



Universidade do Estado do Rio de Janeiro

Centro de Ciências Sociais

Faculdade de Direito

Diogo Pinheiro Justino de Souza

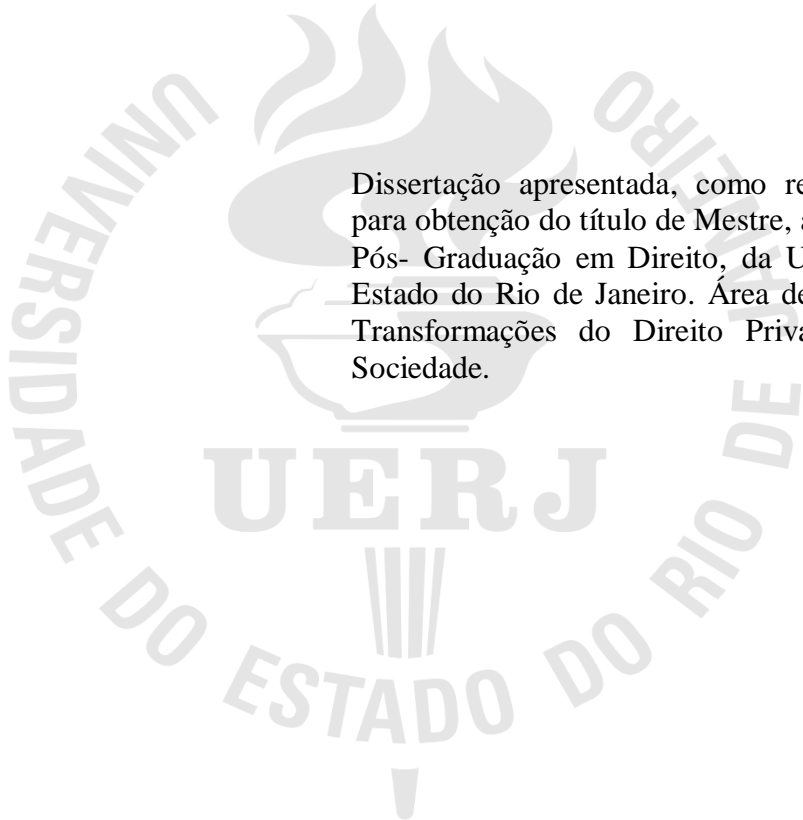
**Memória, punição e democracia: apontamentos sobre a responsabilização
dos agentes da ditadura militar brasileira (1964-1985)**

Rio de Janeiro

2013

Diogo Pinheiro Justino de Souza

Memória, punição e democracia: apontamentos sobre a responsabilização dos agentes da ditadura militar brasileira (1964-1985)



Dissertação apresentada, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre, ao Programa de Pós- Graduação em Direito, da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Área de concentração: Transformações do Direito Privado, Cidade e Sociedade.

Orientador: Prof. Dr. José Ricardo Cunha

Rio de Janeiro

2013

CATALOGAÇÃO NA FONTE
UERJ/REDE SIRIUS/BIBLIOTECA CCS/C

S729m Souza, Diogo Pinheiro Justino de .

Memória, punição e democracia : apontamentos sobre a responsabilização dos agentes da ditadura militar brasileira (1964-1985) / Diogo Pinheiro Justino de Souza. - 2013.

87 f.

Orientador: Prof. Dr. José Ricardo Cunha.

Dissertação (Mestrado). Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Faculdade de Direito.

1. Justiça – Teses. 2. Responsabilidade (Direito)-Teses. 3. Crime- Teses. I. Cunha, José Ricardo. II. Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Faculdade de Direito. III. Título.

CDU 340

Autorizo, apenas para fins acadêmicos e científicos, a reprodução total ou parcial desta dissertação, desde que citada a fonte.

Assinatura

Data

Diogo Pinheiro Justino de Souza

Memória, punição e democracia: apontamentos sobre a responsabilização dos agentes da ditadura militar brasileira (1964-1985)

Dissertação apresentada, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre, ao Programa de Pós- Graduação em Direito, da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Área de concentração: Transformações do Direito Privado, Cidade e Sociedade.

Aprovada em ____ de _____ de 2013.

Banca Examinadora:

Prof. Dr. José Ricardo Cunha (orientador)
Faculdade de Direito - UERJ

Profa. Dra. Vera Malaguti Batista
Faculdade de Direito - UERJ

Prof. Dr. Thiago Bottino
Fundação Getúlio Vargas

Rio de Janeiro

2013

DEDICATÓRIA

Ao meu irmão Diego, que nos deixou no meio da caminhada, mas continua presente,
para mostrar a potência da memória.

AGRADECIMENTOS

À minha família, que sempre me apoiou, mesmo nos momentos mais inimaginavelmente difíceis. Quero citar meus pais, Edinaldo e Angela, que me mostram o caminho. Meus irmãos Dienes e Edilaine; e Gisele, minha cunhada e agora presentante do meu irmão Diego.

Ao programa de pós-graduação em Direito da UERJ, na pessoa da funcionária Sônia, sempre atenciosa e eficiente.

À linha de pesquisa em Teoria e Filosofia do Direito, pela oportunidade concedida a esta pesquisa.

À CAPES pelo fomento imprescindível.

Aos meus companheiros do movimento Direito para quem, pelas discussões e práticas sediciosas.

Aos meus amigos pela força durante esse período. Para não cometer injustiças quero mencionar aqueles que foram importantes especificamente para este texto, o que não diminui em nada a importância dos demais. São eles: Eduardo Backer, Rafael Vieira, Sália Cordeiro, Antonio Bastos e Clécio Lemos.

Aos professores Marco Marrafon e Vera Malaguti, pelos apontamentos cruciais no momento da qualificação.

Ao meu orientador, o professor José Ricardo Cunha, pela gentileza em aceitar a orientação e por ser uma referência nas pesquisas sobre direito e justiça.

À Natalia Kleinsorgen, a quem também dedico este texto, por ser minha inspiração diária, minha companheira* e, neste caso, também revisora, co-autora, debatedora e tradutora. Muito obrigado.

* Do latim *cum panis* – aquele com quem se divide o pão.

RESUMO

JUSTINO, Diogo. *Memória, punição e democracia: apontamentos sobre a responsabilização dos agentes da ditadura militar brasileira (1964-1985)*. 2013. 87f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2013.

As relações entre memória e justiça têm sido objeto constante de estudos. Parte desses estudos se desenvolve no campo da chamada *justiça de transição*. Dentro deste campo pode-se visualizar a demanda por responsabilização criminal de agentes estatais que praticaram delitos em um regime anterior. No caso da discussão sobre a transição brasileira após a ditadura militar de 1964 à 1985, é comum observar tal demanda, seja na literatura ou mesmo entre movimentos sociais e ativistas. Este trabalho pretende se inserir no debate sobre a transição brasileira, para entender quais funções a pena poderia desempenhar e, em que medida, a demanda por responsabilização criminal dos agentes da ditadura pode ser prejudicial à democracia. Pretende-se estudar, portanto, se a mencionada demanda por punição pode produzir efeitos positivos na transição brasileira. Assim, será possível analisar com maior clareza a necessidade de investir no discurso pela punição.

Palavras-chave: Justiça de transição. Memória. Punição. Crimes. Ditadura.

ABSTRACT

JUSTINO, Diogo. *Memory, punishment and democracy: notes on the accountability of agents of Brazilian military dictatorship (1964-1985)*. 2013. 87f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2013.

The relationship between memory and justice has constantly been subject of study. Some of this studies are developed in *transitional justice* field. Within this field, the criminal accountability of state officials who committed crimes in a previous regime. In case of the argument about the Brazilian transition after the military dictatorship from 1964 to 1985, this demand is commonly noted, both in literature and among social movements and activists. This paper intends to enter into the debate about Brazilian transition to understand which roles punishment could redeem, and to what extent the demand for criminal accountability of agents of the dictatorship can be detrimental to democracy. It is intended to study thus if the aforementioned demand for punishment could produce positive effects in the Brazilian transition. Therefore, it will be possible to analyse more clearly the necessity to invest in discourse for punishment.

Key words: Transitional justice. Memory. Punishment. Crimes. Dictatorship

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	08
1 A IRRUPÇÃO DA MEMÓRIA.....	13
1.1 Memória, Justiça e conhecimento: apontamentos benjaminianos	13
1.2 Realizar os vencidos	20
1.3 Memória e conhecimento: breve parêntese sobre Boaventura de Sousa Santos.....	23
1.3.1 <u>A ciência contra o senso comum</u>	24
1.3.2 <u>O novo senso comum de Boaventura de Sousa Santos</u>	25
1.3.3 <u>Sobre conhecimento e experiência</u>	27
2 PENSAR O DIREITO PÓS AUSCHWITZ: POR UMA ÉTICA DA RESPONSABILIDADE POLÍTICA.....	30
2.1 O paradigma Nuremberg	30
2.2 Respondendo às atrocidades	34
2.3 Sobre a produção de um juízo	40
3 O QUE RESTA DA DEMOCRACIA.....	47
3.1 Justiça de Transição e necessidade da pena. O pilar que pode fazer desmoronar a democracia.....	47
3.2 O debate sobre a Lei de Anistia	49
3.3 Discursos punitivos na literatura sobre Justiça de transição. O que <i>ainda</i> resta na ideologia da pena	52
3.3.1 <u>Punir para ensinar</u>	52
3.3.1.1 A tese de Kathryn Sikkink	56
3.3.2 <u>Punir para descobrir a verdade</u>	60
3.3.3 <u>Punir para proteger (ou fazer justiça) às vítimas</u>	63
3.3.4 <u>Punir para proteger de bens jurídicos</u>	65
3.3.5 <u>Punir</u>	66
3.3.5.1 Pequeno aparte sobre prescrição, anistia e esquecimento	68
3.3.6 <u>Punir para libertar os oprimidos</u>	70
3.3.7 <u>Punir é mais importante?</u>	71
3.4 Abolir a pena. Aprofundar a democracia	72
CONCLUSÃO.....	80
REFERÊNCIAS.....	85

INTRODUÇÃO

1. Costuma-se dizer que na faculdade Direito o estudante se apaixona por Penal e se casa com Civil. A brincadeira explica como no início do curso nos tornamos grandes debatedores, vulgo especialistas, em matéria de criminalidade, punições e julgamentos (sobretudo aqueles do Júri), para no final aderirmos ao mercado. No meu caso a paixão teve o sentido mais literal da palavra, que tem origem no verbo latino *patior*, e significa *sofrer ou passar por uma situação delicada*. Aconteceu quando entrei pela primeira vez no presídio de Bangu cinco. O sofrimento obviamente era do outro, a mim competia somente a situação difícil. Na prisão é impossível ter compaixão (sofrer com), e só fui descobrir isso algum tempo depois, lá pela terceira visita, quando me disseram que eu era do *bem*. A experiência é tão forte que mal se consegue explicar o motivo do impacto. Talvez os muros infinitos, talvez o *castigo*², ou mesmo os livros de Foucault me adiantando o que iria acontecer. Hoje, compreendendo um pouco melhor as coisas, posso concluir que não se trata mais de paixão. A *patior* se perde em algum lugar, quando atravessamos a situação difícil; o que resta é *responsabilidade*. Veremos melhor isso.

