal Federal. Isso tudo faz parte de um contexto de ausência de percepção que o segundo pós-guerra inaugurou um novo paradigma, pautado por aquilo que se denominou de Estado Democrático de Direito, que exige uma *prestação de contas* (a que chamo de *accountability hermenêutica*) de todos os Poderes.

*Oitavo* e numa palavra final, cabe referir que o ideal perverso das anistias, sobremaneira daquelas que pretendem recordar sua origem apenas na *amnésia* e não também na *anamnese*, e mais ainda daquelas que ocorrem no interior de um quadro de forças políticas favorável a imposições por parte dos perpetradores dos crimes, não pode encontrar apoio em uma abordagem coerente do esquecimento (Cattoni e Gomes, 2011). E, como bem diz Paul Ricoeur (2007, p. 427), não há, do lado do esquecimento, um dever simétrico ao dever de lembrar. Não há e não pode haver um dever de esquecer.

O que o Supremo Tribunal Federal do Brasil fez foi uma amnésia. O que a Justiça de Transição exigia era uma anamnese da história! Foram sete votos pelo esquecimento e dois pelo dever de lembrar! Daí a pergunta: entre outras coisas, o que fazer com o testemunho dado pela presidenta da República, Dilma Rousseff, no ano de 2001, quando relata uma sessão de tortura sofrida em Juiz de Fora, Minas Gerais, por ocasião de sua prisão entre 1970 e 1973? A Comissão da Verdade, instituída em 2012, determinou investigação a respeito. Entretanto, o resultado estará subsumido à decisão do Supremo Tribunal Federal. Lamentavelmente.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- DWORKIN, Ronald. *Take Rights Seriously*. Cambridge, University Harvard, 1978.
- CATTONI, Marcelo e GOMES, David Francisco L. Justiça de Transição e o projeto constituinte do estado democrático de direito no Brasil. *Revista do IHJ*. Belo Horizonte, ano 9, nº 10, 2011.
- GADAMER, Hans-Georg. *Wahrheit und Methode I. Grundzüge einer philosophischen Hermeneutik I*. Tübingen: Mohr, 1990.
- LARENZ, Karl. *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*. [S.L.]: Springer Lehrbuch, 1995.
- RICOEUR, Paul. *A memória, a história, o esquecimento*. Campinas: Editora UNICAMP, 2007.
- SILVA FILHO, José Carlos Moreira. O julgamento da ADPF 153 pelo Supremo Tribunal Federal e a Inacabada Transição Democrática brasileira. In: *A anistia na era da responsabilização: o Brasil em perspectiva comparada*. Brasília: Ministério da Justiça, Comissão de Anistia; Oxford; Oxford University, Latin American Centre, 2011.
- STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso*. Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas. Da possibilidade à necessidade de respostas corretas no direito. 4ª ed. São Paulo, Saraiva, 2011.
- \_\_\_\_\_. *Hermenêutica jurídica e(m) crise*. 11ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.
- \_\_\_\_\_. *O que é isto – decido conforme minha consciência?* 4ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

Responsabilidade como  
conceito-chave das  
tentativas jurídico-penais  
de superação do passado:  
*responsabilidade individual  
vs. responsabilidade coletiva  
e responsabilidade pelo  
passado e pelo futuro*<sup>1</sup>

CORNELIUS PRITTWITZ

<sup>1</sup> Versão ligeiramente revista e deixada em forma de conferência, da minha conferência proferida em 18/07/2012 no congresso "Transitional Justice".

*Tradução: João Manuel Fernandes*

## PARTE I | INTRODUÇÃO E PANORÂMICA GERAL

A minha conferência tem duas partes: no ponto central, deve-se naturalmente situar o meu contributo para a problemática geral, a minha tese – que à primeira vista não parece especialmente original – de que com o termo “responsabilidade” se designa o conceito-chave do processo, que é objeto do nosso congresso. Aqui, trata-se de, na minha tentativa de fazer a discussão progredir um pouco mais, apresentar reflexões sobre dois aspectos do conceito de responsabilidade: primeiro, sobre a *relação entre responsabilidades individual e coletiva*, tematizada em diversos contextos das Ciências Criminais; e segundo, sobre a pergunta – em todo o caso mais raramente colocada no Direito Penal – sobre aquilo que é comum e as diferenças entre *a responsabilidade por atos passados* – a nós, juristas das Ciências Criminais, bem familiar – e *a responsabilidade pelo futuro* –, que tradicionalmente e *prima facie* ocupa antes a ética, a religião e a política, mas que não se deverá perder totalmente de vista no Direito Penal preventivo – sempre, e por definição, orientado para o futuro.

A introdução a esta parte principal deve, no entanto, ser feita por algumas observações sobre o tema geral “Justiça de Transição”.

No programa bilíngue português-alemão, o tema geral é designado por "Transitional Justice". Sem dúvida, que tal se adapta à formulação portuguesa do objeto deste congresso e se liga a um conceito que, entretanto, ganhou foros de cidadania internacional<sup>2</sup>. De forma igualmente evidente, não se trata de um tema com significado próprio em língua alemã. Se se trata agora de uma resistência contra o tema ou contra a sua designação ou de uma adaptação excessiva ao mundo globalizado – quer dizer, que fala a língua inglesa –, o certo é que, contrariamente à língua espanhola ou à língua portuguesa, não se radicou ainda nenhum conceito *alemão* de "Transitional Justice". Em qualquer caso, a expressão "Vergangenheitsbewältigung" (*superação do passado*) – mesmo quando o programa de língua alemã do primeiro meio-dia do congresso o intitula "Recht und Politik in der Vergangenheitsbewältigung" (*Direito e Política... na superação do passado*) e o programa em língua portuguesa promete uma investigação de "Direito e Política na *Justiça de Transição*" – não apenas não é nenhuma tradução literal, mas sim não é tradução alguma da expressão "Justiça de Transição".

Pois está tão pouco esclarecida a questão de saber se o passado pode ser superado com ajuda do Judiciário penal,<sup>3</sup> como é claro que o conceito "Justiça de Transição" promete muito menos do que a expressão "superação do passado", mas que, em compensação, descreve o seu objeto de forma mais precisa: nomeadamente, um sistema judiciário que acompanha a passagem, talvez facilitando-a e, desde logo, possibilitando-a, mas talvez também encerrando-a<sup>4</sup>.

Observemos ainda, brevemente, o subtítulo do nosso congresso. O subtítulo promete análises comparadas de processos de transição (*Vergleichende Einblicke in Transitionsprozesse*). Uma vez que, dificilmente, se encontrará quem afirme que os processos de transição têm necessariamente que ter alguma coisa que ver com o Judiciário ou sequer com a Justiça penal, e o nosso congresso não prevê nenhuma conferência sociológica, de ciências políticas nem histórica ou psicológica, embora todas estas disciplinas, tal como me parece, tenham contributos importantes a dar para a compreensão de processos de transição, o nosso congresso poderia alimentar o equívoco de que a transição seria acima de tudo um processo a se realizar pelo Judiciário (penal). No meu entendimento, é melhor estarmos

2 Cf., por exemplo, "International Center for Transitional Justice (ICTJ)", fundado em 2001; Informações sobre a sua história e trabalho em: <http://ictj.org/about/transitional-justice> (último acesso em 23.05.2013).

3 Em todo o caso, pode *também* ser superado *de outra forma*, e de outra forma *talvez melhor*, do que por meio do Judiciário penal; cf. sobre o tema os contributos de Dirk Fabricius e Klaus Günther neste tomo.

4 Parece fazer pouco sentido a definição de Justiça de Transição feita pelo ICTJ em sua homepage (ver nota 2): "Transitional Justice refers to the set of judicial and *non-judicial measures* that have been implemented by different countries in order to redress the legacies of massive human rights abuses. These measures include criminal prosecutions, truth commissions, reparations programs, and various kinds of institutional reforms."



avisados contra esta ideia – para se proteger os processos de transição de uma sua reconversão completa a processos de Direito Penal; assim como para proteção do Judiciário penal e do Direito Penal contra sobrecarga –, sobretudo porque o agradavelmente e sóbrio conceito sociológico-politológico “processos de transição” nunca pode ser equiparado, de forma necessária, à obviamente desejável *superação* do passado.

Aquilo que me motiva nessas perguntas dirigidas à conceitualização do tema e do programa do congresso não é de forma alguma fazer uma crítica aos organizadores do congresso; e também não se trata aqui de um jogo de palavras ou de “simples”<sup>5</sup> dificuldades de tradução. Trata-se sim do objeto das nossas discussões, mais rigorosamente, trata-se de precisar este objeto. Falamos aqui de processos de transição e do papel do Direito Penal e do Judiciário penal em processos de transição ou falamos de “superação do passado” e da possibilidade ou impossibilidade de “superação do passado através do Judiciário (penal)”?

Já a estrutura deste congresso evidenciou, que transição (*Transition*) e passagem (*Übergang*), (e não superação do passado – *Vergangenheitsbewältigung* –, que é talvez, para uma discussão internacional, um conceito demasiadamente alemão) constituem o seu *topos* central. As conferências e discussões até agora já o sublinharam. Pretendo salientar as questões seguintes – precedendo qualquer especulação sobre a “superação do passado” –, cujas respostas podem fornecer contributos para uma fenomenologia dos processos de transição e também respostas às perguntas sobre o sentido do papel do Judiciário penal em processos de transição. Trata-se de:

- Uma transição condicionada por guerra, guerra civil ou revolução e, a partir daí, na maior parte das vezes abrupta, em última análise (quer dizer, independentemente dos conflitos violentos precedentes) uma transição relativamente *sem passagem* (*übergangslose Transition*).
- Ou de uma passagem (*Übergang*), que é caracterizada pelo fato de a *mudança de sistema* ter ocorrido sem recurso à violência, quer dizer, em regra num espaço de tempo mais curto ou mais longo (na maior parte das vezes mais longo)?

No primeiro grupo, existem frentes claras, existem “vencedores” e “vencidos”. Isto não exclui o fato de que os vencidos inteligentes não apenas vinguem e punam, mas, dependendo das circunstâncias, também se queiram reconciliar; ficam porém criadas – com todas as vantagens e prejuízos inerentes – condições para papéis claros e, na maior parte

<sup>5</sup> Embora, quem já tenha realizado trabalhos de tradução ou sido destinatário de traduções e tenha um razoável conhecimento de línguas sabe da dificuldade de uma tradução adequada, pela insegurança daquilo que é “tradução adequada”. Cf. sobre o tema, de forma instrutiva, espirituosa e linguisticamente exigente: Umberto Eco, *Quasi dasselbe mit anderen Worten, Über das Übersetzen*, München, 2009.

das vezes, partilhas de responsabilidade claras. Com isto, são favorecidos seccionamentos claros, que se irão compor de anistias – raramente – ou, – mais amiúde –, de processos (frequentemente: processos penais), nos quais se procura a responsabilidade e a culpa e nos quais em regra se pune.

No segundo grupo, as condições são frequentemente menos claras. Tal favorece processos de negociação, que podem desembocar em anistias ou em Comissões de Verdade e Reconciliação. Processos (penais) quase nunca precederão os processos de negociação; podem ser parte componente de tais negociações, mas serão sempre mais a exceção e serão apenas iniciados, se o forem, com retardamento no tempo (e depois dos processos de negociação).

Do mesmo modo com um significado destacado, parcialmente em conexão com a diferenciação acabada de efetuar, apresenta-se-nos a *dimensão temporal*. Falamos de processos de transição e de tentativas de superação do passado...

– *durante* a transição – ou durante uma transição que (apenas) surge como possível (como, por exemplo, o caso da Colômbia) – ou,

– *pouco tempo após* a transição (como é, por exemplo, o caso da África do Sul, mas também dos dois casos alemães, depois de 1945 e de 1989); ou então de tais processos e dinâmicas...

– *por um período mais longo de tempo depois* da transição (como nos exemplos do Chile, da Argentina e do Brasil)?

Sem dúvida que as condições mais difíceis existem quando a questão do poder não está ainda decidida, quando o processo de transição – frequentemente com um desenlace incerto –, ainda se encontra em curso. Aqui, chama-se por vezes transição ao que com mais rigor se devia chamar continuação da luta pelo poder com outros meios para além dos meios violentos. Em regra, tal saudar-se-á do ponto de vista da proteção dos Direitos Humanos, que são mais fortemente ameaçados por conflitos violentos. Esta aprovação não deve, no entanto, iludir quanto ao fato de que se trata de processos de transição tão específicos que se pode duvidar da possibilidade de comparação destes processos com transições encerradas, ou que se encontram numa fase avançada (quer dizer, em que a direção já está decidida).

Se falamos de processos *pouco tempo depois* da mudança de sistema, frequentemente acompanhados de vencedores e vencidos inequívocos, haverá amiúde um desejo de procedimentos que atribuam inequivocamente responsabilidades. Aqui estará em

primeiro plano a punição – mais ou menos “justa” – dos *anteriores* poderosos pelos *atuais* poderosos; em comparação com a retribuição, a reconciliação desempenhará aqui tão só um pequeno papel.

Os mais interessantes parecem-me ser os esforços de superação do passado, que em princípio começam de forma clara depois da transição. São com frequência sinais de processos de transição falhados, ou em todo o caso considerados como fracassados, em que este fracasso pode ter muitos fundamentos, mas frequentemente estará relacionado justamente com o fato de não terem existido atribuições de responsabilidade e apuramento de culpa inequívocas porque, por exemplo, aqueles que entregaram o poder negociaram para si mesmos a transferência do poder com sucesso – nomeadamente com a promessa da impunidade. As respostas aqui são as mais difíceis de todas. O tempo já curou, mas é evidente que não curou todas as feridas. O esclarecimento – seja em comissões, seja perante o tribunal – assume-se como difícil.

Do meu ponto de vista,<sup>6</sup> há muitas circunstâncias que indicam que as anistias nem no modelo teórico nem numa perspectiva pragmática são um caminho de transição que prometa êxito e por maioria de razão também não são um caminho de sucesso para a superação do passado. Quando não se trata mesmo de autoanistias, são frequentemente o resultado de negociações que tornaram possível uma passagem pacífica. Em regra, deixam perguntas por responder sobre culpa e responsabilidade, ainda que a anistia não tenha que ser necessariamente acompanhada da desistência do estabelecimento de responsabilidades<sup>7</sup>. E muitas circunstâncias indicam que, novamente do meu ponto de vista pessoal, pelo menos do ponto de vista teórico, comissões que procuram a verdade e a reconciliação têm as melhores perspectivas de garantir um sucesso duradouro à transição.

Mas, visto pragmaticamente, o processo penal, que procura mais as responsabilidades do que a verdade (mesmo quando no caso ideal apenas procure a “verdadeira responsabilidade”), que atribui culpas e condena em penas, domina os processos de transição. E isto por muitas razões, que tendencialmente têm que ver com a natureza do homem (o seu desejo de soluções simples e claras, as suas necessidades de tornar alguém responsável e também as suas necessidades de desagravo de vingança).

Por isso, o terceiro dia do nosso congresso é dedicado com razão ao aspecto penal da Justiça de Transição. Vou agora, tal como antes de mim Klaus Günther,<sup>8</sup> dedicar-me ao aspecto central do *encontrar* de responsabilidade, ou melhor, da *imputação* de responsabilidade

6 Avaliação semelhante, como já mostra o título do seu contributo, em Fabricius (neste tomo).

7 Cf. o contributo de Lauro Swenson neste tomo.

8 Cf. o contributo de Klaus Günther neste tomo.

(espero que não da *simples atribuição* de responsabilidade<sup>9</sup>), como aspecto central do processo penal do Estado de Direito.

### PARTE III | SOBRE DOIS ASPECTOS IMPORTANTES DA RESPONSABILIDADE

De forma muito sucinta sobre o conceito central da responsabilidade: a tese que apresentei no título da minha palestra, "A 'responsabilidade' é o conceito-chave da superação jurídico-penal do passado", precisa de um esclarecimento sucinto. Porque se podia confiadamente designar esta tese como trivial: superação jurídico-penal do passado é superação do passado através do Direito Penal e uma vez que a responsabilidade (ou a culpa) é o (ou pelo menos é um) conceito-chave do Direito Penal do Estado de Direito, então a tese de fato não teria nenhum valor que pudesse impressionar do ponto de vista da sua novidade.

Também não quero reclamar um verdadeiro valor de novidade para a tese – espero que não trivial – que se encontra concretizada no subtítulo. Ela acentua por um lado aspectos da responsabilidade *individual* e *coletiva* e por outro a distinção entre responsabilidade *pelo passado* e responsabilidade *pelo futuro*. Estes são dois aspectos da responsabilidade que também desempenham um papel no discurso quotidiano, na linguagem especializada ética e, ainda, no discurso jurídico-penal, também fora dos processos de transição e da superação do passado que se lhes encontra conexa.

As minhas teses aqui são:

1. Elementos *jurídico-penais* da Justiça de Transição podem apenas prestar um contributo para a *superação* do passado – e isto é válido de forma geral para qualquer Direito Penal, e é válido em especial quando o Direito Penal deve funcionar como instrumento de uma transição bem-sucedida – quando na procura (legítima) da responsabilidade *individual* os aspectos da responsabilidade *coletiva* – e isto significa: *reduzindo* a responsabilidade individual – sejam suficientemente considerados. Aqui vale: em processos de transição da espécie que agora nos interessa, os elementos de responsabilidade coletiva fazem-se especialmente notar e são especialmente importantes.

2. E segundo: elementos *jurídico-penais* da Justiça de Transição podem apenas prestar um contributo para a superação do passado quando se distinguir com clareza entre uma responsabilidade *imputável* (frequentemente malsucedida) pelo passado e uma

<sup>9</sup> A diferenciação aqui efetuada entre "o encontrar" (*Findung*), a "imputação" (*Zurechnung*) e a "atribuição" (*Zuschreibung*) está ligada por um lado à circunstância de que para além de todas as disputas da teoria do conhecimento sobre se algo pode ser previamente encontrado, a responsabilidade nunca pode ser previamente encontrada, só pode ser sempre imputada. Por outro lado, com a diferenciação entre imputação e atribuição, deve ser deixado claro que nem tudo aquilo que pode ser previamente encontrado é atribuído, no sentido da crítica do *labeling approach*, à atribuição, mas sim que existe imputação (de responsabilidade) transparente, orientada por regras e intersubjetivamente verificável. Cf. sobre a congenialidade da Criminologia crítica e neste sentido das Ciências Penais críticas, Prittwitz, Feindstrafrecht, in: Pilgram/Prittwitz (Hrsg.), Kriminologie. Akteurin und Kritikerin gesellschaftlicher Entwicklung, Baden-Baden, 2005, p. 215 ss., (215-218).

(desejável) *exigência* de responsabilidade e (talvez até necessariamente) *confiança na* responsabilidade pelo futuro.

O discurso da responsabilidade jurídico-penal em geral, mas, por motivos identificáveis, o emprego do Direito Penal na Justiça de Transição em especial, ressentem-se do fato de que a relação entre os dois pares conceituais é, para o dizer com prudência, obscura. A responsabilidade coletiva e a individual são vistas de forma imprecisa como conceitos dicotômicos. E o Direito Penal que – no meu entendimento, e segundo o seu programa, com razão – apenas procura a responsabilidade individual, facilita demais quando nesse processo ignora a responsabilidade coletiva. Em qualquer caso, parece *prima facie* que o Direito Penal apenas se ocupa com a responsabilidade pelo passado (mais precisamente, por crimes passados), embora seja – abertamente ou em segredo – o *blueprint* para comportamentos futuros desejados responsáveis (mais precisamente, para um comportamento desejado de acordo com o Direito), e assim está sempre em perigo de manobrar e falsear a procura da responsabilidade passada.

## 1. RESPONSABILIDADES INDIVIDUAL E COLETIVA

O Direito Penal – mais precisamente: o Direito Penal do Estado de Direito democrático – tem que resistir às tentações e à pressão no sentido de uma mais ampla individualização nesta fábrica de imputação de responsabilidade. Com as suas consequências jurídicas duras, individualizantes, o Direito Penal tolda – e logo no domínio da criminalidade reforçada estadual – a responsabilidade coletiva<sup>10</sup>. Se é correto, e eu estou convencido que é – que dinâmicas coletivas, conexões sistêmicas, déficits estruturais e institucionais são causas decisivas para regimes de não Direito,<sup>11</sup> então a compreensão destas relações ficará vedada à sentença penal pela responsabilidade isolada de indivíduos, que aí é necessariamente salientada. E: tão honrosa e desejável que pareça – também no contexto dos crimes e benesses de governos – a invocação da liberdade e da responsabilidade *futuras*, a imputação de fatos praticados no passado como crimes pelos quais possa ser atribuída responsabilidade, porque livremente praticados, tem que poder ser representada perante o indivíduo como uma imputação justa.

Na procura de respostas à pergunta “de onde vêm estas tentações e esta pressão?” pode-se em primeiro lugar apontar para especificidades da forma de comportamento humano, podendo consistir em parte em “constantes antropológicas”, em todo o caso no mundo

<sup>10</sup> Cf. sobre o tema mais pormenorizadamente: Prittwitz, “Regierungskriminalität” e “Kriminalität der Mächtigen”, in Prittwitz et al. (Hrsg.), *Kriminalität der Mächtigen*, Baden-Baden, 2008, pp. 185-199, 195 ss. As minhas explicações expostas neste texto baseiam-se, de formas variadas, nas reflexões aí utilizadas.

<sup>11</sup> Cf. sobre o tema, com precisão, o contributo de Fabricius, neste tomo.

de cunho cristão-ocidental, em formas de comportamento praticadas e "herdadas" socialmente: onde o terrível acontece, procura-se uma culpa individual – procedimento sociopsicologicamente bem esclarecido e demonstrado. Quanto pior, tanto mais culpa. Depois dos acontecimentos sucederem, e perspectivando-os do lado de fora, vê-se a responsabilidade de forma clara – e mais clara do que a gente a viu, antes da ação<sup>12</sup>.

Esta ideia de base da responsabilidade individual – quase se podia falar de um dogma, com todas as conotações positivas e negativas – foi na história mais recente, que cunhou de forma bem visível as tendências atuais da Criminologia, da Política Criminal e do Direito Penal, ainda reforçada. A responsabilidade individual<sup>13</sup> pertence constitutivamente à sociedade livre e democrática; mas nesta tradição de a absolutizar desenvolveu-se uma tendência neoindividualista – assim chamada por Klaus Günther<sup>14</sup> – na sociedade e no conjunto das Ciências Criminais, na qual – como refere Karl-Ludwig Kunz – "...o postulado da autorresponsabilização se torna numa máxima de ação e de valoração que já não se questiona"<sup>15</sup> e na qual – como complementa Peter-Alexis Albrecht – "situações problemáticas sociais são personalizadas"<sup>16</sup>.

Quero apenas elucidar no exemplo, para nós particularmente aplicável, da criminalidade de governos (*Regierungskriminalität*), (também chamada por alguns "criminalidade dos poderosos" – *Kriminalität der Mächtigen*<sup>17</sup> – ou "criminalidade reforçada estadual" – *staatsverstärkte Kriminalität*<sup>18\*</sup>), determinar quão difícil é a relação entre responsabilidade individual e coletiva. Nestes casos, podemos utilizar o exemplo concreto da responsabilidade pelos cidadãos alemães mortos por soldados de fronteira da RDA, quando queriam passar o "Muro" e a "Cortina de Ferro", do leste para o ocidente<sup>19</sup>. Se se perguntar de forma muito geral, e à partida sem diferenciação entre a responsabilidade política, moral, jurídica e especialmente jurídico-penal, quem ou o que é responsável por estes mortos, então vai estabelecer-se rapidamente o seguinte consenso: embutida num sistema existente (que influencia os indivíduos atuantes e é, portanto, "responsável" por eles), é a

12 Cf., no seguimento da valiosa descoberta de Kühlen, (cf. Kühlen, Zur Problematik der nachträglichen *ex ante* Beurteilung im Strafrecht und in der Moral, in: Jung et al. Hrsg., Recht und Moral: Beiträge zu einer Standortbestimmung, Baden-Baden, 1991, p. 341 ss.), a minha reconstrução deste conhecimento social-psicológico para o Direito Penal da Sociedade do Risco in: Strafrecht und Risiko, Frankfurt am Main, 1993, pp. 103-113 und pp. 378-381.

13 Mais precisamente: o pôr-se de acordo em que "cada um compreende a si mesmo e aos outros como alguém que atua individual e responsavelmente" e o consenso sobre os limites da responsabilidade individual.

14 O conceito do Neoindividualismo (Klaus Günther) procura precisar *um* aspecto (aqui particularmente relevante) do muito (ou demasiado) utilizado e, desse modo, cada vez menos analítico, conceito de Neoliberalismo.

15 Karl Ludwig Kunz, Kriminologie, 4. Aufl., Bern, 2004, p. 191.

16 Peter-Alexis Albrecht, In Treue gegen Untreue, in: Michalke u.a. (Hrsg.), FS für Rainer Hamm, Berlin, 2008, p. 1 ss. (15).