2. Meu encontro com o tema da memória pode ser descrito com o significado habitual (e não literal) de paixão. Me encantei após ler um texto de Reyes Mate. O espanhol me conduziu ao debate sobre “Justiça de Transição”, que me reconduziu à prisão. Essa recondução involuntária (da filosofia ao penalismo, porém sem abrir mão da filosofia³) só aconteceu após os muitos incômodos sofridos com os clamores reprisados por “punição aos torturadores da ditadura”, e discursos próximos daqueles que pedem penas severas para crimes comuns. Ambos fatos indesejados, alguns mais indesejados que os outros. Porém, o clamor parece fazer mais sentido para crimes comuns do que para crimes de ditaduras, pois o maior diferencial do “crime político”⁴ é exatamente aquilo que mais escapa ao direito. Qualquer resposta jurídica será, no mínimo, insuficiente. Contrariamente, dentre as muitas respostas apresentadas pela literatura que estuda a transição brasileira, a pena possui posição de destaque, o que não

² Espaço milimétrico para onde são enviados os presos que não se comportam, ou seja, a prisão dentro da prisão. Algo como a *solitária* nos filmes americanos.

³ Afinal, o maior filósofo do direito latino-americano não se chama Eugênio Raúl Zaffaroni?

⁴ Nesse caso se trataria de crime por motivação política. Alguns pensadores do direito penal entendem que todo crime é político, uma vez que cometido e criminalizado enquanto significante dentro de um contexto político.

significa que ela seja explicada em termos funcionais. Essa ausência de explicação, aliás, naturaliza a punição acriticamente e trabalha com sua noção habitual. Ou seja, precisamos punir para responder a situações indesejadas, e punir mais severamente quando as situações são muito indesejadas. Aparentemente não se percebe que hermenêuticamente legitima-se uma resposta que tem sido concedida indiscriminadamente e que tem como objeto, somente no Brasil, mais de meio milhão de pessoas. Portanto, foi a responsabilidade que me trouxe a esse debate, precisamente a responsabilidade para com as mais de meio milhão de almas apenas que frequentam os *bangus* brasileiros. Os *vencidos* da nossa democracia. Este trabalho somente possui sentido se tiver como objetivo entender de que maneira o discurso pela punição aos agentes da ditadura pode prejudicar o meio milhão descrito acima e os muitos outros que estão para entrar (ou morrer) no sistema penal brasileiro.

3. Com Mate e Benjamin aprendi que preciso ter empatia com os vencidos. Sem eles não consigo produzir justiça e conhecimento. Por isso não posso esquecê-los. Aprendi também que em momentos de transição, a memória ganha contornos políticos e serve para que, lembrando-se das injustiças, possamos lutar para que elas não aconteçam mais. E o Brasil é um país com múltiplos problemas de memória. A tragédia indígena atual representada por Belo Monte e as novas técnicas de progresso é um problema de memória, se assentando em uma cultura, da qual todos nós somos descendentes, proveniente do extermínio (ou da conversão) dos índios brasileiros. Nosso preconceito racial é um problema de memória, possui raízes centenárias, e ainda assim se impõe cotidianamente de forma inacreditável. A república, por sua vez, se funda em um genocídio: a chacina de Canudos. Chacinas recentes, como as de Vigário Geral ou da Candelária também devem ser lembradas. Parece que ainda não resolvemos esses momentos atroztes do passado, longínquos e recentes. Isso significa que não temos respondido bem a injustiças, sobretudo injustiças públicas ou políticas, e que não basta recordar. A tarefa do pensador da memória deve ser maior. Será preciso produzir uma teoria que considere tais injustiças, reorientando o pensamento (e a ação) para que elas não se repitam. Somente assim nos asseguraremos que as vítimas não morreram em vão. A transição democrática brasileira após a ditadura militar (1964-1985) nos concede uma (nova) oportunidade. É nosso momento de mostrar o quanto somos democráticos. É hora de olhar o outro com maior atenção. Incluí-lo no presente. O negro, o índio, o comunista. Aquele que lutou, que foi oprimido, que teve sua voz sufocada. Considerar o

tempo é rever o passado para desver⁵ o presente, incluindo o outro na realidade. O tempo é o outro.

4. No primeiro capítulo quero apresentar um modo de ver a memória e como ela se articula com a justiça e o conhecimento. Esse trecho é crucial para a conclusão da pesquisa, pois tentarei mostrar como considerar a memória requer que continuemos a lutar dos vencidos. Assim, para uma transição democrática precisamos dos instrumentos democráticos, e somente assim manteremos o sonho daqueles que lutaram, morreram, desapareceram ou foram torturados defendendo a democracia e a liberdade. Aprofundar a democracia e eliminar os instrumentos de violação e dominação se mostra fundamental para o pensador da memória. Quero ainda no primeiro capítulo, separar um parêntese para estudar o *sensu comum* e sua relação com a memória, tendo em conta que muitos dos problemas deste trabalho dizem respeito a uma forma de olhar a questão, normalmente alimentada por discursos acrílicos fundados em uma enganosa publicidade do sistema penal. Assim, pensadores da memória e da transição produzem argumentos próximos daqueles do chamado *sensu comum criminológico*. É claro, por outro lado, que criticar o *sensu comum* não é admitir seu caráter de imutabilidade, nem tampouco assumir uma dimensão autoritária e superior da ciência. Seria o caso de pensar com o *sensu comum* e com a ciência.

5. No capítulo seguinte estudo os julgamentos do pós-guerra, sobretudo o julgamento dos grandes criminosos de guerra em Nuremberg e o julgamento de Eichmann em Jerusalém. Falarei em Nuremberg, portanto, com um significado genérico, indicando os julgamentos que aconteceram após a Segunda Guerra. Minha pretensão não é analisar os julgamentos por si, mas o que eles produziram socialmente. Sabe-se que a tragédia do nacional-socialismo jogou o direito em uma experiência nova, e Nuremberg aparece como um paradigma frequente para os direitos humanos, para a justiça de transição e para os Tribunais Internacionais. A forma *jurídica* utilizada para responder às atrocidades nazistas tem sido constantemente reproduzida, reutilizada e lapidada, apesar das críticas que se direcionam a sua insuficiência para solucionar problemas políticos tão grandes. Esse será o sentido do segundo capítulo. Pode o direito responder às atrocidades?

6. No terceiro capítulo quero debater especificamente a transição brasileira após a ditadura militar de 1964-1985. Apresentarei o significado de *justiça de transição*, seus

⁵ Como Manoel de Barros desvê o mundo para conceder-lhe novo sentido. Ver BARROS, Manoel de. **Menino do Mato**. In: BARROS, Manoel de. Poesia completa. 2010. p. 447-466.

pilares e a demanda por responsabilização criminal dos agentes de ditaduras passadas. Vivemos um momento de retomada do debate sobre os períodos autoritários na América Latina e em várias partes do mundo. A despeito disso, o Brasil ainda se mostra reticente sobre o que produziremos a partir dos ensinamentos que a história pode nos conceder. O regime de exceção brasileiro produziu centenas de mortos, torturados e desaparecidos e perdurou por cerca de 20 anos.

A herança deixada por uma época de repressão às liberdades e aos direitos sociais persiste em nosso tempo. Mesmo vivendo em uma denominada *democracia*, jamais soaria estranho nos dias de hoje ouvir relatos de violência estatal, tortura, violação de direitos, execuções sumárias e outras tantas práticas tão comuns nos *anos de chumbo*. Por conta disso, nos dias que correm a discussão sobre a memória e a verdade no Brasil cresceu em importância, devendo em boa medida a alguns avanços conquistados no sentido de tomarmos para nós a responsabilidade com a reparação e a memória das vítimas da história.

Por avanços me refiro a políticas governamentais, como, por exemplo, o trabalho da Secretaria Especial de Direitos Humanos sobre mortos e desaparecidos políticos e à instalação da Comissão Nacional da Verdade; mas, acima de tudo a um movimento heterogêneo da sociedade civil organizada nesta temática, cujas muitas bandeiras passam pela reparação às vítimas, abertura dos arquivos secretos, revisão da lei de anistia (Lei 6683/79), punição aos militares, reforma institucional, dentre outras medidas que pretendem interromper a violência continuada do regime anterior.

Todas essas pautas surgem a partir da ideia de que existe uma memória, ou uma verdade, que está mascarada, de um período do qual não superamos enquanto sujeitos e sociedade civil. Resgatar a memória dos oprimidos, daqueles que tiveram sua voz silenciada, dos que naufragaram ou sobreviveram carregando o peso da lembrança, destes de quem somos todos filhos, netos, bisnetos; essa é a tarefa fundamental que se coloca.

7. Uma das pautas principais entre os teóricos e militantes pela transição democrática diz respeito à responsabilização criminal dos agentes violadores de direitos humanos. A imensa maioria da literatura sobre transição põe a responsabilização criminal dos agentes de regimes passados como requisito fundamental e incontornável. Neste sentido, a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos vem falando em um “dever de punição”. Assim, é importante diferenciar a responsabilização civil ou administrativa, com a individualização dos agentes, o que, aliás, parece ser

direito das vítimas, com a responsabilização criminal, que passa por um processo penal para, ao final, produzir uma pena. Nos casos de tortura, assassinato e desaparecimento, a pena privativa de liberdade. Pretendo apontar os problemas existentes na demanda por responsabilização criminal, para concluir se esta é imprescindível, importante, desnecessária ou mesmo prejudicial à transição democrática. Tentarei entender os sentidos dos discursos produzidos, tendo em vista que, historicamente, a pena possui muitas pretensas funções. Sendo assim, é importante identificar nestes discursos quais funções a pena desempenharia no caso em questão, para assim tentar entender se realmente podemos esperar que tais funções sejam cumpridas; ou se, ao contrário, estaríamos esperando em vão. Igualmente importante é considerar a premissa de que o Direito Penal é um campo completamente diferente dos demais campos do direito e, mesmo entre as searas punitivas, há uma grande diferença colocada: exatamente a pena de prisão. Logo a punição em sentido amplo pode indicar uma pena civil ou administrativa, porém, quando falamos em punição criminal devemos considerar a pena privativa de liberdade, suas ineficácias e seus efeitos nefastos, como preponderante.

Ainda neste momento do trabalho, quero ver o quanto o discurso pela punição aos agentes da ditadura pode ser prejudicial à democracia, mesmo que a punição desses agentes não esteja acontecendo na prática, pelo menos no Brasil. Isso porque a naturalização da resposta penal pode servir para a ampliação de um poder que tem sido exercido à custa de violações de direitos. Esse discurso punitivo pode ser ainda mais perigoso quando utilizado por pensadores críticos, como os da Justiça de Transição. Quero tentar mostrar, portanto, que para aprofundar a democracia pode ser necessário abrir mão da ideologia da pena, em qualquer esfera.

1 A IRRUPÇÃO DA MEMÓRIA

Como pois interpretar
o que os heróis não contam?

Drummond

1.1 Memória, Justiça e conhecimento: apontamentos benjaminianos

A memória está em alta! Assim Reyes Mate abre um dos capítulos de seu premiado livro *La herencia del olvido: ensaios em torno de lá razón compasiva*⁶. Mate é um dos responsáveis por refazer a discussão em torno da memória na Espanha, a partir da experiência do franquismo e da transição baseada no esquecimento. O debate tem se alastrado pelo mundo e ganhado força na América Latina, assaltada por muitas ditaduras militares, que deixaram um saldo imenso de violações de direitos humanos. No entanto, nem sempre foi assim. Para os antigos e medievais a memória era em primeiro lugar um sentimento pessoal, e em segundo lugar uma categoria conservadora cultivada pelos defensores da tradição.⁷ Isso explica, em certa medida, a resistência que a memória enfrentou em diversos campos do saber na Modernidade. A situação começou a mudar com as grandes guerras do século XX, sobretudo após a Segunda Guerra e o surgimento da reflexão em torno do *dever de memória*.⁸

A ideia de um “direito à memória” ou à “verdade” é recente e ainda bastante controversa. Memória e verdade costumadamente aparecem em conjunto, apesar de serem categorias diferentes. Quanto aos direitos relacionados ao tema, normalmente estão mais diretamente ligados a categoria “verdade”; por exemplo, o direito ao acesso às informações escondidas do período da ditadura militar. Alguns autores afirmam a impossibilidade de um “direito à verdade”, pois não caberia ao Estado tutelar qualquer verdade, e aceitar isso seria aceitar a própria ideia tão problemática de verdade oficial, ou mesmo a ideia de uma verdade essencial⁹, quando muitas vezes os próprios militantes de esquerda divergem quanto aos fatos passados. Em contrapartida, outros

⁶ MATE, Reyes. *La herencia del olvido. Ensaos em torno de la razón compasiva*. 2008. p. 149.

⁷ MATE, Reyes. *La herencia del olvido. Ensaos em torno de la razón compasiva*. 2008. p. 156.

⁸ MATE, Reyes. *La herencia del olvido. Ensaos em torno de la razón compasiva*. 2008. p. 156-157 e 175.

⁹ DIMOULIS, D. *Justiça de Transição e função anistiantes no Brasil. Hipostasiações indevidas e caminhos de responsabilização*. In: DIMOULIS, D. *et al.* *Justiça de Transição no Brasil: Direito, Responsabilidade e Verdade*. 2010. p. 101-104. E DIMOULIS, D. & SABADELL, Ana Lucia. *Anistia: a Política além da Justiça e da Verdade*. 2011. p. 88.

pensadores dizem que o “direito à verdade” não se refere à imposição de uma narrativa única, mas que outras narrativas sejam possíveis; na prática, significaria a possibilidade de esclarecimento público sobre a repressão e à abertura dos arquivos oficiais existentes. Já o “direito à memória” se referiria à inserção ou reinserção de alguns discursos no seio social.¹⁰ Sabe-se que a semântica é profundamente importante para a atividade intelectual. Assim, não devemos olhar para a expressão “direito à verdade” como sendo uma simplificação ou resumo dos direitos relacionados à verdade histórica do regime passado. A opção pela expressão é estratégica. Portanto caberá sempre a quem a usa, o ônus de debater o significado da “verdade” a que se refere. Não aprofundaremos essa discussão neste trabalho e, à princípio, utilizaremos as expressões “direito ao esclarecimentos dos fatos”, “direito à abertura dos arquivos da ditadura”, ou qualquer outra expressão que dê sentido direto à demanda e não suscite debates conceituais mais profundos como a temática da “verdade”. Sobre o “direito à memória”, será melhor para esta pesquisa analisar a importância da memória para o direito ou para a justiça, do que propriamente vê-la como um “Direito”.

Apesar da discussão em torno da memória ter se difundido bem no Brasil recente, não podemos perder de vista o esquecimento, que possui uma importância singular. A memória é inicialmente privada, vindo a se transformar em *memória coletiva* diante de situações específicas, sendo que o esquecimento muitas vezes será também um dever, e não podemos confundir as coisas. Existe, por exemplo, o dever de esquecer o crime pelo qual o agressor já pagou¹¹, quando a memória consistiria em violação, implicando uma espécie de *bis in idem*, ou o dever de esquecer o que nem a vítima quer lembrar.¹² Contudo, o primeiro caso suscita uma discussão, pois se esse

¹⁰ Para aprofundamento desta perspectiva, ver o importante trabalho de Marcelo Torelly. TORELLY, Marcelo D. **Justiça de Transição e Estado Constitucional de Direito: perspectiva teórico-comparativa e análise do caso brasileiro**. 2012. p. 270-271.

¹¹ Sobre o assunto, recentemente o Conselho da Justiça Federal, na VI Jornada de Direito Civil, aprovou o seguinte enunciado:

“ENUNCIADO 531 – A tutela da dignidade da pessoa humana na sociedade da informação inclui o direito ao esquecimento.

Artigo: 11 do Código Civil.

Justificativa: Os danos provocados pelas novas tecnologias de informação vêm-se acumulando nos dias atuais. O direito ao esquecimento tem sua origem histórica no campo das condenações criminais. Surge como parcela importante do direito do ex-detento à ressocialização. Não atribui a ninguém o direito de apagar fatos ou reescrever a própria história, mas apenas assegura a possibilidade de discutir o uso que é dado aos fatos pretéritos, mais especificamente o modo e a finalidade com que são lembrados.”

Após isso o STJ aplicou o “direito ao esquecimento” em dois casos, ambos relacionados ao programa “Linha direta - justiça” da TV Globo. No REsp. 1334097 a TV Globo foi condenada por danos morais, enquanto que no REsp. 1335153 apesar da aceitação da tese do “direito ao esquecimento”, entendeu-se que, no caso, não houve dano moral.

¹² TODOROV, Tzvetan. **Los abusos de la memoria**. 2000. p. 25.

crime possui uma razão política e é cometido em uma conjuntura de repressão, a situação se altera. Como esquecer os crimes cometidos pelos nazistas punidos em Nuremberg? Ainda que punidos, estes crimes permanecem no imaginário coletivo. Neste caso, a memória pode ter um lugar, mas se abusaria dela para reavivar o ódio, como no alerta lançado por Tzvetan Todorov, mencionando a crueldade dos sérvios contra outros povos da ex-Iugoslávia, que teve como uma de suas grandes justificações a memória de sofrimentos passados.¹³ Todorov diz que o culto à memória nem sempre serve à justiça, e muitas vezes é desfavorável para a própria memória.¹⁴ Na Europa de hoje, a memória da Segunda Guerra mundial permanece viva, conservada por inúmeras comemorações, publicações e transmissões de rádio e televisão, mas a repetição do ritual de que “não podemos esquecer” não tem repercutido sobre os processos de limpeza étnica, racismos, torturas e execuções em massa que se produzem ao mesmo tempo.¹⁵ A mesma preocupação embala a luta de Cecília Coimbra. Segundo ela, falar de memória e reparação é também colocar em análise certa política de segurança pública que se fortalece na contemporaneidade e se justifica em nome da guerra aos *perigosos* produzindo a fascistização do cotidiano.¹⁶ Deve se considerar, igualmente, que no Brasil e em muitos outros lugares, a tortura e uma série de outras violações continuam sendo aplicadas em dependências policiais e carcerárias, e em muitos estabelecimentos utilizados para a suposta *reeducação* de *jovens infratores*.¹⁷

Por conta disto, duas ressalvas são fundamentais: primeiramente devemos ter cuidado para que a memória não se transforme em ressentimento negativo e seja levantada para produzir o ódio; segundo, precisamos atentar para a distinção entre memória individual e memória coletiva, sendo esta construída por aquela¹⁸, além do fato de que a memória coletiva nem sempre é emancipadora, como a memória do medo na cidade do Rio de Janeiro bem posta por Vera Malaguti Batista¹⁹. Nestes casos será preciso interromper a memória.