17 Assim, na teoria crítica da dominação defendida por setores da criminologia cf. A Iniciativa do AJK, documentada em artigos publicados na revista técnica "Kriminologisches Journal", especialmente nos anos de 1975-1977.

18 Wolfgang Naucke, Die strafjuristische Privilegierung staatsverstärkter Kriminalität, Frankfurt am Main, 1996; zum Begriff: p. 15 ss. \*Nota do tradutor: sobre tradução do conceito *Staatsverstärkte Kriminalität*, cf. nota ao contributo de Klaus Günther, neste tomo.

19 As considerações seguintes baseiam-se essencialmente na parte do meu contributo no artigo escrito conjuntamente com K. Günther "Individuelle und kollektive Verantwortung im Strafrecht" in: Herzog/Neumann (Hrsg.), Festschrift für Winfried Hassemer, Heidelberg, 2010, p. 331 ss., 343 ss.

responsabilidade individual daqueles indivíduos que deram a ordem de disparar e que por conseguinte serão designados como os superiores no aparelho de poder organizatório do Estado da RDA, que está em causa de forma abrangente; e, de igual modo e forma, está em causa a responsabilidade daqueles que executaram a ordem de disparar e de forma imediata mataram as pessoas.

Num Direito Penal, que segundo o seu programa apenas procura a responsabilidade individual, a análise das esferas de responsabilidade é muito afunilada, ficando-se pela questão sobre a relação entre os superiores e os executantes, uma questão que o Supremo Tribunal Federal alemão (*Bundesgerichtshof*) resolveu como é sabido – e aproveitando a concepção de Roxin do domínio do fato através de aparelhos de poder organizatórios – no sentido de que a autoria mediata do superior também é considerada possível quando a autoria imediata e a responsabilidade do executante está estabelecida<sup>20</sup>. A pergunta sobre as participações em responsabilidades inerentes ao sistema, a *pergunta portanto sobre a responsabilidade coletiva*, não é tematizada nem no processo contra os executantes nem no processo contra os superiores.

Que nos ensina o exemplo? Desde logo: aqui trata-se de um problema tradicional das esferas de responsabilidade em “aparelhos” e que até há pouco tempo apenas não se mostrara em toda a sua agudeza porque nem a Criminologia nem o Direito Penal se tinham ocupado ou se tinham podido ocupar com os poderosos. E ensina que também o alargamento, entretanto realizado, das perspectivas ao “aparelho” não suscitou de forma alguma a pergunta óbvia sobre as participações da responsabilidade coletiva, por conseguinte *não individualizável*. O tratamento jurídico-penal destes fatos simula – com efeitos mediáticos – que também nos “aparelhos” se trata apenas de responsabilidade individual<sup>21</sup>.

Se se deixar esta perspectiva artificialmente afunilada, então coloca-se a pergunta sobre a relação entre as responsabilidades aqui imputáveis. As respostas mostram neste exemplo histórico (e não apenas nele), que na questão sobre a relação entre responsabilidade individual e coletiva não se trata de um “ou/ou”, mas sim de um “quanto de uma/quanto de outra”. Do ponto de vista criminológico mostra-se que justamente o contexto coletivo conduz a que não seja (em todos os sentidos) o comportamento *desviante*, mas sim (em determinado sentido) o comportamento *conforme* que subitamente se torna objeto das Ciências Criminais e também do Direito Penal. E dá a entender que a responsabilidade

20 BGHSt 40, 218 ss.

21 Dentro da discussão jurídico-penal fez sobretudo frente a esta cegueira face às causas sistémicas, Günther Jakobs (*Vergangenheitsbewältigung durch Strafrecht?* In: Isensee (Hrsg.) *Vergangenheitsbewältigung durch Recht*, Berlin, 1992, p. 37 ff.), que defendeu a tese de que não foi o soldado da fronteira que matou a tiro o fugitivo quem *fez uma falsa aplicação da ordem jurídica*, mas foi sim a “ordem jurídica” vigente que, pervertendo o Direito, deixou o fugitivo sem direitos; mas de onde no entanto se infere que então não existiria objetivamente *nenhuma* razão para uma responsabilidade *individual* penalmente relevante. Cf. sobre o tema, Klaus Lüderssen, *Der Staat geht unter, das Unrecht bleibt?* Frankfurt am Main, 1992, p. 35 ss.

coletiva imputável diminui a extensão da responsabilidade individual imputável – e vice-versa. Isto é válido tanto *criminologicamente* (o que significa, neste contexto, também política e moralmente), *como ainda juridico-penalmente*. Por fim, o Supremo Tribunal Federal analisou a questão exatamente desta forma, na sua tão inequívoca como moderada sentença proferida no processo movido contra os atiradores individuais do “Muro”<sup>22</sup>.

De um ponto de vista criminológico, *Herbert Jäger*, com o seu trabalho sobre o que o próprio designa por “Macrocriminalidade”,<sup>23</sup> já há muito que destacou os pontos de vista essenciais. A característica central da “Macrocriminalidade” é, segundo Jäger, a *autoria coletiva estadual* (*staatliche Täterkollektiv*)<sup>24</sup> que se encontra por detrás do comportamento dos indivíduos, o fato de que se trata de um comportamento que é impregnado em tal medida através da “modificação das relações estaduais coletivas” que se pode de fato dizer que o indivíduo apenas atuou (portanto, criminalmente) debaixo destas relações específicas; o pano de fundo coletivo é a “*conditio sine qua non* do cometimento do crime individual”.

Mas *Jäger* fica-se por esta análise criminológica – convincente e refinada em muitos detalhes – e teme, segundo me parece, as suas consequências evidentes para o Direito Penal. Talvez sob a influência dos – menos bem-sucedidos – debates de escola depois da Segunda Guerra Mundial e do Holocausto, mais exatamente, das tendências para reprimir a culpa que marcaram a sociedade alemã do pós-guerra, Jäger não se cansa de acentuar que não foi o sistema, ou o regime, foram indivíduos que atuaram<sup>25</sup>. Só o comportamento altamente diferenciado, submetido a influências e mecanismos de condução multifacetados, de muitos indivíduos é que se coordena em sistema<sup>26</sup>.

Naturalmente, que não se quererá contradizer esta afirmação. Mas a perseverança impassível nesta indiminuta responsabilização jurídico-penal individual tem efeitos algo contraditórios se se recordar com quanta ênfase foi acentuado que “o indivíduo apenas atuou (portanto, criminalmente) sob estas relações específicas”, que o pano de fundo coletivo é “*conditio sine qua non* do cometimento do crime individual”. Justamente quando com Jäger se é da opinião que a *função de valoração* do Direito Penal não consiste apenas em “fixar e estabilizar critérios de imputabilidade individual”, mas também em “iluminar microscopicamente a responsabilidade individual num acontecimento composto por um coletivo de ações entrelaçadas”,<sup>27</sup> então esta luminosidade tem que ser conseguida *de*

22 Cf. BGHSt 39, 1 ss., e uma mais pormenorizada indicação de jurisprudência e literatura em Fischer, StGB, 60. Aufl., München, 2013, vor § 3 Rn.38 ss.

23 Cf. Jäger, Makrocriminalität, Frankfurt am Main, 1989, um tomo que contém uma série de artigos pertinentes de Jäger.

24 Jäger, numa comunicação pessoal, em 19.9.2001.

25 Jäger, (nota 23) p. 29.

26 Jäger, Neue Kriminalpolitik 1991, p. 24.

27 Jäger, Neue Kriminalpolitik 1991, p. 25.



*forma aberta ao resultado*,<sup>28</sup> quando não se quer esgotar numa pura variável da função "fixação de critérios".

Naturalmente, temos que nos acautelar de sucumbir às tentativas de justificação individuais e coletivas, no sentido de, através de uma aplicação ingênua de teorias psicológicas de grupos e de massas, "salientar unilateralmente o conjunto do sistema" e assim encobrir a responsabilidade individual. No entanto, coloca-se pelo menos de forma tão urgente para a Criminologia e para o Direito Penal a tarefa de não apoiar o *encobrimento fático da responsabilidade coletiva*, para a qual o Direito Penal – que é, com razão, individualizador – sistematicamente tende.

Quando se considera plausível, sobre a base da análise criminológica da função do Direito Penal, que através da imputação e da atribuição de culpas individuais se exprimam tranquilizações simbólicas, então impõe-se aclarar as "condições coletivas e as pressões de conformidade" às quais o Direito Penal, com exceção das psicopatologias individuais, sistematicamente se fecha. As ciências dos fatos, que podem ajudar os penalistas a valorarem, na medida em que tornam claros fatos relevantes (por exemplo psicossociais) para a valoração, são aqui particularmente silenciosas; a pressão social de atribuir responsabilidade, de recusar a difusão da responsabilidade, parece incomodar pouco. Tal pode residir na circunstância de muitos criminólogos partilharem o programa normativo do Direito Penal neste ponto (excepcionalmente), ou seja, evidenciar através das condenações penais – se necessário de forma contrafática – a pretendida responsabilidade última individual.

A chave para as questões de valoração que aqui terão que ser respondidas encontra-se no conceito de "comportamento desviante". Nos casos de delitos praticados dentro de grandes coletivos e sistemas estaduais, estão raramente em causa comportamentos desviantes; em regra, pelo contrário, trata-se de comportamentos conformes, nomeadamente de comportamentos conformes ao sistema<sup>29</sup>. E o que é gravoso para a avaliação do comportamento desviante da norma, mas conforme ao sistema: a periculosidade específica do indivíduo fundamenta-se exatamente na sua conformidade e não no seu desvio. Mas daí decorre, se não se quiser realizar abertamente atribuições de responsabilidade injustas, uma certa desoneração do indivíduo – de forma alguma absoluta. Porque a inclinação do homem para o comportamento conforme é, segundo me parece, um "risco permitido" (*erlaubtes Risiko*).

28 Basicamente, Jäger concorda com tal, quando diz que o Direito Penal não devia rejeitar *ante portas* conhecimentos sociais-psicológicos, mas tinha que "deixar que se reconhecesse que tinha (deles) tomado conhecimento e tentado trabalhá-los" (Jäger [nota 23], p. 174).

29 Jäger (nota 23) p. 22. Cf. agora com ênfase e de forma ilustrativa neste tomo: Fabricius.

Tal pode a princípio parecer estranho numa sociedade na qual a não conformidade – e principalmente por causa da recente experiência alemã dos danos colaterais da conformidade – é considerada quase como uma virtude, no entanto revela-se como obrigatório quando se toma consciência que as nossas complexas sociedades modernas não poderiam funcionar sem esta conformidade. A virtude da não conformidade mostra-se por conseguinte, olhando-a de mais perto, na capacidade do indivíduo de, *no momento certo*, mudar de um conformismo obrigatório para um não conformismo obrigatório.

Esta censura *não* ter mudado no momento certo deve ser investigado e, assim, mostrar-se-á frequentemente justificada. Mas, sem este passo intermédio, censurar-se apenas a conformidade do indivíduo, quando de fato *coletivamente* algo tinha corrido mal, é, pelo contrário, segundo me parece, uma atitude não esclarecida e a partir daí essencialmente problemática.

Sejam ainda brevemente a florados dois aspectos que transcendem as especificidades deste domínio da criminalidade. O primeiro diz mais respeito às proverbiais “pequenas rodinhas” no aparelho organizatório de poder, o outro precisamente aos “grandes”, aos que se servem do “aparelho de poder” das “pequenas rodinhas”.

Parece em primeiro lugar valer a pena lançar um olhar à responsabilidade dos “grandes e poderosos”. As dificuldades em lhes atribuir responsabilidades na maneira própria do Direito Penal são conhecidas. E justamente os processos perante o Tribunal Penal Internacional voltaram a exibi-las. Mas mostrou-se de igual modo – segundo as decisões até agora proferidas, que abrangem também absolvições e sentenças comparativamente moderadas – que até agora se resistiu com sucesso à tentação de fazer, sem mais, da responsabilidade política responsabilidade de Direito Penal. Mas aquilo que é racional de um ponto de vista jurídico-penal, mesmo obrigatório, encerra riscos políticos:

Onde o processo penal se torna o palco do ajuste de contas, é tido subitamente por inocente aquele contra quem nenhum delito se pode provar. Tal produz um dilema. E este dilema entre a condenação jurídico-penal (que não é querida e é prejudicial), feita sem o trabalho de artifice necessário a uma imputação limpa da responsabilidade, e a (de igual modo não querida e de igual modo prejudicial) absolvição mal compreendida da culpa jurídico-penal, faz parte dos argumentos que nos fazem ficar céticos sobre se o caminho seguido com o Direito Penal Internacional será realmente “a última conclusão da sabedoria”.