¹³ Todorov diferencia a recuperação do passado do seu uso, afirmando que não há um automatismo vinculando os dois gestos. Para essa discussão, ver TODOROV, Tzvetan. **Los abusos de la memoria**. 2000. p. 27; MATE, Reyes. **Contra lo políticamente correcto: política, memoria, justicia**. 2006. p. 127; e ainda MATE, Reyes. **La herencia del olvido. Ensayos em torno de la razón compasiva**. 2008. p. 173.

¹⁴ TODOROV, Tzvetan. **Los abusos de la memoria**. 2000. p. 56.

¹⁵ TODOROV, Tzvetan. **Los abusos de la memoria**. 2000. p. 58.

¹⁶ COIMBRA, Cecília. **Reparação e memória**. Cadernos AEL, v.13, n.24/25, 2008. p. 20.

¹⁷ COIMBRA, Cecília. **Reparação e memória**. Cadernos AEL, v.13, n.24/25, 2008. p. 23.

¹⁸ MATE, Reyes. **La herencia del olvido. Ensayos em torno de la razón compasiva**. 2008. p. 157.

¹⁹ BATISTA, Vera Malaguti. **Memória e medo na cidade do Rio de Janeiro**. In: O olho da história, n. 14. 2010.

Jean-Marie Gagnebin²⁰ retoma o pensamento de Todorov para citar dois dos perigos da memória. Primeiro uma fixação doentia ao passado, que Nietzsche já havia diagnosticado como um sintoma do ressentimento; depois a identificação, por vezes patológica, de indivíduos aos papéis de vítima ou algoz, como se a busca de si tivesse que ser a repetição destes.²¹ Por isso a importância, para Gagnebin, da ampliação do conceito de testemunha; de modo que aqueles que não são herdeiros de um massacre possam retomar a história e transmiti-la em palavras diferentes, para, assim, se livrarem deste círculo de fixação e identificação. A testemunha não seria somente aquele que viu com os próprios olhos, mas também quem ouviu o relato espantoso e insuportável e, no entanto, ficou até o final.²²

Feito o alerta podemos começar a ler a teoria de Matarrese repartindo-a em dois eixos diferentes, ambos com forte influência de Walter Benjamin. (1) O primeiro seria levar a sério a memória para produzir uma teoria da justiça. Esta virada hermenêutica não é simples e significa polemizar com autores do quilate de John Rawls e Jürgen Habermas que produzem teorias baseadas no presente, onde o passado não é levado em consideração.²³

Uma teoria que prioriza a memória tem em consideração as injustiças passadas, dando voz aos oprimidos, aos vencidos, aos injustiçados. Não seria possível, assim, produzir uma teoria da justiça esquecendo as injustiças do passado, que ao não serem sanadas, continuam sendo injustiças presentes. O que vem primeiro não é o padrão de justiça, mas sua violação, reconhecendo-se na experiência da injustiça o ponto de partida para a justiça. Concede-se, portanto, uma centralidade às vítimas de injustiças, como fica claro em Alberto Sucasas e José Antonio Zamora:

Considerar o desafio das vítimas exige reconhecer o significado das contas e reclamações de justiça pendentes com o passado como condição para quebrar a lógica de dominação que segue produzindo vítimas destinadas a cair no poço do esquecimento. (Tradução nossa)²⁴

²⁰ GAGNEBIN, Jeanne-Marie. **Lembrar Escrever Esquecer**. 2006. p. 56.

²¹ Em Matarrese vemos que pouco serviria uma história a partir dos vencidos, se esta for tão particular quanto a dos vencedores. O que importa é transcender vencidos e vencedores. MATE, Reyes. **Meia-noite na história: comentário às teses de Walter Benjamin “Sobre o conceito de história”**. 2011. p. 174.

²² Em *Si esto es un hombre* Primo Levi conta seu pior pesadelo: está novamente em casa e é um prazer imenso, porém ao narrar o que lhe havia acontecido no campo, seus amigos não conseguem prestar atenção, e sua irmã vai embora. Não conseguem ouvir o relato estupeficante. LEVI, Primo. **Si esto es un hombre**. 2002. p. 35.

²³ MATE, Reyes. **Contra lo políticamente correcto: política, memoria, justicia**. 2006. p. 127; e MATE, Reyes. **La herencia del olvido. Ensayos em torno de la razón compasiva**. 2008. p. 169-170.

²⁴ “*Tener en cuenta la provocación de las víctimas exige reconocer el significado de las cuentas pendientes con el pasado y las reclamaciones de justicia pendiente como condición para quebrar la*

Logo, questionar os direitos negados no passado e afirmar a vigência do dano suportado pela vítima, significa também denunciar os vínculos existentes entre as injustiças passadas e as presentes. Sem memória, as injustiças deixariam de ser injustiças e deixariam de existir; porque alguém dirá que o sofrimento dos inocentes é o preço a ser pago para que os outros vivam melhor, e porque sem memória que as atualize serão somente negatividade.²⁵ Por isso Coimbra afirma que a não publicização, o esquecimento e o silenciamento produzem uma dupla violação. Além da violação sofrida anteriormente, se nenhuma atitude for tomada por parte do atingido e/ou das autoridades governamentais (no caso da ditadura brasileira), a violência continuará no dia a dia. Assim, o desrespeito do esquecimento, do silenciamento, da não investigação, do não esclarecimento dos fatos e da não publicização significam novas violações.²⁶

Primo Levi conta que certa vez uma jovem leitora lhe perguntou “o que podemos fazer?”, e ele respondeu que “os juízes são vocês.”.²⁷ Mate questiona sobre que resposta podemos esperar de um leitor. Para ele apenas uma: “a de manter viva, nas gerações seguintes, quando tiverem desaparecido as testemunhas, a vigência da injustiça passada”. A justiça não teria nada a ver com castigar o culpado (como quer o Direito), mas com a resposta à injustiça.²⁸

A memória, portanto, consiste em fazer visível o invisível, o ponto de vista do oprimido; e fazer justiça. A memória é justiça, ambas as categorias são indissociáveis, pois sem memória da injustiça não há justiça possível.²⁹ Isto nos leva a uma visão diferente da memória, relacionada a uma atividade hermenêutica, que não tem nada a ver, por exemplo, com ter decorado os nomes de todos os presidentes brasileiros. Mesmo porque não é possível contar a história exatamente como foi, e nessa pretensão se esconde o narcótico mais terrível do século XIX.³⁰ Sendo assim, retomando

lógica de dominación que sigue produciendo victimas destinadas a caer en el pozo del olvido.” SUCASAS, Alberto & ZAMORA, José A (Ed.). **Memoria – Política- Justicia em diálogo com Reyes Mate**. 2010. p. 11.

²⁵ MATE, Reyes. **¿Existe uma responsabilidade histórica?**. Claves de la razón practica 168. 2006. p. 36.

²⁶ COIMBRA, Cecília. **Reparação e memória**. Cadernos AEL, v.13, n.24/25, 2008. p. 26.

²⁷ LEVI, Primo. **Si esto es un hombre**. 2002. p. 106.

²⁸ MATE, Reyes. **La herencia del olvido. Ensaos em torno de la razón compassiva**. 2008. p. 169; e MATE, Reyes. **Meia-noite na história: comentário às teses de Walter Benjamin “Sobre o conceito de história”**. 2011. p. 165 (nota de rodapé).

²⁹ MATE, Reyes. **La herencia del olvido. Ensaos em torno de la razón compassiva**. 2008. p. 168.

³⁰ MATE, Reyes. **La herencia del olvido. Ensaos em torno de la razón compassiva**. 2008. p. 164.

Gagnebin, escrever a história dos vencidos exigirá a aquisição de conhecimentos que não constam nos livros da história oficial.³¹

Na tese seis³², Benjamin nos lembra que articular o passado historicamente não significa conhecê-lo exatamente como ele foi, mas apoderar-se de uma lembrança tal como ela lampeja num instante de perigo.³³ Seria necessário olhar para o passado como um texto que nunca foi escrito e fazer visível o invisível. Como? Mate cita o exemplo de Allende no Chile³⁴, mas podemos falar de João Goulart (Jango) no Brasil. Ambos estão presentes através das suas ausências. A ditadura não foi a única realidade depois do golpe a Jango. Ela foi a realidade fática, mas para compreender totalmente a realidade daquele tempo, inclusive para entender o vencedor, devemos levar em consideração o projeto que foi abortado abruptamente, percebendo a ausência dos que foram vencidos.³⁵

Provavelmente esta é uma das razões que levam Levi a dar tamanha importância ao testemunho, muito mais do que a qualquer julgamento; aliás, Levi nunca precisou de um julgamento para manter viva a memória do que experimentou. Em *Os afogados e os sobreviventes*³⁶ ele conta que os SS se divertiam avisando cinicamente que não importava o desfecho daquela guerra, pois a guerra contra os detentos já estava ganha: ninguém sobraria para dar testemunho, as provas seriam destruídas e, ainda que alguma coisa restasse, as pessoas não dariam crédito. Com isso, o recordar, para Levi, significa ganhar uma batalha.

O sentido político deste ato de recordar pode ser resumido na famosa frase de Theodor Adorno: orientar o pensamento e a ação para que Auschwitz não volte a se repetir, que nada semelhante volte a ocorrer; ou, resumido por Mate: recordar para que a barbárie não se repita.³⁷

³¹ GAGNEBIN, Jeanne-Marie. **Cacos da História**. São Paulo: Brasiliense, 1982. Pg 26

³² Tese seis “Sobre o conceito de história”. BENJAMIN, Walter. **Magia e Técnica, Arte e Política**. Obras Escolhidas I. 1984. p. 224-225.

³³ Gagnebin vê nessa afirmação uma recusa clara ao ideal de ciência histórica que Benjamin, pejorativamente, qualifica como historicista e burguesa. Uma ciência que pretende fornecer uma descrição mais exata e exaustiva possível do passado. Tal recusa se fundamenta em razões epistemológicas e ético-políticas. GAGNEBIN, Jeanne-Marie. **Lembrar Escrever Esquecer**. 2006. p. 40.

³⁴ MATE, Reyes. **Meia-noite na história: comentário às teses de Walter Benjamin “Sobre o conceito de história”**. 2011. p.160 e MATE, Reyes. **La herencia del olvido. Ensaio em torno de la razón compassiva**. 2008. p. 164- 165.

³⁵ O que seria do Partido Comunista Brasileiro hoje, não fosse a perseguição sofrida durante todo o período da ditadura?

³⁶ LEVI, Primo. **Os afogados e os sobreviventes: os delitos, os castigos, as penas, as impunidades**. São Paulo: Paz e Terra, 2004.

³⁷ MATE, Reyes. **La herencia del olvido. Ensaio em torno de la razón compassiva**. 2008. p. 111-112.

(2) O outro ângulo pelo qual precisamos olhar a memória em Mate é sua busca por introduzi-la na teoria do conhecimento. Novamente Mate parte de Benjamin, sobretudo das teses sobre o conceito de história.³⁸ Uma das chaves de leitura sugeridas pelo pensador espanhol para as teses é uma *ordem epistêmica* presente no texto, que formularia uma nova teoria do conhecimento³⁹. Apartando essa *ordem* Mate resolve o caráter aparentemente fragmentário das teses. Se as teses, como um todo, desvelam uma lógica histórica que continua em atividade⁴⁰, também revelam o desejo benjaminiano de assaltar a teoria injetando nela a luta de classes.

Com isso, vemos que a primeira característica do sujeito do conhecimento é a experiência do sofrimento. O sujeito para Benjamin é aquele que fitou o anjo da história⁴¹, e se viu na catástrofe chamada progresso. Mas se a catástrofe permanece, em tempos de exceção como regra⁴², o sujeito reaparece, na luta. A luta é a segunda característica do sujeito do conhecimento benjaminiano. É ele “o que sofre, o oprimido, o que está em perigo, mas que luta, protesta, se indigna”⁴³, e exatamente por isso conhece o que os outros não poderão conhecer.⁴⁴ Aqui Benjamin polemiza com Kautsky e Lenin que olham para o conhecimento como algo externo à classe, apenas introduzido nela a partir de fora, pelos intelectuais e teóricos.⁴⁵

Assim sendo, a teoria do conhecimento deve pôr a testemunha em posição central, afastando a ideia de que o testemunho possui menor valor para a ciência por ser subjetivo. Ora, sem o testemunho não é possível ter acesso ao que foi perdido, principalmente quando estamos diante de projetos de esquecimento, como o nazismo, o franquismo, ou a ditadura brasileira, onde a insignificância dos mortos é obra do mesmo

³⁸ MATE, Reyes. **La herencia del olvido. Ensaio em torno de la razón compassiva**. 2008. p. 162.

³⁹ MATE, Reyes. **Meia-noite na história: comentário às teses de Walter Benjamin “Sobre o conceito de história”**. 2011. p. 20.

⁴⁰ MATE, Reyes. **Meia-noite na história: comentário às teses de Walter Benjamin “Sobre o conceito de história”**. 2011. p.10.

⁴¹ Tese nove “Sobre o conceito de história”. BENJAMIN, Walter. **Magia e Técnica, Arte e Política**. Obras Escolhidas I. 1984. p. 226.

⁴² Tese oito “Sobre o conceito de história”. BENJAMIN, Walter. **Magia e Técnica, Arte e Política**. Obras Escolhidas I. 1984. p. 226.

⁴³ MATE, Reyes. **Meia-noite na história: comentário às teses de Walter Benjamin “Sobre o conceito de história”**. 2011. p. 22.

⁴⁴ Tese doze “Sobre o conceito de história”. BENJAMIN, Walter. **Magia e Técnica, Arte e Política**. Obras Escolhidas I. 1984. p. 226.

⁴⁵ Para mais sobre a polêmica com Lenin e Kautsky, ver LOWY, Michael. **Walter Benjamin: aviso de incêndio: uma leitura das teses “Sobre o conceito de história”**. 2005. p.109; e MATE, Reyes. **Meia-noite na história: comentário às teses de Walter Benjamin “Sobre o conceito de história”**. 2011. p. 264-265.

autor: aquele que mata física e hermeneuticamente.⁴⁶ Exatamente por isto Levi vai afirmar que o material mais consistente de reconstrução dos campos é a memória dos sobreviventes.⁴⁷ Relegar o testemunho⁴⁸ a um segundo plano é colocar a faca e o queijo nas mãos dos negacionistas do holocausto, como muito bem assinalou Gagnebin.⁴⁹

É importante deixar claro, todavia, que o conhecimento não deve estar voltado ao passado; posto que precisamos de uma teoria que nos diga algo a mais do que já sabemos sobre o presente. Devido a isso, de acordo com Michael Lowy, podemos olhar para o ato de “escovar a história a contrapelo” estampado na tese sete de duas formas diferentes. Existe um sentido histórico, de se direcionar contra a corrente da história oficial interrompendo-a; e um sentido político (atual), onde a redenção/revolução não acontecerá graças ao curso natural das coisas, e permanecendo o sentido do pelo produziremos mais guerras e barbárie.⁵⁰ Para que isto ocorra será necessário romper com a contundência do fático. Também nesse sentido Mate aborda a famosa frase de Max Horkheimer, “a ciência é estatística, basta ao conhecimento um campo”. A frase significaria que, para essa teoria do conhecimento, apenas um fato, por exemplo, a prisão de Guantánamo, bastaria para assaltar a fortaleza do fático de modo a descobrir o segredo de uma concepção de verdade que leve em conta tudo o que se frustra naquele lugar.⁵¹

1.2 Realizar os vencidos

Desse modo, pensar a memória deve ter como objetivo introduzir na teoria da justiça e na teoria do conhecimento o ponto de vista dos esquecidos, reordenando-as drasticamente e, indicando no terreno de hoje o espaço no qual o velho está conservado, para se afastar da ilusão historicista daqueles que fazem apenas o “inventário dos

⁴⁶ MATE, Reyes. **Meia-noite na história: comentário às teses de Walter Benjamin “Sobre o conceito de história”**. 2011. p. 156.

⁴⁷ LEVI, Primo. **Os afogados e os sobreviventes: os delitos, os castigos, as penas, as impunidades**. 2004. p. 13.

⁴⁸ Para uma boa crítica ao testemunho, ver BLOC, Mark. **Apologia da história**. 2001. p 89: “Que a palavra das testemunhas não deve ser obrigatoriamente digna de crédito, os mais ingênuos dos policiais sabem bem”.

⁴⁹ GAGNEBIN, Jeanne-Marie. **Lembrar Escrever Esquecer**. 2006. p. 42

⁵⁰ LOWY, Michael. **Walter Benjamin: aviso de incêndio: uma leitura das teses “Sobre o conceito de história”**. 2005. p. 74.

⁵¹ MATE, Reyes. **Meia-noite na história: comentário às teses de Walter Benjamin “Sobre o conceito de história”**. 2011. p. 25.

achados”⁵². Entretanto, o pensador da memória deve ir além. Não basta salvar, reparar ou lembrar o oprimido. É preciso continuar sua luta e realizar seus sonhos⁵³. Assim ensina Benjamin na segunda tese sobre o conceito de história:

(...) O passado traz consigo um índice misterioso, que o impele à redenção. Pois não somos tocados por um sopro do ar que respiramos antes? Não existem, nas vozes que escutamos, ecos das vozes que emudeceram? Não têm as mulheres que cortejamos irmãs que elas não chegaram a conhecer? Se assim é, existe um encontro secreto, marcado entre as gerações precedentes e a nossa. Alguém na terra está a nossa espera. Nesse caso, como a cada geração, foi-nos concedida uma frágil força messiânica para a qual o passado dirige um apelo. Esse apelo não pode ser rejeitado impunemente.”⁵⁴

É importante entender o sentido da *força messiânica* assinalada na tese dois. Em Mate, vemos que para Benjamin a relação entre *ordem profana* e *ordem messiânica* é central para a política; sendo que, enquanto a *ordem profana* se direciona à felicidade, a *ordem messiânica* se direciona à redenção. São, portanto, objetivos opostos. Ainda assim há um ponto em que os planos se cruzam e quase se tocam, e tal proximidade os potencia mutuamente. Esse ponto é a busca da felicidade. A diferença é que a *ordem messiânica* estende o direito à felicidade também aos mortos, às vítimas da história. Há uma relação entre a busca da felicidade pelos vivos com o sofrimento e frustração que acompanhou os mortos, pois enquanto os vivos buscam com esperança a felicidade, os mortos a têm frustrada, sendo que esperança e frustração se referem ao mesmo desejo de felicidade.⁵⁵ Porém, enquanto a política busca a felicidade a partir do progresso, a *ordem messiânica* o faz partindo do significado do sofrimento e da frustração. Ou seja, para a política, a felicidade é a meta do progresso e para o messianismo é o direito das vítimas do progresso.⁵⁶ A importância desse cruzamento é que uma política fecundada pela natureza messiânica tem em conta o destino das vítimas e leva a sério seu sofrimento, não podendo, assim, sacrificar gerações presentes para que as futuras sejam felizes.⁵⁷

Cada caso de sofrimento e frustração deve ser compreendido em absoluto e reclama o direito à felicidade. Esse pensamento se opõe a outro que vê a desgraça como

⁵² BENJAMIN, Walter. **Rua de mão única**. 1987. p. 239.

⁵³ LOWY, Michael. **Walter Benjamin: aviso de incêndio: uma leitura das teses “Sobre o conceito de história”**. 2005. p.53.