Este ceticismo não deve toldar o fato de que existe uma responsabilidade legítima imputável pela criação de uma situação na qual a responsabilidade própria e alheia quase

não pode ser apercebida. *Ulrich Beck* chamou-lhe a irresponsabilidade organizada,<sup>30</sup> pode-se também, quando se colocarem as consequências imediatas e mediatas no ponto central desta atribuição de nome, designá-la como um lançamento de granadas ou bombas de fumo.

E uma fábrica de imputação que não se interesse pelo lançamento doloso de tais bombas de fumo, que *não castigue* essa organização da irresponsabilidade a partir do momento em que pode ser verificada, seria de fato antiquada e penalizada na sua legitimidade. Este fenômeno deveria ter ainda maior relevância nos exemplos da política econômica e ambiental, em cujo contexto Beck cunhou o conceito; mas desempenha também na criminalidade de governos um papel que até agora não foi suficientemente considerado.

O segundo aspecto diz respeito às "rodinhas" no aparelho de poder, os "pequenos", que, como é sabido, se consegue com muito mais frequência apanhar e também enforçar. Aqui trata-se – tanto quanto eu sei –<sup>31</sup> do conceito cunhado por *Heike Jung* da "imputabilidade participativa" (*partizipatorische Zurechnung*)<sup>32</sup>. O que isto significa é que em organizações que se manifestem como sendo particularmente perigosas, já a própria participação, sim, mesmo até em parte o simpatizar, é penalizada. O exemplo concreto no qual também se pode ler a discussão controversa sobre esta forma de imputação de responsabilidade, ou talvez mesmo de atribuição de responsabilidade, é dado pelos parágrafos 129 e, sobretudo, 129 a, do Código Penal alemão. A pressão em encontrar responsabilidade individual também aí, onde ela não se encontra ou, em todo o caso, apenas se encontra muito rarefeita, é aqui particularmente nítida.

Quando uma imputação tão rudimentar de responsabilidade individual é justificada com o argumento de que o mais reduzido peso próprio moral-individual do comportamento solidário criminal é contrabalançado pela sua periculosidade social,<sup>33</sup> então registram-se também, ao lado da aprovação, dúvidas sobre se esta periculosidade social pode realmente ser individualmente imputada de forma justa. Por mais que doa de um ponto de vista político: tal não tem apenas que ser válido quando regimes mais ou menos democráticos tendencialmente criminalizam a oposição, mas também – *sub specie* de um Direito Penal adequado em relação ao indivíduo – quando depois da transição já a simples pertença a um determinado grupo é criminalizada.

30 Ulrich Beck, *Gegengifte. Die organisierte Unverantwortlichkeit*, Frankfurt am Main, 1988.

31 Devo à conferência de Berlim de *Kurt Seelmann* sobre responsabilidade colectiva "Kollektive Verantwortung", Berlin, 2002, a indicação deste artigo de Heike Jung.

32 Jung, in Eser u.a. (Hrsg.) *Einzelverantwortung und Mitverantwortung im Strafrecht*, Freiburg i.Br., 1998, p. 175 ss.

33 Assim Seelmann (nota. 31) p. 11, com referência a Lampe, *Systemunrecht und Unrechtssysteme*, ZStW 106 (1994), 683 ss (691 e 719).

Os exemplos evidenciaram – espero – que em nenhum caso se trata de um ou/ou entre responsabilidade coletiva e individual ou que sequer se devesse tratar. Não se trata também de tordar a responsabilidade individual existente (imputável) através da acentuação de responsabilidade coletiva (do ponto de vista jurídico-penal eventualmente não imputável). Em vez disso, tem que se tratar de equilibrar a relação entre responsabilidade individual e coletiva de forma mais precisa e justa; trata-se – na praxis do Direito Penal – de uma adequada consideração da responsabilidade coletiva, apesar de se manter a responsabilidade individual imputável.

A tendência de base simples é a seguinte: em *todos* os domínios que são atingidos por esta problemática tem que ser reconhecido que a responsabilidade coletiva imputável *diminui* a extensão da responsabilidade imputável de forma justa. Em que medida se impõe uma tal diminuição de responsabilidade, é difícil de dizer de forma generalizada. Os aspectos concretos da imputação de responsabilidade considerados em cada caso desempenham um papel decisivo. Aquilo que é válido de forma generalizadora para a proporção da redução da responsabilidade individual, através da responsabilidade coletiva, precisa, por um lado, quanto àquilo que é empiricamente apreensível, de uma ulterior e mais aprofundada pesquisa social-psicológica. Por outro lado, não se poderá evitar, nem mesmo deixar de querer reconhecer, os aspectos normativos de qualquer imputação.

O Direito Penal no Estado de Direito democrático não pode, no entanto, e é em defesa desta ideia que se pretende concluir, sucumbir a duas tentações, mesmo quando no contexto de uma transição tal pareça particularmente legítimo. Primeiro, o Direito Penal tem que resistir à tentação – já tradicionalmente a referir – do seu *modelo de imputação individualizadora*, que tomado desde logo em si mesmo tem uma tendência para acentuar a responsabilidade individual, em caso de necessidade também de forma *contrafática*.

## 2. RESPONSABILIDADE PELO PASSADO E PELO FUTURO – UM ESBOÇO

O Direito Penal, entretanto, tradicional – que se legitima não procurando apenas a retribuição, mas também esforçando-se pela prevenção – procura a responsabilidade individual como fundamento da punição individual, tendo como fim uma modificação do comportamento individual e geral. A este programa, ao qual o Direito Penal se sente vinculado – com bons motivos e numa longa tradição cultural – tem que se perguntar como é que, em tempos de exigências de legitimação acrescidas (e irreversíveis), se lida com o fenómeno “responsabilidade coletiva”.

A excessiva acentuação da responsabilidade individual pode, do ponto de vista do desenvolvimento histórico (e isto significa também do ponto de vista da história do Direito Penal), ter-se mostrado útil, talvez mesmo necessária, e até, em determinadas condições, legítima; a esperança pode ser (ou ter sido) atribuir a responsabilidade por danos passados também aí – de forma injusta, mas útil – onde ela não foi percebida, para assim se conseguir um comportamento responsável pelo futuro.

Mas já há muito que este desenvolvimento foi revertido: atribuir responsabilidade onde ela comprovadamente *não* existe despreza os processos de aprendizagem humanos decisivos para um Direito Penal que se quer (também) preventivamente eficaz e em todo caso pode também não funcionar nos casos em se sabe da inapropriação da atribuição individual de responsabilidade.

A história do Direito Penal foi durante longo tempo uma história de imputação individual, que foi sendo concretizada de forma cada vez mais sutil. É de reear que este desenvolvimento de uma maior restrição, devido à Justiça e à racionalidade, da imputação de responsabilidade individual tenha parado prematuramente e contra melhor conhecimento. Mais dia menos dia mostrar-se-á a inaptidão deste "more of the same".

O mais que tardar então, isto é, quando catástrofes, cujas culpas só se podem atribuir a si mesmas porque "permitidas"<sup>34</sup> – e os "superacidentes máximos previsíveis" (*Super-GAU, initials de Größter Anzunehmender Unfall*) relacionados com a técnica pertencem a essa categoria do mesmo modo que os "GAU" político-humanitários, que cada ditadura representa –, tiverem demonstrado que respostas simbólicas a problemas *sistêmicos* ameaçadores da existência e ameaçadores dos Direitos Humanos não ajudam. O homem esclarecido não devia ficar à espera de tais catástrofes. Deve-se resistir às tentações de uma individualização excessivamente acentuada na imputação de responsabilidades quando se pretender com seriedade evitar catástrofes.

Que isto também deve ser válido justamente para uma Justiça de Transição, face a indivíduos que são corresponsáveis por catástrofes dos Direitos Humanos, causa amargura em alguns. Mas o Direito Penal deve precisamente mostrar-se renitente aí, quando não se quiser transformar num puro instrumento de atribuições, convidativo aos abusos e em grande medida inútil.

Por isso tem também que suportar a pressão, para que possa permanecer um Direito Penal *legítimo* e um Direito Penal *que funciona*, nomeadamente um Direito Penal que não queira perder a sua *função de exemplo em matéria de uma imputação justa de responsabilidade*.

34 Apoiando-me em Charles Perrow, *Normale Katastrophen*, Frankfurt am Main, 1989.

Processos de transição, tal como são compreendidos no contexto da Justiça de Transição<sup>35</sup>, porque se trata de transição de sistemas ditatoriais e autoritários para sistemas concebidos democraticamente e do ponto de vista do Estado de Direito, são altamente bem-vindos, mas, em variadas perspectivas, são processos melindrosos. Os processos penais são, porque e até ao ponto em que, num processo transparente e de forma intersubjetivamente compreensível, imputam e estabelecem responsabilidade e assim ajudam a evitar outras formas civilizatoriamente inferiores de reação ao ilícito a ao conflito, do mesmo modo altamente bem-vindos, mas – em muitos aspectos – processos difíceis.

Em processos penais, no contexto de processos de transição, os efeitos potenciam-se. O chamamento por condenações – também jurídico-penais – de um tal ilícito é – fato perfeitamente compreensível – particularmente alto e insistente. A função possível do processo penal, de ajudar a evitar formas inferiores de reação ao ilícito e à culpa, é particularmente atrativa. Ambas as realidades tendem a subestimar as, do mesmo modo potencializadas, *dificuldades* de uma imputação de responsabilidade justa e útil. Isoladas, podem conduzir a que imputações injustas de responsabilidade sejam suportadas, com vista à sua esperada utilidade. Mas as lições históricas indicam antes que estes cálculos não resultam. Onde for efetuada uma imputação jurídico-penal apenas é útil a imputação justa. Isso pode ser seguramente compreendido de tal forma que aceitar a renúncia à tentativa de realizar a imputação jurídico-penal – quando o “ajuste de contas sangrento” tenha tomado o seu lugar; ou até mesmo quando, em seu lugar, Comissões de Verdade e Justiça prometam mais sucesso – seja de saudar.

---

35 Cf. sobre o tema, Neumann, neste tomo, primeira parte (com prova mais desenvolvida)



Razões pelas quais a  
Justiça de Transição  
está dependente da  
apuração da culpa  
jurídico-penal: *doze teses*

KLAUS GÜNTHER

*Tradução: João Manuel Fernandes*



1. Na fase que se segue ao fim de um regime de não Direito (*Unrechtsregime*) coloca-se quase sempre de forma virulenta a questão de saber se os protagonistas deste regime, desde logo o governo e de igual modo as altas patentes militares e os serviços de segurança, mas também os seus executores mais ou menos solícitos, no fim da cadeia de comando ou como apressados voluntários, obedientes, que maltrataram, violaram, torturaram, assassinaram as suas vítimas, deverão ser penalmente responsabilizados. Ainda que esta pergunta hoje em dia não se coloque, pelo menos de *lege ferenda*, de forma tão urgente, face a crimes massivos, com a dimensão do genocídio ou dos crimes contra a humanidade, como ainda se colocava depois de 1945, porque com o Direito Penal Internacional e com o Tribunal Penal Internacional a punição penal destes crimes constitui Direito Internacional em vigor, a questão continua virulenta, tendo em vista a grande diversidade dos outros crimes praticados por regimes contra o seu próprio povo. Que tais processos penais violariam os Direitos Humanos respeitantes à proteção contra a criminalização e a punição, retroativas de comportamentos, os quais sob o regime de não Direito eram permitidos ou prescritos, é uma objeção que em face da crescente positivação dos Direitos Humanos no Direito Internacional e do seu reconhecimento geral, em nível global, vai perdendo força de convencimento – e se é que alguma vez esta objeção teve alguma capacidade de convencimento no caso da punição retroativa da criminalidade reforçada estadual

(*staatsverstärkte Kriminalität*), que concede a si mesma privilégios de impunidade<sup>1</sup> 2. Maior peso tem a objeção do risco para a paz através da ameaça com uma pena e com a perseguição penal daqueles que pertenceram ao regime de não Direito passado, o apoiaram ou de qualquer outra forma dele se aproveitaram, e que não temem apenas a perda dos seus privilégios e vantagens, mas também, e muito mais ainda, todas as desvantagens que estão associadas a um processo penal público e à ameaça da pena<sup>3</sup>.

A afirmação de que a anistia e o esquecimento na fase de transição seriam o meio adequado para evitar novos conflitos sociais, que trariam consigo o risco da desestabilização da ordem livre do Estado de Direito, acabada de erigir, é uma afirmação que não se pode rejeitar sem outras considerações.

2. É certo que, entretanto, se impôs a compreensão de que a alternativa punição ou anistia é possivelmente incorreta, ou pelo menos turva a visão de outras alternativas possíveis e menos arriscadas para trabalhar o ilícito (*Unrecht*) passado. A fixação em punir, em infligir consciente e intencionalmente um mal por contrapartida do ilícito, assim como a fixação aos fins das penas que deste modo lhe está associada, desconhece que, para a maior parte dos intervenientes, e antes de todos os outros, para as vítimas e seus familiares, o que está frequentemente em causa é algo de diferente da experiência do sentimento de como é que os seus algozes sofrem o mal de uma punição. Ainda que não se possa negar o fato da existência das necessidades de dar uma satisfação aos ofendidos, estas não são verdadeiramente um fim legítimo da pena pública e, face ao seu diferente cunho subjetivo, dificilmente podem ser objetivadas na forma de uma pena consentânea com o princípio da igualdade. Mas, possivelmente, a necessidade de dar uma satisfação aos ofendidos e o mal da pena que lhe está associado exprimem apenas, de forma distorcida, aquilo que por outro caminho, de outra forma e talvez ainda com maior eficiência, se poderia conseguir.

1 Wolfgang Naucke, *Die strafjuristische Privilegierung von staatsverstärkter Kriminalität*, Frankfurt am Main 1996.

2 Nota do tradutor: o conceito de *staatsverstärkte Kriminalität*, que aqui traduzimos por criminalidade reforçada estadual, é retirado, como o autor Klaus Günther indica, de Wolfgang Naucke, que a define nos seguintes termos: independentemente da forma que possa apresentar o fenómeno, este tipo de criminalidade reconhece-se na repressão do indivíduo indefeso pelo poder acumulado que se encontra depositado na organização do Estado. Como Naucke também refere, a relação de forças entre autor e vítima, ou seja, entre o poder do Estado e o poder do indivíduo, é de tal forma desproporcional que leva a que, de um ponto de vista fático, contra este tipo de criminalidade não exista sequer a possibilidade de legítima defesa. (Veja-se W. Naucke, *Die strafjuristische Privilegierung von staatsverstärkter Kriminalität*, Frankfurt am Main 1996, pp. 20-21, Ora, o conceito alemão de *staatsverstärkte Kriminalität* quer exprimir precisamente esta dupla característica da criminalidade aqui em causa. Por um lado, o Estado é o autor, é portanto o criminoso. Já por esse motivo, como Naucke também refere logo nas palavras de abertura de um outro ensaio (ver W. Naucke, *Normales Strafrecht und die Bestrafung staatsverstärkter Kriminalität*, in *Festschrift für Günter Bemmman*, Hrsg. Joachim Schulz/Thomas Vormbaum, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 1997, p.75), também se costuma designar o fenómeno desta criminalidade por "criminalidade do Estado", "criminalidade de Governo", "macrocriminalidade" ou "criminalidade dos poderosos". Mas neste tipo de criminalidade o Estado não é apenas autor. Como autor, o Estado transmite à prática do crime uma característica fundamental de si mesmo, que é o seu poder. Não se trata pois de uma forma de criminalidade qualitativamente semelhante a outras formas e apenas diferente quanto ao autor. Trata-se de uma criminalidade em que nos atos praticados vai implícito o poder acumulado no Estado, que os torna irresistíveis. Daí Naucke afirmar que a questão da legítima defesa aqui, nesta criminalidade, nem se pode colocar, porque de um ponto de vista fático o indivíduo não tem forma de exercer perante o poder do Estado. O Estado atua e no mesmo ato em que atua transmite a sua força (*Stärke*) ao ato praticado. O que quer dizer, reforça-o, de um modo que é inacessível à criminalidade não estadual. É esse reforço (*Verstärkung*) dado à prática do ato pelo poder do Estado que Naucke põe em evidência na criminalidade reforçada estadual.

3 Klaus Günther, *Falscher Friede durch repressives Völkerstrafrecht?*, in: Werner Beulke, Klaus Lüderssen, Andreas Popp, Petra Wittig (Hg.), *Das Dilemma des rechtsstaatlichen Strafrechts. Symposium für Bernhard Haffke zum 65. Geburtstag*, Berlin 2009, pp. 79-100.

Ainda muito mais do que nos crimes individuais do quotidiano das sociedades constituídas em Estados de Direito, em fases de transição coletivas, a necessidade de investigação e esclarecimento dos fatos, dos crimes praticados, das circunstâncias e dos intervenientes, assim como do estabelecimento do ilícito (*Unrechtsfeststellung*) e do apuramento da culpa (*Schuldfeststellung*) públicos que ali têm o seu fundamento, é muitas vezes maior do que a respectiva punição. Poderia ser que assim já fosse conseguido o reconhecimento como vítima de um regime de não Direito e que a pena não acrescentasse mais nada a este resultado, para além de uma confirmação expressa, convencional e simbólica<sup>4</sup>. Acresce ainda que a perspectiva de ser arguido num processo penal leva a que os afetados, por pura necessidade de autoproteção, ou fujam, ou lancem mão de medidas de obscurecimento e, quando estas não resultam, prossigam estratégias ou de neutralização do conteúdo ilícito dos crimes ou de negação, quer da sua própria participação quer da responsabilização individual. A esses procedimentos corresponde o Direito Humano que assiste ao arguido, de, como sujeito do processo, não ser obrigado a colaborar na sua própria incriminação (*nemo tenetur se ipse accusare*). Tanto mais que sob as condições processuais de um Estado de Direito, cuja observação é particularmente imprescindível na fase de transição, devido ao seu efeito como exemplo na consciência jurídica da população, não pode ser recusada ao arguido a possibilidade de fazer valer todos os direitos processuais que lhe cabem, até o limite do admissível. O objetivo do processo penal do Estado de Direito, investigar a verdade sobre o fato de que se é acusado, não deve triunfar sob o Direito Humano a um processo equitativo. O motivo individual de evitar ou minimizar a ameaça de uma pena encontra aqui o seu legítimo lugar no direito ao silêncio. Por isso, foram desenvolvidas e praticadas em muitos Estados em transição, como a África do Sul ou alguns países da América Latina, alternativas processuais que retiram o arguido da zona de colisão entre a descoberta da verdade e o desejo de evitar o mal da pena. As chamadas Comissões da Verdade são, pelo menos segundo a sua própria reivindicação, orientadas para abrir às vítimas, aos seus familiares e ao público, em comum com o arguido, o caminho do esclarecimento dos acontecimentos históricos, libertando simultaneamente o arguido como "testemunha" principal da ameaça de uma punição que impede a sua disposição para cooperar, ou pelo menos diminuindo esta ameaça.

3. Os exemplos enunciados de processos alternativos são justificados com a ideia de que a investigação e esclarecimento do ilícito histórico são mais importantes para todos os intervenientes e afetados, diretos e indiretos, do que a punição dos autores. Mas, aqui, inclui-se também o ato de estabelecimento público do ilícito, que se apoia

4 Klaus Günther, Die symbolisch-expressive Bedeutung der Strafe - Eine neue Straftheorie jenseits von Vergeltung und Prävention?, in: Prittwitz/Baurmann/Günther/Kuhlen/Merkel/Nestler/Schulz (Hrsg.), Festschrift für Klaus Lüderssen zum 70. Geburtstag, Baden-Baden 2002, pp. 205-220

nos acontecimentos investigados, assim como a sua imputação fundamentada às pessoas responsáveis, incluindo uma sentença sobre a espécie e o alcance da responsabilização. Os fundamentos para tal são antes de tudo de espécie normativa e deduzem-se negativamente das consequências prováveis que teria a omissão de investigação dos fatos, do ato de estabelecimento do ilícito e da atribuição de responsabilidade. Pode-se, principalmente, observar três constelações de casos de omissão da investigação e esclarecimento públicos:

(a) Para as vítimas e seus familiares, uma consequência possível seria a inclinação, conhecida na investigação do trauma psicológico, de atribuírem a si mesmos aquilo que sofreram, como sendo consequência de erros de comportamentos próprios, quer dizer, procurarem a culpa em si mesmos. Dores, sofrimento ou perda de familiares surgem então como erros próprios, possivelmente evitáveis, em consequência da própria ingenuidade, ignorância, estupidez. Fatal é também a dúvida constante sobre se não teria mesmo sido melhor aceitar o regime de não Direito, acreditar na sua legitimidade, deixar-se ir com os outros, ainda que sem convicção (*mitlaufen*), ou até mesmo cooperar com os crimes do regime, para proteger a si e aos seus. Na medida em que não se desenvolva durante e depois da fase de transição uma narrativa coletiva pública que caracterize os crimes do regime como tais, portanto como ilícito (*Unrecht*), resta apenas, às vítimas, a possibilidade de assimilarem nas suas próprias biografias aquilo que individualmente sofreram. No entanto, quanto mais pesado for o traumatismo, com tanto menos sucesso o conseguirão. Correspondentemente elevado é o risco de que permaneçam nas vítimas sentimentos de culpa, dúvidas sobre si mesmas e perda da autoconfiança, assim como desconfiança em relação a outros. Aos olhos do público, os afetados são, na sua maior parte, considerados como falhados, insatisfeitos notórios e impertinentes que não conseguem nem querem conformar-se com o seu destino.

b) Em vez de se reconhecer publicamente os crimes como ilícito, pelos quais terá que haver responsabilização, favorece-se e favoreceu-se, sobretudo no passado, com frequência, uma narrativa coletiva, que interpreta os crimes como infortúnio ou destino, como uma situação contra a qual em última análise ninguém pode fazer nada. O traço comum de tal narrativa é a ampla neutralização da responsabilização individual dos criminosos<sup>5</sup>. Os autores desta narrativa concedem, inteiramente e com frequência, que os crimes constituíam ilícito, porém são ao mesmo tempo apresentados como medidas lamentáveis e inevitáveis contra perigos ainda maiores (o padrão de argumentação do "mal menor").

A responsabilidade é transferida para coletivos inimigos (outras nações e governos, etnias, minorias, forças e poderes ideologicamente cegos etc.), forças que se exercem sobre os

<sup>5</sup> Sobre as condições e mecanismos da neutralização nestes casos, ver, pormenorizadamente: Herbert Jäger, *Makrokriminalität. Studien zur Kriminologie kollektiver Gewalt*, Frankfurt am Main 1989, p. 187 ss.

homens, ou outras supostas situações de emergência e necessidades que alegadamente não deixaram aos seus autores nenhuma outra escolha.

A quem interpreta a história como o campo de jogo de uma providência mais alta, divina, como um tribunal religioso do fim dos tempos, como uma luta pela sobrevivência entre as nações, povos, etnias, raças, imposta pela natureza, como uma luta necessária entre classes progressivas e regressivas através do decurso da história, desenvolvido segundo leis determinadas, que torna necessária a adoção pelo outro lado de medidas invulgares para lutar contra o inimigo ideológico ("Guerra Fria"), a esse surgem os crimes individuais como acontecimentos no máximo lamentáveis, como medidas que tinham que ser tomadas em condições de emergência contra perigos que de outra forma não podiam ser afastados, ou como atuações de defesa (na maior parte das vezes preventivas) contra ataques injustificados por parte de inimigos externos e internos. Para as vítimas, isso significa que, como na primeira alternativa, se têm que perguntar a si mesmas, ou se não se comportaram de forma errada nesta luta pelo destino e pela sobrevivência ou se estiveram do lado errado, ou têm que interpretar o próprio trauma como azar ou infortúnio, contra os quais ninguém pode fazer nada e cujas consequências terão que dominar sozinhas na história da sua própria vida. Quando a política é destino, então as vítimas são apenas vítimas do destino, e não de pessoas politicamente (e juridicamente) responsáveis. Também aqui lhes fica apenas a saída de se conformarem retrospectivamente com a ideia de que acontecera a eles aquilo que no passado tinha acontecido assim mesmo. Na fase de transição, tal pode ter como consequência que a desconfiança, a resignação e a sensação de impotência em relação a processos de decisão políticos se tornem em atitudes difundidas.