⁵⁴ Tese dois “Sobre o conceito de história”. BENJAMIN, Walter. **Magia e Técnica, Arte e Política**. Obras Escolhidas I. 1984. p. 223.

⁵⁵ MATE, Reyes. **La herencia del olvido. Ensaio em torno de la razón compassiva**. 2008. p. 198.

⁵⁶ MATE, Reyes. **La herencia del olvido. Ensaio em torno de la razón compassiva**. 2008. p. 199.

⁵⁷ MATE, Reyes. **La herencia del olvido. Ensaio em torno de la razón compassiva**. 2008. p. 199-200.

algo natural. Contra essa *naturalização*, Benjamin fala de uma natureza messiânica, ou seja, a ordem profana fecundada com o sentido do sofrimento das vítimas. A vida é o lugar do conflito, da miséria e do fracasso, mas esse sofrimento não é o preço de nenhuma felicidade, mas uma exigência de justiça. A chave para compreender essa *existência justa* seria levar a sério a significação teórica do sofrimento, buscando no mundo, em seus conflitos e aporias, o sentido da existência. Isso nos aproximaria de Auschwitz.⁵⁸

Mate cita a primeira tese.⁵⁹ Nesta, Benjamin relaciona teologia e materialismo histórico, ou, para Mate, messianismo e tradição dos oprimidos.⁶⁰ O que se toma disso é, do ponto de vista filosófico, uma concepção de verdade como memória, ou seja, partindo da experiência do sofrimento e, no que diz respeito à política, uma política como redenção.⁶¹ O primeiro elemento dessa política como redenção é a vigência dos direitos, e, portanto, das esperanças insatisfeitas das vítimas. Independente do tempo transcorrido é preciso reconhecer as injustiças passadas.⁶² O segundo componente é a responsabilidade das gerações posteriores sobre as anteriores, que se funda na relação histórica comum, da qual todos somos herdeiros. É disso que trata a tese dois, citada acima. Alguns herdam fortunas e outros infortúnios. Entre ambas as heranças existe uma relação histórica, que origina a responsabilidade.⁶³ O terceiro elemento é a Interrupção. O Messias vem para interromper a história. O desenvolvimento não chega ao final.⁶⁴ A salvação consiste em interromper a lógica fatal da história, que vem produzindo tragédias e injustiças. É necessário, pois, acelerar o final para que outro mundo seja possível.

Logo, o apelo da geração passada não pode ser rejeitado porque o presente sobre o qual estamos assentados foi construído às custas dos que morreram à margem da história (índios, negros, judeus, comunistas). Recusar o apelo do passado significaria

⁵⁸ MATE, Reyes. **La herencia del olvido. Ensaos em torno de la razón compassiva**. 2008. p. 200.

⁵⁹ “Conhecemos a história de um autômato construído de tal modo que podia responder a cada lance de um jogador de xadrez com um contralance, que lhe assegurava a vitória. Um fantoche vestido à turca, com um narguilé na boca, sentava-se diante do tabuleiro, colocado numa grande mesa. Um sistema de espelhos criava a ilusão de que a mesa era totalmente visível, em todos os seus pormenores. Na realidade, um anão corcunda se escondia nela, um mestre no xadrez, que dirigia com cordéis a mão do fantoche. Podemos imaginar uma contrapartida filosófica desse mecanismo. O fantoche chamado ‘materialismo histórico’ ganhará sempre. Ele pode enfrentar qualquer desafio, desde que tome a seu serviço a teologia. Hoje, ela é reconhecidamente pequena e feia e não ousa mostrar-se.” Tese um. “Sobre o conceito de história”. BENJAMIN, Walter. **Magia e Técnica, Arte e Política**. Obras Escolhidas I. 1984. p. 222.

⁶⁰ MATE, Reyes. **La herencia del olvido. Ensaos em torno de la razón compassiva**. 2008. p. 202.

⁶¹ MATE, Reyes. **La herencia del olvido. Ensaos em torno de la razón compassiva**. 2008. p. 203.

⁶² MATE, Reyes. **La herencia del olvido. Ensaos em torno de la razón compassiva**. 2008. p. 204.

⁶³ MATE, Reyes. **La herencia del olvido. Ensaos em torno de la razón compassiva**. 2008. p. 206.

⁶⁴ MATE, Reyes. **La herencia del olvido. Ensaos em torno de la razón compassiva**. 2008. p. 206.

garantir as bases que nos mantêm na lógica de injustiça e dominação. Existe, portanto, um *continuum* entre os vencedores de um lado, e os vencidos de outro, pois aqueles que uma vez dominam são herdeiros de todos os que dominaram até aquele momento⁶⁵. Devido a isso não há um único documento de cultura que não seja também um documento de barbárie.

O materialista histórico deve então se afastar dessa transmissão e possuir empatia com o vencido. Ou nas palavras de Mate: “há uma continuidade entre os que lutaram no passado pela democracia e a democracia atual⁶⁶.” Sem a memória dessas mortes jamais compreenderemos nossa realidade. E mais, há um passado frustrado que ainda existe como potência, e pode vir a ser presente se redimido do seu fracasso. Será necessário encontrar um passado sem conexão com o presente, para produzir uma realidade que não seja fruto das mesmas tradições. Do contrário, o inimigo continuará vencendo e “nem os mortos estarão a salvo”.⁶⁷

1.3 Memória e conhecimento: breve parêntese sobre Boaventura de Sousa Santos

Uma teoria do conhecimento que leve em conta a memória dos oprimidos deve pôr em xeque dois fundamentos do modelo tradicional de ciência. Primeiro, a experiência somente relacionada ao experimento, algo com o qual a ciência sempre trabalhou e que por isso, segundo Benjamin, nos empobrecemos.⁶⁸ Segundo, o antagonismo da ciência ao chamado senso comum, que exclui por concepção a ótica dos vencidos, uma vez que promove o cientista ao posto mais elevado da produção de conhecimento. Essa crítica ao senso comum é extremamente complexa e foi mais bem desenvolvida com Gastón Bachelard; e por isso a intervenção de Boaventura de Souza Santos é crucial, uma vez que este, como veremos, se utiliza do próprio paradigma bachelardiano para fazer sua crítica e sugerir um *novo senso comum*. Resumindo, não é o caso de afastar a ciência, nem de menosprezar saberes que se colocam ao lado. O que

⁶⁵ Tese sete “Sobre o conceito de história”. BENJAMIN, Walter. **Magia e Técnica, Arte e Política**. Obras Escolhidas I. 1984. p. 225.

⁶⁶ MATE, Reyes. **Meia-noite na história: comentário às teses de Walter Benjamin “Sobre o conceito de história”**. 2011. p. 102.

⁶⁷ Tese seis “Sobre o conceito de história”. BENJAMIN, Walter. **Magia e Técnica, Arte e Política**. Obras Escolhidas I. 1984. p. 224-225.

⁶⁸ MATE, Reyes. **Meia-noite na história: comentário às teses de Walter Benjamin “Sobre o conceito de história”**. 2011. p. 331.

Santos quer é primeiramente produzir uma teoria crítica que não reduza a “realidade” àquilo que existe, mas entendê-la como um campo de possibilidades⁶⁹; e, segundo, “superar o dualismo burguês entre o cientista individual produtor autônomo de conhecimento e a totalidade da atividade social que o rodeia”.⁷⁰

A teoria de Santos busca superar o que ele chama de conhecimento-regulação, cujo ponto de ignorância se designa por caos e cujo ponto de saber se designa por ordem, para atingir o conhecimento-emancipação onde o ponto de ignorância é o colonialismo, entendido como uma concepção que trata o outro como objeto, e o ponto de saber se chama solidariedade (uma forma de conhecimento que se obtém por via do reconhecimento do outro, logo o outro só pode ser conhecido enquanto produtor de conhecimento). O conhecimento-regulação dominou a ciência moderna e se institucionalizou como conhecimento hegemônico.⁷¹ Uma das armas para sua superação é a crítica do senso comum, particularmente interessante aqui.

1.3.1 A ciência contra o senso comum

O pensador português propõe uma nova ruptura epistemológica, considerando uma primeira, ocorrida substancialmente pela contribuição teórica de Bachelard, sobretudo por sua visão de que a ciência é absolutamente contrária à opinião. Com isso ele quer dizer que em ciência nada é dado, tudo é construído. O conhecimento vulgar, a sociologia espontânea, a experiência imediata e, enfim, o senso comum, são opiniões e formas de conhecimento falsas. É preciso romper com essas categorias para construir um conhecimento científico, racional e válido. Portanto, a ciência se projeta contra o senso comum.⁷²

Santos compreende o conhecimento científico como uma prática de saber entre outras. E partindo destas informações retoma Bachelard para promover sua desconstrução hermenêutica da epistemologia. Suas razões são: (1) que a reconstrução lógica do processo científico feita por Bachelard foi a que maior influência exerceu nos últimos anos e (2) que a epistemologia bachelardiana representa o máximo de

⁶⁹ SANTOS, Boaventura de Sousa. **Para um novo senso comum: a ciência, o direito e a política na transição paradigmática**. 2000.p. 23.

⁷⁰ SANTOS, Boaventura de Sousa. **Para um novo senso comum: a ciência, o direito e a política na transição paradigmática**. 2000.p. 25.

⁷¹ SANTOS, Boaventura de Sousa. **Para um novo senso comum: a ciência, o direito e a política na transição paradigmática**. 2000.p. 29.

⁷² SANTOS, Boaventura de Sousa. **Introdução a uma ciência pós-moderna**. 1989. p. 33.

consciência possível de uma concepção de ciência implicada na defesa da autonomia e do acesso privilegiado ao conhecimento científico, sem que para isso recorra a outros fundamentos diferentes daqueles resultados da prática científica. Por ser a concepção mais avançada, esta é também a que de maneira mais clara manifesta os limites da lógica dos pressupostos em que assenta, e assim, a que mais opções cria a sua superação⁷³.