(c) Paralelamente às duas consequências enunciadas em primeiro lugar, as fases de transição são, quando é omitido o esclarecimento (*Aufklärung*) público do ilícito passado, também frequentemente caracterizadas pelo fato de as conclusões sobre o ilícito e as atribuições de responsabilidades se realizarem como que na esfera privada da pessoa direta ou indiretamente afetada. A omissão do esclarecimento não pode impedir que a vítima e os seus familiares, as pessoas que são sistematicamente desfavorecidas e discriminadas, se tornem elas próprias ativas, com o fim de tomarem nas suas próprias mãos a investigação da verdade – e isto significa em primeiro lugar "da sua própria verdade". Quanto menos essas atribuições espontâneas, e como que bravias, se puderem apresentar à crítica pública e confrontarem-se com a argumentação intersubjetiva racional, porque o passado é silenciado coletivamente ou porque as declarações públicas sobre crimes passados não são ouvidas, o seu conteúdo de verdade é negado, são sistematicamente reprimidas ou rejeitadas sob ameaças, quanto mais frequentemente os autores forem difamados, a sua credibilidade for posta em causa e não forem, seja de que forma, reconhecidos como

participantes que devem ser levados a sério num discurso público sobre o passado, tanto maior é o perigo de que as atribuições de responsabilidade que foram cultivadas e se difundiram no segredo adquiram traços irracionais<sup>6</sup>. Assim, desenvolvem-se teorias da conspiração, conhecimentos secretos sobre agentes inimigos supostamente a operar de forma clandestina, minorias, elites, grupos com identidade secreta e uma malvada agenda política própria, que pode ser feita responsável não apenas pelos crimes passados, mas dos quais se afirma que também agora e no futuro prosseguiriam ainda despercebidas as suas más intenções, devendo-se assim permanecer vigilante e desconfiado. Se tais teorias da conspiração, incluindo as “faturas em aberto” que usualmente aí se incluem, forem transmitidas às próximas gerações, pode isto tornar-se, no longo prazo, em causa de novos conflitos e repentinas agressões coletivas, sobretudo quando em fases de transição têm que ser resolvidos problemas económicos e sociais da população. Narrativas coletivas desta espécie ficam longo tempo na memória, impregnam mentalidades e atitudes durante décadas ou mesmo séculos (“inimizades hereditárias”), são sempre invocadas de novo quando se procuram explicações, através de causas externas e bodes expiatórios, para os atuais problemas sociais. Com frequência basta, então, apenas uma ocasião insignificante, para desencadear guerras, atos de violência extremos ou pogroms.

4. Em sentido contrário, o ato de estabelecimento público do ilícito passado, assim como a atribuição justificada de responsabilidade em processos formais, equitativos, produzem efeitos pelo menos em três direções alternativas: a vítima e os seus familiares não são forçados a interpretar os crimes sofridos como erros próprios, mas sim como erros pelos quais outros são responsáveis. Complementarmente, os autores não podem continuar a neutralizar os seus crimes com o argumento de que as vítimas foram, elas próprias, culpadas. Isto significa para a sociedade que também ela não é coletivamente responsável pelos crimes. Além disso, a vítima deixa de precisar lutar contra o seu destino, quer dizer, de interpretar e lidar com as ofensas cometidas como se de infortúnio, azar ou destino se tivesse tratado, como uma inevitável catástrofe nas voltas incontroláveis da história, e as ofensas que lhe foram cometidas são antes declaradas publicamente como ilícitas, pelas quais haverá lugar a responsabilização. Aos autores é, desta forma, retirada a oportunidade de neutralizarem os seus atos ilícitos através de quais causas de justificação e de exclusão da culpa, na forma descrita na tese acima enunciada em 3b, e de encontrarem para tal o reconhecimento público das cidadãs e cidadãos na sociedade. Por último, com o ato de estabelecimento público do ilícito e da atribuição da culpa, também a sociedade torna claro e afirma normativamente perante as vítimas

<sup>6</sup> Sobre as diferentes formas e efeitos da exclusão do discurso público, ver Miranda Fricker, *Epistemic Injustice. Power and the Ethics of Knowing*, Oxford 2007; Axel Honneth, *Unsichtbarkeit. Über die moralische Epistemologie von Anerkennung*, in: do mesmo autor, *Unsichtbarkeit*, Frankfurt am Main 2003, pp. 10-27; Klaus Günther, *Die Sprache der Verstummen: Gewalt und performative Entmachtung*, in: Klaus Lüderssen (Hrsg.), *Aufgeklärte Kriminalpolitik oder Kampf gegen das Böse?*, Band II, Baden-Baden 1998, pp. 120-146.

e os autores que não partilha as justificações declaradas, que reconhece como tal o ilícito manifestado no crime, mas que não o admite e que o rejeita. Sem essa rejeição, a sociedade partilharia convicções (ilícitas) normativas expressas nos crimes do passado e, por conseguinte, deixá-las-ia vigorar também na sua própria ordem normativa, em vez de, em solidariedade para com as vítimas, assinalá-las como “shared wrongs”<sup>7</sup>. As reivindicações de vigência das normas do regime de não Direito apresentadas com os crimes precisam de oposição pública<sup>8</sup>. E na criminalidade reforçada estadual ainda mais e de forma mais ampla do que nos crimes do quotidiano. Oposição nomeadamente, não apenas às reivindicações de vigência afirmadas implicitamente pelos autores, mas também à afirmada legitimidade da sua fonte normativa. Negadas serão não apenas a norma contrária aos Direitos Humanos, mas também a reivindicação de legitimação da autoridade, ao conceder a esta norma vigência jurídica, o que significa força vinculativa<sup>9</sup>.

Decerto que no ato de estabelecimento do ilícito tem ainda que ser incluída a apuração da culpa, porque, caso contrário, aquela forma de neutralização, difundida exatamente nos casos da criminalidade de governos, consistente na pretensão de, como autor, não ter podido agir de outra forma e, portanto, nada ter podido fazer para evitar a prática dos seus próprios crimes, terá igualmente que ser rejeitada pela sociedade. É necessária a oposição a esta afirmação dirigida à desculpação ou à exclusão da culpa para esclarecer quais os espaços de liberdade individuais que existiam e em que medida o ilícito proveio da falta de motivação individual para evitá-lo. Só desta maneira, pode ainda ser garantido que a comunicação da oposição à alegada vigência da norma contrária aos Direitos Humanos também é dirigida de forma performativa a quem é responsável por tal alegação de vigência, a quem se ligou publicamente a esta alegação em conjunto com o seu crime (e que também só com este procedimento pode irritar o restante da população, atingindo a confiança depositada por esta na vigência de normas conformes aos Direitos Humanos).

5. Sobretudo, a última necessidade enunciada, para além de estabelecer o ilícito também apurar a culpa e a responsabilidade das pessoas intervenientes, é controversa, e parece ser discutível, devido à estreita ligação entre culpa e pena.

Abstraindo do fato de que para as vítimas, por causa da sua autoconfiança enfraquecida ou perdida devido ao crime sofrido, é necessário saber que nem são elas nem ninguém

7 Sandra E. Marshall u. R. Antony Duff, *Criminalization and Sharing Wrongs*, in: *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, 11 (1998), p. 7 ss.

8 No entanto, esta oposição deve, segundo Jakobs, ser comunicada apenas com a pena e não já com o estabelecimento do ilícito a apuração da culpa. “O conteúdo da pena é uma oposição contra o repúdio da norma, concretizado à custa do seu infrator.” Günther Jakobs, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 2. A., Berlin/New York 1991, 1 Rn. p. 11. Também com outras premissas normativas do que Jakobs, R. Antony Duff, *Punishment, Communication, and Community*, Oxford 2001, p. 79ff.; Sobre teorias penais comunicativas e expressivas, ver Tatjana Hörnle, *Straftheorien*, Tübingen 2011, p. 29 ss.

9 Klaus Günther u. Vasco Reuss, *Legitimation des Völkerstrafrechts in Deutschland – Völkerstrafrecht als Bürgerstrafrecht*, in: Christoph Safferling u. Stefan Kirsch (Hrsg.), *Völkerstrafrechtspolitik*, Berlin 2013 (no prelo). Ver também Vasco Reuss, *Zivilcourage als Strafzweck des Völkerstrafrechts*, Berlin, Münster u.a. 2012.

os responsáveis pelo ilícito sofrido, mas sim pessoas identificáveis – o que inclui uma clarificação do grau e extensão da responsabilização –, a apuração da culpa pertence também, ainda, por outro motivo, ao esclarecimento público dos crimes ocorridos em fases de transição. Este motivo não se encontra de forma imediata no centro da imputabilidade e da apuração da culpa penal, mas sim nos pressupostos da autonomia política coletiva, tal como ela adquire forma nos Estados de Direito *democráticos*.

6. As consequências negativas da omissão do esclarecimento, descritas acima na tese 4, têm algo em comum. Estabelecem um motivo forte para as cidadãs e os cidadãos do Estado se comportarem de forma politicamente passiva na fase de transição e, depois da consolidação de um Estado de Direito democrático, se retirarem da intervenção pública, para não participarem na construção da opinião e da vontade políticas, para usarem os seus Direitos Fundamentais e Direitos Humanos de forma reservada ou exclusivamente em interesse econômico próprio, em casos mais extremos irem mesmo para além da medida de desconfiança que, na democracia, é usual e necessária em face das instituições políticas, aderindo a teorias da conspiração e seguindo as suas ideologias, que são frequentemente dirigidas à abolição do Estado de Direito. Se estas atitudes estão, também, amplamente difundidas nas democracias modernas, que gozam de uma longa tradição de robusta autonomia política e de instituições democráticas estáveis, bem como do respeito pelos Direitos Humanos, verifica-se uma diferença marcante face a Estados em transição com um passado de não Direito. Nestes, a (auto)marginalização política toma posse completa do estatuto de cidadão – os titulares deste estatuto não podem desenvolver nenhuma autocompreensão, em consequência da qual lhes fosse concedida a possibilidade e o poder que deles façam os autores responsáveis da sua ordem jurídica e constitucional. Já performativamente desapossados do poder, como se encontram devido à desconfiança, ao temor, ao trauma e à perda da autoconfiança, não conseguem preencher o estatuto de cidadão, inibem-se, por medo das consequências, de erguer a voz em processos públicos de formação da opinião e da vontade. Como vítimas traumatizadas de um destino político, de um erro por culpa própria, com consequências catastróficas, de um estado de entrega a elites sobrepoderosas, que se apropriaram da soberania interpretativa relativa aos crimes passados, não confiam, quer na fase da transição, quer depois, nem na sua própria intervenção, nem na força de convencimento dos fundamentos por si apresentados. É já quase indiferente se são excluídos da intervenção pública ou se dela se retiram por si mesmos. A exclusão, de fato, é igual nos dois casos. Se é correta a suposição de que a omissão do estabelecimento do ilícito e da apuração da culpa, face a um passado coletivo de não Direito, tem este efeito de retirar o poder aos cidadãos, então não se pode desenvolver em tais condições nenhuma



autocompreensão que suporte a vida pública democrática e que se realize na legislação politicamente autônoma.

7. O estatuto de cidadania num Estado constitucional democrático designa uma capacidade que pertence à pessoa como titular da personalidade jurídica. Alarga a sua capacidade de atuação natural a uma capacidade jurídica, para formar e mudar o Direito, que está inseparavelmente ligada à pessoa. Assim, definira Georg Jellinek, o direito subjetivo público em contraste com o direito subjetivo privado<sup>10</sup>. Certamente, que esta capacidade estava ainda, para Jellinek, dependente de uma decisão do Estado, e ali também, onde o seu significado para a cidadania se expressava de forma mais clara – no *status activus* ou estatuto de civilidade avançada no exercício de direitos políticos. A Erhard Denninger pertence o mérito de ter alargado a teoria do estatuto de Jellinek a um *status constituens*, que faz das cidadãs e dos cidadãos, como titulares de direitos políticos, principalmente do direito à liberdade de expressão, protagonistas da constituição do Estado, porque é mesmo a sua tarefa e o seu direito fundamental, em primeiro lugar, criar o Estado e a sua ordem jurídica e depois proceder ao seu aperfeiçoamento, num processo contínuo de interpretação dinâmica da Constituição<sup>11</sup> <sup>12</sup>. Só então se compreendem a si mesmos no sentido da ideia da autonomia política, não apenas como destinatários, mas também como autores das suas leis ou como colegisladores<sup>13</sup>.

8. Ao poder-de-decidir jurídico (*rechtliches Können*<sup>14</sup>), tal como está cunhado no *status constituens*, corresponde uma experiência política histórica, da qual decorre a consciência

10 Georg Jellinek, *System der subjektiven öffentlichen Rechte*, 2. A. Tübingen 1919, p. 47.

11 Erhard Denninger, *Staatsrecht I*, Reinbek b. Hamburg 1973, p. 28.

12 Nota do tradutor: Klaus Günther desenvolve o seu pensamento com referência a dois autores, Georg Jellinek e Erhard Denninger. Jellinek argumentava que a posição do indivíduo perante o Estado se define por uma sequência de relações estatutárias. Sumariamente, identifica um *status subjectivus*, ou estatuto passivo, um *status libertatis*, ou estatuto negativo, um *status civitatis*, ou estatuto positivo, e um *status activus*, ou estatuto ativo. Este último é, na exposição de Jellinek, o estatuto de civilidade mais avançado desta relação indivíduo-Estado e que se traduz na possibilidade de exercício de poderes políticos pelo indivíduo. Estes quatro estatutos sucedem-se numa linha ascendente: o primeiro é um estatuto de simples obediência; no segundo, é reconhecida ao indivíduo uma esfera autônoma, livre da intervenção do Estado; no terceiro o Estado compromete-se a realizar prestações ao indivíduo; e no quarto a vontade individual toma parte no exercício da soberania do Estado, ou é mesmo reconhecida como titular do poder de Imperium (ver Georg Jellinek, *System der subjektiven öffentlichen Rechte*, 2. A. Tübingen 1919, p. 86-88). Porém, a análise de Jellinek pressupunha sempre o Estado como uma realidade já existente, em relação ao qual se vão definindo os estatutos do indivíduo. Ora, Denninger alarga o conceito de *status activus* de Jellinek a uma outra realidade, que designa por *status constituens*, ou seja, um estatuto constituinte. Os poderes políticos que Jellinek incluía no *status activus* são alargados por Denninger a poderes de constituição e de modificação do próprio Estado, o que ultrapassa todos os limites pensados por Jellinek para o *status activus*. Esta era, como Denninger refere (*Staatsrecht I*, p. 28 de *Staatsrecht I*, nota 24, citado por Klaus Günther), uma perspectiva estranha a Jellinek (ver ainda Erhard Denninger, *Polizei in der freiheitlichen Demokratie*, Alfred Metzner Verlag, Frankfurt am Main, Berlin, 1968, pp. 33-35 e especialmente nota 68).

13 Sobre esta interpretação da autonomia política, ver Jürgen Habermas, *Faktizität und Geltung*, Frankfurt am Main 1998.

14 Nota do tradutor: para a tradução de "rechtliches Können" fizemos novamente referência a Jellinek e Denninger. A partir da distinção entre „Dürfen“ e „Können“ (ver G. Jellinek, *System der subjektiven öffentlichen Rechte*, ob. cit., p.46-47), entre o que é permitido (erlaubt) ao indivíduo e o que é concedido (gewährt) ao indivíduo, Jellinek definia "rechtliches Können" como a totalidade das faculdades juridicamente relevantes concedidas pela ordem jurídica ao indivíduo" (p.48). Ora o direito subjetivo, privado ou público, é sempre "rechtliches Können", no primeiro caso acompanhado de um „Dürfen“, no segundo caso, só por si. Como Jellinek diz: "O que eu não posso fazer por força de uma norma jurídica, não posso fazer de forma alguma, por conseguinte, em relação a ninguém" (p. 51). Ora este "rechtliches Können", no fundo, a essência do direito subjetivo de Jellinek, ganha na perspectiva de Denninger uma dimensão constituinte, ultrapassa o âmbito do *status activus* de Jellinek e passa a dar forma ao *status constituens*. Denninger concebe o *status constituens* como um "estatuto jurídico criador do Estado" (staatszeugender Rechtsstand), que cria ou modifica o Estado democrático e todo o processo que nele se desenrola como um processo democrático. E para tal, sempre segundo Denninger, o *status constituens* caracteriza-se precisamente pela discussão, mesmo pelo conflito, de ideias entre os respectivos grupos. É um conflito intenso de ideias, mas que apenas pode ser conduzido sem derramamento de sangue. E por isso a liberdade de expressão, o direito à palavra, à opinião política, representam aqui mais do que simples direitos políticos atribuídos pelo Estado, tornam-se em direitos que se encontram no cerne da democracia, porque juridicamente reconstituem e modificadores do próprio Estado, fazendo assim parte de um estatuto de cidadania (cf. Erhard Denninger, *Polizei in der freiheitlichen Demokratie*, Alfred Metzner Verlag, Frankfurt am Main, Berlin, 1968, pp. 33-39; *Staatsrecht I*, ob.cit., pp.28-29). Ora, dentro da mecânica de um *status constituens*, os cidadãos não discutem

de um poder-de-decidir fático (*faktisches Können*) político. É este que insufla vida ao poder-de-decidir jurídico, enquanto cria não só os motivos para a sua utilização, mas também e, antes de tudo, a autoconfiança reconhecida intersubjetivamente, em não fracassar ou ser rejeitado de antemão no uso do poder-de-decidir jurídico. Sem consciencialização do poder-de-decidir, não se desenvolve no cidadão ou na cidadã aquele poder performativo que ele ou ela precisam, para também fazerem uso de fato dos seus direitos. Em estados de transição, esta é a experiência, não rara, de uma revolução iniciada e conduzida por si mesma, a experiência do afastamento com êxito de um regime de não Direito autoritário, ou também, no caso de uma revolução pacífica, a experiência de um poder político em crescimento contínuo, sobre cuja pressão o poder do regime de não Direito, apoiado na violência, acaba por se desmoronar. Esta não é apenas a experiência do poder de atuação político individual, mas também, e sobretudo, a experiência do poder comunicativo resultante da atuação conjunta de atores individuais, como Hanna Arendt a descreveu a exemplo da Revolução Americana<sup>15</sup>. É esta experiência comunicativa de poder, consistente no erguer da própria voz num auditório público entre iguais, e concomitantemente a experiência de poder proveniente da capacidade de convencimento dos próprios argumentos perante iguais. A crítica com êxito e o afastamento de um regime autoritário, bem como a criação de um novo Estado de Direito democrático, cuja constituição e ordem jurídica são criadas através da ação conjunta comunicativa de cidadãos iguais, que decidem formar uma associação de titulares de direitos livres e iguais, proporcionam aos protagonistas participantes uma consciência, tanto individual como partilhada em comum, do seu próprio poder-de-decidir (*das eigene Können*). Christian Meyer utilizou essa "consciência do poder-de-decidir" (*Könnens-Bewusstsein*) como um dos conceitos-chaves para a compreensão daquele singular processo histórico, que conduziu na antiga Atenas ao nascimento de uma democracia radical. Sem tal consciência do poder-de-decidir, fica vazio o poder-de-decidir jurídico, que sobretudo (mas não só) se realiza nos direitos de participação política, fica vazio o *status constituens*.

9. Quando permanecem recusados às vítimas de um regime de não Direito o estabelecimento do ilícito e a apuração da culpa, públicos, face aos crimes contra elas cometidos, e quando tal recusa provoca as consequências acima descritas de (auto) exclusão, então esta experiência não deixa que surja de modo algum a consciência do poder-de-decidir ou destrói logo a consciência em germinação na fase revolucionária de transição. Para vítimas tão marginalizadas, o mesmo estatuto de cidadania assenta-lhes como se de uma

---

apenas por discutir: discutem para decidir sobre as características do Estado em que querem viver, discutem para decidir sobre o conteúdo das leis pelas quais se querem reger. É neste sentido que Klaus Günther adota a construção de Denninger. Por esse motivo, optamos neste contexto por traduzir a expressão "rechtliches Können" da forma que é usada no texto de Klaus Günther, para marcar o seu caráter constitutivo, livre e democrático no âmbito dos processos decisivos de um *status constituens*, por "poder-de-decidir" jurídico.

15 Hannah Arendt, *Über die Revolution*, München 1963.

veste pálida se tratasse, que lhes fica grande demais e por isso não conseguem trazer sobre os ombros e que descuidadamente deitam fora, logo que uma nova ideologia ou teoria da conspiração lhes interpreta as causas secretas do seu destino. Neste aspecto, o esclarecimento público do passado de não Direito coletivo é uma condição funcional para a formação de uma autocompreensão (*Selbstverständnis*) política coletiva de cidadãos, que se compreendam simultaneamente como destinatários e autores das suas leis.

10. A conexão entre o *status constituens* e a consciência do poder-de-decidir, que o preenche com o tratamento penal do ilícito coletivo, estende-se no entanto para além da funcionalidade fundamentada na tese 9. Ou seja, a consciência do poder-de-decidir é um pressuposto necessário para o *status constituens*, não apenas no sentido em que confere aos titulares da competência jurídica para a legislação politicamente autônoma também a capacidade de fato para o seu desempenho. Além disso, a competência jurídica para a colegislação inclui nomeadamente a *responsabilização* dos legisladores pela sua atuação desde logo constitutiva e legislativa de uma comunidade jurídica. Colegisladores podem elaborar constituições e leis, não apenas em sentido jurídico, e com esta competência são também responsáveis pelo seu cumprimento. Não é apenas o “nós” que se dá uma constituição a si mesmo (e que se constitui, portanto, em nós constitucionalizado), mas sim aquela constituição, dada desta forma por um nós para este nós, é também a “sua”, ou da perspectiva interna dos constituintes, a “nossa” constituição. Essa responsabilização acompanha conceitualmente o poder-de-decidir jurídico como o poder de criar, modificar e extinguir relações jurídicas. É assim o reverso da capacidade juridical: poder-de-decidir jurídico e responsabilização jurídica condicionam-se e completam-se reciprocamente ao mesmo tempo. A quem cria, dá forma e modifica o Direito serão também imputadas as consequências causadas. Quem quer criar, dar forma e modificar o Direito quer também que lhe sejam juridicamente imputadas as modificações assim causadas. Agora, a responsabilização inerente à competência jurídica pelas consequências do uso dessa competência repousa de forma análoga numa consciência do poder-de-decidir, tal como a própria competência jurídica. Nós não nos consideramos apenas capazes de exercer esta competência porque dispomos da correspondente consciência do poder-de-decidir, mas sim nos responsabilizamos também pelas consequências do uso desta competência, porque temos uma consciência do poder-de-decidir. Sem poder-de-decidir fático, sem capacidade jurídica e imputabilidade, não teríamos nem competência nem responsabilização. O poder-de-decidir jurídico do *status constituens*, o papel de cidadania do legislador, inclui por isso necessariamente uma compreensão recíproca como titular de capacidade jurídica e imputável, por conseguinte, como pessoa responsável. Sem esta compreensão recíproca, nunca o direito à colegislação poderia de fato ser exercido. Agora os legisladores, no

procedimento de uma autolegislação política autônoma, são os criadores autorizados e responsáveis das suas leis. Mas, dão a si mesmos as suas leis em atenção ao seu papel futuro como *destinatários da norma*. No entanto, porque, relativamente à sua capacidade jurídica de imputabilidade, são enquanto no papel de autor a mesma pessoa que no papel de destinatário da norma tem que manter a sua autocompreensão como pessoas atuantes, responsáveis nos dois papéis. Dão, por conseguinte, a si mesmos as suas leis, tendo em atenção o seu papel como destinatários da norma, responsáveis, com capacidade jurídica e imputabilidade. Quem é colegislador não pode proceder de outra forma do que ver-se a si mesmo, no papel do destinatário das normas, como titular responsável de personalidade jurídica. E seria uma contradição reivindicar e afirmar, em conjunto com a competência como colegislador, uma capacidade jurídica e uma imputabilidade que depois, no papel do destinatário da norma, se queresse contestar. A responsabilização de todos os colegisladores pela sua legislação reflete-se de certo modo na responsabilização dos destinatários da norma. Não se pode ter uma sem a outra. Só quando esta conexão for tornada explícita é que também se pode ver que os próprios colegisladores fixam igualmente a espécie e a extensão da sua responsabilização, que, por conseguinte, os colegisladores determinam autonomamente, e não deixando que lhes sejam impostas as exigências que colocam a si mesmos no papel de destinatários das normas, respeitantes ao cumprimento das mesmas em determinadas circunstâncias internas e externas, bem como a medida para a disposição e capacidade para o cumprimento das normas que entendem dever exigir uns dos outros. O conceito penal da culpa, com as suas condições negativas da inimputabilidade, da desculpação e da inexigibilidade de comportamento diverso, assim como da falta insuperável de consciência do ilícito, articula a autocompreensão dos cidadãos democraticamente autônomos sob condições históricas dadas<sup>16</sup>.

11. Quando para além da conexão funcional existe também esta conexão interna entre a autocompreensão da cidadania e a responsabilização, tanto jurídica geral como especial penal, pelo cumprimento das normas, então esta circunstância lança uma nova luz sobre a pergunta inicial, acerca da função e do significado do estabelecimento do ilícito e da apuração da culpa penais para a *Justiça de Transição*. Dito, com toda a clareza: os cidadãos e cidadãs de uma democracia, que se compreendem como coautores da sua ordem jurídica, percebem também a sua própria história e, assim, o seu próprio passado de não Direito da perspectiva da consciência do poder-de-decidir: *Seeing like a democracy*. Uma interpretação da história como destino, infortúnio, predestinação, como luta de poderes superiores, como realização dos planos secretos de uma elite conspiradora, como uma inexorável necessidade ou resultado de decisões sem alternativa opõe-se diametralmente a

---

16 Klaus Günther, *Schuld und kommunikative Freiheit*, Frankfurt am Main 2005.

esta autocompreensão. A quem faz a história no exercício de um poder-de-decidir jurídico, com uma consciência do poder-de-decidir, não pode essa mesma história aparecer sequer minimamente como puro destino ou como obra de poderes incriticáveis e incontroláveis, a aceitar passivamente.