1.3.2 O novo senso comum de Boaventura de Sousa Santos

A ciência considera o senso comum como um pensamento conservador e fixista, sendo um conhecimento evidente que pensa o que existe tal como existe, e tenta reconciliar a consciência comum consigo próprio a qualquer custo. Daí a necessidade de se romper com o senso comum⁷⁴. A ruptura, nas ciências sociais, responde a dois princípios básicos: o princípio da não consciência e o princípio do primado das relações sociais. O primeiro reconhece que as ações sociais não podem ser investigadas a partir das intenções ou motivações dos agentes que as realiza, mas transborda delas e reside no sistema global de relações sociais em que tais ações têm lugar. O segundo indica que os fatos sociais se explicam por outros fatos sociais e não por fatos individuais ou naturais⁷⁵.

O abandono do senso comum é tarefa difícil. Em regra, o conhecimento surge contra um conhecimento anterior e, muitas vezes, o cientista aceita o conforto das ideias vulgares. O respeito aos princípios formulados acima se torna atribuição delicada e os problemas aparecem na relação entre o cientista e sua própria prática.

Para Santos, a ruptura epistemológica de Bachelard interpreta bem o modelo de racionalidade da ciência moderna, mas de outro lado somente é compreensível dentro dele. Ou seja, a ruptura epistemológica bachelardiana só se compreende dentro do paradigma que se constitui contra o senso comum e as orientações para a vida prática, promovendo uma transformação da relação entre sujeito e objeto⁷⁶. Uma relação realizada com distância, estranhamento e subordinação do objeto ao sujeito. A validade do conhecimento científico reside na objetividade que decorre a separação entre teoria e prática. Por fim, um paradigma que avança na especialização e profissionalização do

⁷³ SANTOS, Boaventura de Sousa. **Introdução a uma ciência pós-moderna**. 1989. p. 32.

⁷⁴ SANTOS, Boaventura de Sousa. **Introdução a uma ciência pós-moderna**. 1989. p. 34.

⁷⁵ SANTOS, Boaventura de Sousa. **Introdução a uma ciência pós-moderna**. 1989. p. 34.

⁷⁶ SANTOS, Boaventura de Sousa. **Introdução a uma ciência pós-moderna**. 1989. p. 37.

conhecimento, gerando uma nova simbiose entre saber e poder, que afasta os “leigos”, expropriados de competência cognitiva⁷⁷.

Em Santos, vemos que o processo histórico da crise final do paradigma da ciência moderna se iniciou dentro da epistemologia que melhor dá conta do paradigma, a epistemologia bachelardiana. A dupla condição de existência da crise começa a estar presente: (1) a acumulação de crises no interior do paradigma quando as soluções não dão conta e (2) a existência de condições teóricas e sociais que permitam recuperar o pensamento que não se deixou pensar pelo paradigma e que foi sobrevivendo em discursos vulgares, marginais e subculturais⁷⁸.

Não se trata de abandonar toda a construção desta epistemologia, mas conceber o reencontro da ciência com o senso comum. O senso comum enquanto conceito filosófico surge no século XVIII, representando um combate ideológico da burguesia emergente contra o irracionalismo do Antigo Regime e ligado ao projeto político de ascensão ao poder. Uma vez ganho o poder, não surpreendentemente, o conceito filosófico de senso comum foi desvalorizado para um conhecimento superficial e ilusório. É contra esse senso comum que as ciências sociais nascem no século XIX⁷⁹.

A despeito disso, Santos busca a retomada do senso comum, considerando-o como “o menor denominador comum daquilo em que um grupo ou um povo coletivamente acredita”⁸⁰, tendo assim uma vocação solidarista e classista. Apesar da constatação de que em uma sociedade de classes tal vocação ganha natureza conservadora e preconceituosa, reconciliando a consciência com a injustiça, naturalizando a injustiça e mistificando o desejo de transformação; por outro lado, não há como opor o senso comum à ciência como quem opõe trevas à luz.

Por que o senso comum considerado em certo sentido como vivência das classes subordinadas contém características de resistência, que, dadas as condições podem desenvolver-se e transformar-se em armas de luta. Isso é indicado por estudos sobre as subculturas⁸¹. De igual forma, não é correto formular uma concepção fixista do senso comum, pois tal formulação varia de acordo com as relações sociais desenvolvidas em cada sociedade. Em outros termos, uma sociedade democrática, voltada para a emancipação e para a solidariedade, produzirá um senso comum diferente do de uma

⁷⁷ SANTOS, Boaventura de Sousa. **Introdução a uma ciência pós-moderna**. 1989. p. 37.

⁷⁸ SANTOS, Boaventura de Sousa. **Introdução a uma ciência pós-moderna**. 1989. p. 38-39.

⁷⁹ SANTOS, Boaventura de Sousa. **Introdução a uma ciência pós-moderna**. 1989. p. 40.

⁸⁰ SANTOS, Boaventura de Sousa. **Introdução a uma ciência pós-moderna**. 1989. p. 40.

⁸¹ SANTOS, Boaventura de Sousa. **Introdução a uma ciência pós-moderna**. 1989. p. 40-41.

sociedade autoritária e desigual. Logo o conhecimento-emancipação tem que romper com o senso comum conservador, “não para criar uma forma autônoma e isolada de conhecimento superior, mas para se transformar a si mesmo num senso comum novo e emancipatório”⁸².

1.3.3 Sobre conhecimento e experiência

O *novo senso comum* possui muitas fontes de saber: o conhecimento produzido pelas comunidades marginais, o produto das culturas sem espaço na ordem normal ou a experiência não contada daqueles que foram vencidos na história. A importância teórica da memória nos dias atuais possui relação direta com a tendência ao resgate da história de períodos de autoritarismo, uma vez que a questão colocada diz respeito à forma como iremos valorar os acontecimentos do passado em nosso tempo.

Mate enfrenta a relação da ciência com os pensadores esquecidos inicialmente trazendo à baila o pensamento dos judeus esquecidos da Modernidade, mas sua filosofia vai além. Para ele, enquanto os filósofos de ofício desfrutavam seus êxitos de laboratório, outros analistas da realidade acionavam o sinal de alarme. Não era a filosofia um desafio do logos ao mito? Pois enquanto os filósofos celebram o triunfo do logos, o mito se apodera da rua⁸³. Resgatar do esquecimento o ponto de vista das vítimas da modernidade, significa rastrear a experiência dos que se sentiram excluídos, mas não renunciaram ao pensamento⁸⁴. O esquecimento não pode ser confundido com renúncia, já que o pensamento existe, mas simplesmente não cabe em uma razão que não suporta a diferença.

O chamado *novo pensamento*⁸⁵, com o qual Mate dialoga, tem como proposta a construção de um projeto de universalidade a partir da diferença, ou seja, tendo em conta a marginalidade. Afinal, como nos mostrou Santos, universalismos abstratos quase sempre ocultam preconceitos racistas e eurocêntricos.⁸⁶ A experiência, diz Mate, não é um recurso retórico, mas um ponto *arquimédico* de um novo pensar⁸⁷.

⁸² SANTOS, Boaventura de Sousa. **Para um novo senso comum: a ciência, o direito e a política na transição paradigmática**. 2000.p. 107.

⁸³ MATE, Reyes. **Memoria de occidente. Actualidad de pensadores judíos olvidados**. 1997, p. 11.

⁸⁴ MATE, Reyes. **Memoria de occidente. Actualidad de pensadores judíos olvidados**. 1997, p. 14.

⁸⁵ Ver ROSENZWEIG, Franz. **El nuevo pensamiento**. Madrid: Visor, 1989.

⁸⁶ SANTOS, Boaventura de Sousa. **Para um novo senso comum: a ciência, o direito e a política na transição paradigmática**. 2000.p. 37.

⁸⁷ MATE, Reyes. **Memoria de occidente. Actualidad de pensadores judíos olvidados**. 1997, p. 178.

Franz Rosenzweig, vastamente citado por Mate, remete a ciência e seus princípios para as coordenadas da experiência. A ciência não se opõe à experiência. Mais do que a objetividade do conhecimento, importa o valor da situação para as pessoas. A experiência não sabe de objetos, senão de recordações e vivências. Isso significa que o homem faz seu primeiro contato com a realidade na ordem do valor, e não do conhecimento, e é exatamente essa qualidade que possibilita o conhecimento⁸⁸.

O sujeito desta experiência não é o *eu*, mas se situa na intercessão da pluralidade do real, a novidade da experiência. A verdade do conhecimento não se expressa pelo objeto, ela está em função do outro e se mede em dois sentidos: a verdade é verdade para alguém, e verdade é aquilo que pode ser confirmado como verdadeiro por alguém⁸⁹. Assim, Rosenzweig põe o testemunho em primeiro plano, uma vez que a verdade se mede a partir deste, e pelos vínculos criados entre os homens. Ora, o conhecimento é interessado e nesse momento da história perdeu toda inocência⁹⁰.

Como se percebe, esse modelo de conhecimento transcende a relação sujeito-objeto. Sua diferença se encerra na necessidade do outro e em levar em conta o tempo. Resgatar a memória pode ter o sentido de reviver algo que aconteceu, mas que não consideramos. A hipótese levantada aqui é que a experiência histórica pode ser considerada como um dos saberes do *novo senso comum*.⁹¹ O senso comum que não se encerra em experimentos científicos. Para Mate, o problema que temos desde o Iluminismo consiste em tradicionalmente reduzirmos experiência a experimento, ou seja, à experiência empírica⁹².

Isso se deve à adoção do modelo de conhecimento científico. A experiência transborda o campo empírico. O pensamento se baseia na experiência e nesse caso, Mate faz referência novamente a Benjamin, para quem, como já afirmado, a memória passa a ser uma teoria do conhecimento. Ou seja, a memória sai da ordem do sentimento e se converte em um modo específico de conhecimento⁹³. Pensar a experiência, trazida à tona pelo exercício da memória, é tomar em conta um conhecimento que se constrói

⁸⁸ MATE, Reyes. **Memoria de occidente. Actualidad de pensadores judíos olvidados**. 1997, p. 182.