12. Segue-se daí, agora, que o olhar democraticamente autônomo, pré-formado através da consencialização do poder-de-decidir, sobre a própria história com o seu passado de não Direito, conduz necessariamente a que só se vejam atores isolados, indivíduos atuantes, que por tudo são responsáveis? Que nenhuma desculpa têm do seu lado, que nenhuma circunstância de defesa existe que possam fazer valer contra a censura da culpa? Então a tentativa aqui exposta acabaria numa situação paradoxal: se a legislação politicamente autônoma e a capacidade e imputabilidade jurídicas correspondem uma à outra pela via do poder-de-decidir jurídico e a consciência do poder-de-decidir fático, então isto *não se aplica exatamente* àquelas sociedades do presente e do passado, nas quais não existia uma legislação democrática, mas sim autoritária. Porque, justamente, aqui ficavam o poder-de-decidir jurídico e a consciência do poder-de-decidir fático apenas e só na pessoa do ditador, ou na pequena elite de chefia, mas não nos destinatários da legislação, a população. Aqui, não era possível nenhuma troca contínua de papéis entre autor e destinatário da legislação. E então, ou ninguém podia ser feito responsável pelos crimes cometidos sob tais condições, ou o olhar democrático sobre o passado de não Direito conduziria a uma imagem distorcida e falsa das possibilidades jurídicas e reais de atuação numa ditadura. E não é mesmo uma característica de um regime autoritário fazer as suas vítimas responsáveis por tudo, para desse modo justificar os crimes contra elas cometidos? É certo que estas objeções apenas seriam corretas se o conceito da titularidade da personalidade jurídica responsável, conceito que é o reverso da titularidade da personalidade jurídica competente, e que às cidadãs e aos cidadãos se atribuem reciprocamente, tanto no papel de coautores da legislação como no papel de destinatários das normas, incluísse uma tal responsabilização absoluta, sem possibilidades de desculpa. Mas esse não é o caso. Entre os dois extremos de uma pessoa responsável por *tudo* e uma pessoa que não é responsável por *nada* (e desta forma, verdadeiramente não é pessoa alguma), os Estados de Direito democráticos trilham o caminho de construir uma rede complexa de causas de desculpação e de exclusão da culpa. Fazem-no porque cada um e cada uma se podem convencer a si mesmos, através da troca constante entre os papéis de autor e destinatário das leis, que a capacidade e a imputabilidade jurídicas dependem de condições da natureza interna e externa, que lhes sejam favoráveis, bem como das circunstâncias sociais. Mas, essa experiência – que constantemente muda com a própria dinâmica de mudança histórica, social, econômica e

tecnológica – tem um significado muito diferente para cidadãos e cidadãs autônomos de um Estado e para senhores e servos numa ditadura.

Ela resulta, nomeadamente, de uma *consciência do poder-de-decidir* livremente praticada, que embora confiando em relações favoráveis, de êxito e de ausência de rejeição, pode também, dependendo dos casos, fracassar nestas relações. São experiências que resultam da *atividade* da consciência do poder-de-decidir, levadas a cabo sobre a base intersubjetiva reconhecida do poder-de-decidir jurídico. Essa espécie da experiência desencadeia processos de aprendizagem sobre as possibilidades e limites, espaços de ação e restrições, resistências e falhanços do poder. Mas elas não conduzem nem a uma consciência do poder-de-decidir que se absolutiza a si mesma nem ao seu abandono fatalista, mas sim à sua automodificação em processos de aprendizagem<sup>17</sup>. Com estas experiências, os legisladores dão a si mesmos as suas leis e, com estas experiências, fixam, de forma mutável e com capacidade de aprendizagem, a espécie e a extensão da disposição e capacidade para o cumprimento de normas, que podem ser esperadas em média, ou seja, o poder-de-decidir jurídico pelo qual pode ser responsabilizado o titular de uma personalidade jurídica. Deste modo, colocam-se no seu papel, como destinatários das normas, nas circunstâncias naturais internas e externas, assim como dentro das possibilidades de vida, de atuação e seus limites respectivamente dados. Só mesmo essas podem, portanto, desenvolver a elevada medida de sensibilidade para circunstâncias de defesa, requerida para uma apuração pública justificada da culpa – não para compreender e perdoar tudo, mas para preservar, confirmar e reafirmar o conceito constitutivo de uma personalidade jurídica ao mesmo tempo capaz de ação e responsável. Pois uma responsabilização absoluta por tudo conduziria *ad absurdum*, tanto como uma resignação fatalista. Por causa desta autocompreensão como personalidade jurídica, competente de fato e de direito, e daí também responsável com este alcance, é necessário que um processo democraticamente constituído de tratamento dos crimes coletivos passados esclareça a espécie e a extensão da responsabilização individual com o estabelecimento do ilícito e a apuração da culpa. E, na verdade, com uma sensibilidade aumentada para as circunstâncias opressivas, sobre as quais os atores atuaram. É também razoável exigir das vítimas esta sensibilidade para com os autores, exatamente porque para o (re)estabelecimento da sua própria capacidade jurídica e para a (re)aquisição de uma autêntica consciência do poder-de-decidir é importante não só serem desoneradas da insinuação da responsabilidade própria, já que ficam a saber que outrem é responsável por aquilo que lhes sucedeu, mas também ficarem a saber, com que grau de responsabilidade os autores atuaram. Não apenas os autores, mas também as vítimas, aprendem que a apuração da culpa penal sob condições de autonomia

17 Que isto de vez em quando não se consiga, que antes de tudo uma consciência excessiva do poder-de-decidir ("Hybris") pode conduzir a catástrofes políticas, sociais e individuais. Foi o que os antigos poetas trágicos reiteradamente mostraram com toda a clareza ao seu público.

política não repousa num conceito de responsabilização sem limites, absoluta, que este não é o conceito de uma personalidade jurídica, à qual é atribuída responsabilidade tanto em circunstâncias opressivas como de liberdade. Se essas suposições aqui expostas não forem falsas, então, no final, uma punição no sentido de infligção intencional de um mal é dispensável. É suficiente o estabelecimento público do ilícito pelo qual se é responsável – e isto pode, como mostrou Flavia Püschel, ser conseguido até com uma ação declaratória de Direito Civil, em vez de um processo penal.

# SOBRE OS AUTORES



**Amarilis Tavares**, Diretora da Comissão de Anistia do Ministério da Justiça, Especialista em Políticas Públicas e Gestão Governamental (Ministério do Planejamento) e Mestre em Direito Internacional Humanitário pela Universidade Genebra.

**Antônio Martins**, Mestre e Doutor em Direito pela Goethe-Universität Frankfurt am Main.

**Cornelius Prittwitz**, Prof. Dr., M.P.A. Universidade de Harvard, Professor de Direito Penal, Direito Processual Penal, Criminologia e Filosofia do Direito da Goethe-Universität Frankfurt am Main; Diretor da Faculdade de Direito.

**Dirk Fabricius**, Prof. Dr. Dr. h.c., Professor de Direito Penal, Criminologia e Psicologia Jurídica na Goethe-Universität Frankfurt am Main.

**Jan-Michael Simon**, Membro do Instituto Max Planck para o Direito Penal Comparado e Estrangeiro.

**Klaus Günther**, Prof. Dr., Professor de Teoria do Direito, Direito Penal e Direito Processual Penal e co-speaker do Centro de Excelência "A formação de Ordens Normativas" na Goethe-Universität Frankfurt am Main.

**Lauro Joppert Swensson Junior.**, Mestre em Direito pela Universidade Metodista de Piracicaba, Doutor em Direito pela Goethe Universität Frankfurt am Main.

**Lenio Luiz Streck**, Professor Titular do Programa de Pós-Graduação da Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS, Professor visitante das universidades Estácio de Sá, Roma Tre, Coimbra e Javeriana, Doutor em Direito do Estado pela Universidade Federal de Santa Catarina.

**Marcelo Torelly**, Pesquisador Visitante na Faculdade de Direito e no Centro de Estudos Latino-Americanos da Universidade de Oxford, Mestre e doutorando em Direito pela Universidade de Brasília. Foi Coordenador-Geral de Memória Histórica da Comissão de Anistia do Ministério da Justiça.

**Maria Paula Araújo**, Professora Associada de História Contemporânea da Universidade Federal do Rio de Janeiro, Doutora em Ciência Política pelo Instituto Universitário de Pesquisas do Rio de Janeiro.

**Marlon Alberto Weichert**, Procurador Regional da República do Ministério Público Federal em São Paulo, Membro da Comissão de Anistia do Ministério da Justiça, Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.

**Paulo Abrão**, Presidente da Comissão de Anistia e Secretário-Executivo do Instituto de Políticas Públicas em Direitos Humanos do Mercosul. Doutor em Direito pela PUC-Rio.

**Thomas Vormbaum**, Prof. Dr. Dr., Professor de Direito Penal, Direito Processual Penal e História do Direito na Fern Universität de Hagen.

**Ulfrid Neumann**, Prof. Dr. Dr. h.c., Professor de Direito Penal, Direito Processual Penal, Filosofia do Direito e Sociologia Jurídica da Goethe-Universität Frankfurt am Main.

**Winfried Hassemer** (*in memoriam*), Prof. Dr. Dr. h.c. mult., ex-Vice-Presidente do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, Advogado, Frankfurt am Main.







Vivemos em um tempo de profundas e rápidas mudanças sociais. Essas mudanças estão atreladas a conflitos sociais estatais e para além do próprio Estado. Estamos confrontando desafios de um novo tipo que escapam ao conceito tradicional de “ordem”. Em um mundo com diferentes tradições culturais, normas e instituições transnacionais estão emergindo e sua validade é – e deve ser – objeto de reflexão.

Os pesquisadores das humanidades e das ciências sociais reunidos no Cluster de Excelência “The Formation of Normative Orders”, na Universidade de Frankfurt, analisam estes processos desde a perspectiva da formação das ordens normativas. Eles veem tais processos e conflitos não simplesmente como fatos e fenômenos a serem descritos em termos funcionais, mas sim questionam as concepções normativas que desempenham um papel neste contexto e como tais elementos confrontam-se e transformam-se reciprocamente. Para os pesquisadores do Cluster, as dinâmicas e conflitos atuais tornam-se primeiro evidentes na dimensão normativa.

O “Cluster de Excelência” é financiado pela “German Research Foundation” no contexto da “Excellence Initiative of the German Federal and State Governments”.

Saiba mais sobre a Comissão de Anistia do Ministério da Justiça na orelha da capa.

A presente obra reúne pela primeira vez em português os trabalhos apresentados no Seminário Internacional *“Transitional Justice - Vergleichende Einblicke in Transitionsprozesse aus Brasilien und Deutschland”*, realizado em julho de 2012 na Universidade Goethe, em Frankfurt sobre o Meno (Alemanha).

O evento, promovido pela Comissão de Anistia do Ministério da Justiça, em parceria com a Faculdade de Direito e o Cluster de Excelência *“The Formation of Normative Orders”* da Universidade Goethe, com o apoio do Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento e do Consulado do Brasil em Frankfurt, reuniu juristas e acadêmicos dos dois países para a reflexão comparativa sobre como o Direito deve responder aos crimes passados de um regime injusto.

Dividida em quatro partes, a obra analisa o Direito e a política nas transições, o contexto histórico dos fluxos transicionais, a questão das anistias e, finalmente, como o Direito Penal se relaciona com a Justiça de Transição.

Funcionando como espelho em português da obra coletiva originalmente lançada na Alemanha, durante a Feira do Livro de Frankfurt em homenagem ao Brasil, sob o título *“Transitional Justice - Das Problem Gerechter Strafrechtlicher Vergangenheitsbewältigung”*, esta edição brasileira conta com um prefácio do Professor Winfried Hassemer, Vice-Presidente do Tribunal Constitucional Alemão (2002-2008).

#### Realização:



Empoderando vidas.  
Fortalecendo nações.

**NORMATIVE ORDERS**  
Exzellenzcluster an der Goethe-Universität Frankfurt am Main



Comissão de  
**Anistia**

Ministério da  
**Justiça**

GOVERNO FEDERAL  
**BRASIL**  
PÁTRIA EDUCADORA

Agência Brasileira do ISBN

ISBN 978-85-5506-012-0



9 788555 060120