⁸⁹ MATE, Reyes. **Memoria de occidente. Actualidad de pensadores judíos olvidados**. p. 185.

⁹⁰ MATE, Reyes. **Memoria de occidente. Actualidad de pensadores judíos olvidados**. p. 185.

⁹¹ Essa pista é seguida muito bem por Marcelo D. Torelly, que estuda a memória coletiva como fonte do *senso comum democrático*. Ver TORELLY, Marcelo D. **Justiça de Transição e Estado Constitucional de Direito: perspectiva teórico-comparativa e análise do caso brasileiro**. 2012. p. 271.

⁹² MATE, Reyes. **Contra lo políticamente correcto: política, memoria, justicia**. 2006, p. 129. e MATE, Reyes. **Meia-noite na história: comentário às teses de Walter Benjamin “Sobre o conceito de história”**. 2011. p. 331.

⁹³ MATE, Reyes. **La herencia del olvido. Ensaio em torno de la razón compassiva**. 2008, p. 162.

contra o modelo epistemológico da ciência moderna. Um conhecimento construído à margem, mas que deve ser colocado em seu lugar histórico.

O senso comum é prático e pragmático; reproduz-se colado às trajetórias e às experiências de vida de um dado grupo social e nessa correspondência se afirma de confiança e dá segurança. (...) desconfia da opacidade dos objetos tecnológicos e do esoterismo do conhecimento em nome do princípio da igualdade do acesso ao discurso, à competência cognitiva e à competência linguística⁹⁴.

A utilização de Santos é claramente tendenciosa, pois o *novo senso comum* projetado é um pensamento que está à margem, assim como os esquecidos da história. Por isso, olhar a experiência além do empirismo e como um saber importante pode ressignificar o modelo da ciência e se incluir como contributo para um projeto de emancipação cultural e social⁹⁵.

⁹⁴ SANTOS, Boaventura de Sousa. **Introdução a uma ciência pós-moderna**. 1989. p. 44.

⁹⁵ Essa é uma das tarefas do senso comum para Santos. Ver SANTOS, Boaventura de Sousa. **Introdução a uma ciência pós-moderna**. 1989. p. 44.

2 PENSAR O DIREITO PÓS-AUSCHWITZ: POR UMA ÉTICA DA RESPONSABILIDADE POLÍTICA

Fiat justitia, pereat mundus

(faça-se justiça, mesmo que o mundo pereça)

Provérbio latino.

2.1 O paradigma Nuremberg

Primeiramente é importante definir o sentido aqui empregado do termo *Auschwitz*, que vai além do lugar onde se fixou o campo de concentração mais conhecido do regime nazista; tendo hoje, para muitos, o significado genérico do extermínio em massa (sobretudo de judeus) que teve no campo seu lugar. Assim é na Alemanha, mas na França tem-se o costume de utilizar *Shoah*, e em outros lugares *holocausto*⁹⁶. No Brasil todos estes termos são utilizados com maior ou menor frequência.

Porém, para este trabalho o mais importante é definir que estamos tratando das reflexões sobre as funções desempenhadas pelo Direito após o nazismo, mais especificamente no que diz respeito às responsabilizações pessoais dos seus agentes pelas atrocidades cometidas através dos julgamentos do pós-guerra⁹⁷. Pensar o direito pós-Auschwitz teria esse significado. A pergunta sobre a importância de se estudar o assunto tem muitas respostas, mas vamos nos limitar a três: primeiro Auschwitz é o evento mais radical da modernidade e as respostas jurídicas para esse evento devem ser importantes para qualquer pensador do direito, como tem sido, vide a grande literatura sobre o assunto. Depois porque Auschwitz, como diz Mate⁹⁸, é um catalizador de um modo de fazer política e uma possibilidade da política que fazemos, e ainda, como concordam Antonio Negri e Giorgio Agamben, o campo é o paradigma da

⁹⁶ AGAMBEN, Giorgio. **O que resta de Auschwitz**. 2008. p. 37.

⁹⁷ Que se inicia com o julgamento dos grandes criminosos de guerra em Nuremberg, mas continua depois com muitos outros julgamentos.

⁹⁸ MATE, Reyes. **Contra lo politicamente correcto: política, memoria, justicia**. 2006. p. 13.

modernidade; algo que a política não deveria ser, mas tem sido.⁹⁹ Por fim, não deve ter sido à toa que Hitler certa vez afirmou que sonhava com uma época em que ser jurista na Alemanha seria uma desonra.¹⁰⁰ Desonremo-lo.

As perguntas colocadas aqui possuem o sentido de responder sobre as formas de reação do direito às situações muito problemáticas, como as atrocidades do século passado. Talvez seja a hora de pensar os julgamentos de Nuremberg e seus correlatos como um modelo diferente, saindo da crítica comum aos aspectos materiais do processo, uma vez que não é possível nem oportuno consultar seus autos; mas analisar alguns problemas formais, que são importantes para as discussões do direito hoje, e, sobretudo, tentar entender o que os julgamentos produziram socialmente.

Com o fim do nazismo e os julgamentos que o sucederam se inicia uma nova era dos chamados direitos humanos, a era da sua internacionalização. Grande parte da doutrina do Direito Internacional menciona os julgamentos de Nuremberg como um modelo a ser seguido e lapidado.¹⁰¹ De fato foi isso o que aconteceu, e os tribunais penais internacionais de hoje devem reverências aos julgamentos dos nazistas em Nuremberg.

Antoine Garapon vê desta forma, sugerindo que existem dois tipos de produções: uma vasta literatura apologética que repisa incessantemente a história desde Nuremberg ao Tribunal Penal Internacional (TPI)¹⁰², porém pouco problematizada, e outra essencialmente teórica apontando seus limites ou sua impossibilidade.¹⁰³ Dessa maneira, Nuremberg tem sido o paradigma para os adeptos de uma justiça penal internacional, que teria evoluído até o TPI¹⁰⁴, o que por um lado é natural já que representa o primeiro evento desse tipo; no entanto, por outro lado é extremamente contraditório, considerando que EUA (nação fomentadora de Nuremberg) e Israel (nação vítima do nazismo) se negam a se submeter ao TPI.¹⁰⁵

⁹⁹ HARDT, Michael & NEGRI, Antonio. **Campo**. Rio de Janeiro: Lugar comum – Estudos de mídia, cultura e democracia, n° 7, p. 69-71, 1999; e AGAMBEN, Giorgio. **Onde começa um novo êxodo**. Rio de Janeiro: Lugar comum – Estudos de mídia, cultura e democracia, n° 7, p. 73-77, 1999.

¹⁰⁰ ARENDT, Hannah. **Responsabilidade e julgamento**. 2004. p. 122.

¹⁰¹ Nuremberg também é citado como exemplo para pensadores da justiça de transição brasileira, como Jair Krischke, que em entrevista ressalta suas condenações. Ver IHU ON-LINE. **A lei da anistia e o esquecimento da barbárie da ditadura**. Entrevista com Jair Krischke. 18 de abril de 2011. Disponível em <migre.me/ePSUZ>. Acessado em 12/11/2012.

¹⁰² Estatuto de Roma de 17 de julho de 1998.

¹⁰³ GARAPON, Antoine. **Crimes que não se podem punir nem perdoar**. 2004. p. 16.

¹⁰⁴ AMBOS, Kai *et al.* **Anistia, justiça e impunidade: reflexões sobre a justiça de transição no Brasil**. 2010. p. 185.

¹⁰⁵ Também ironicamente Bush e Thatcher foram os primeiros a reafirmar o paradigma Nuremberg depois da Guerra Fria, para julgar Saddam Hussein em 1990, mas a ideia não prosperou.

A contradição se tornou ainda maior quando foi descoberto que os EUA contrataram ex-nazistas, os salvando dos julgamentos, para serem agentes da CIA, incluindo Klaus Barbie, que antes de ser preso e condenado mais de quarenta anos depois, chegou a trabalhar a serviço dos EUA auxiliando ditaduras latino-americanas. Barbie foi condenado, os EUA não.

Parece claro que, como já afirmou Nilo Batista, tais julgamentos internacionais são influenciados mais por conjunturas econômicas (e acrescentamos, por conjunturas políticas) do que por razões humanitárias¹⁰⁶; muito por conta disso o TPI eleva a nível internacional a seletividade penal antes confinada a níveis locais, julgando em maior parte líderes africanos.¹⁰⁷ Convém lembrar que o primeiro Tribunal Internacional após a segunda guerra (TPI para a ex-Iugoslávia), que se iniciou com o slogan *Nuremberg Agora*, só conseguiu a punição de seu maior réu, Slobodan Milosevic, após uma estranha troca. Se as autoridades iugoslavas o entregassem ao Tribunal, receberiam recursos do Ocidente para reconstruir o país; se o julgassem internamente, nada receberiam. Milosevic rumou para Haia.¹⁰⁸

Por aqui há aqueles que defendem um Tribunal Penal Internacional Sul-Americano, como Gizlene Neder¹⁰⁹, que possui a cautela de quem conhece bem o Direito Penal, mas de alguma forma embarca neste movimento de legitimação da internacionalização do que tem sido uma tragédia em nível nacional.¹¹⁰ Devemos lembrar ainda, que a noção de *crimes contra a humanidade* na qual se baseiam os apologistas da jurisdição penal internacional foi elaborada para afastar uma regra formal do Direito Penal em Nuremberg, de modo a invalidar a obediência hierárquica¹¹¹, e culmina hoje com a máxima abstração que um conceito de crime já viu, somente não tão abstrata quanto a ideia da vítima desse crime.¹¹²

¹⁰⁶ BATISTA, Nilo. **Punidos e mal pagos: violência, justiça, segurança pública e direitos humanos no Brasil de hoje**. 1990. p. 105.

¹⁰⁷ Há até acusações de racismo. CAUSA OPERÁRIA ONLINE. **Tribunal Penal Internacional é acusado de racismo**. 27 de maio de 2013. Disponível em <migre.me/ePT1G>. Acessado em 28/05/2013.

¹⁰⁸ CHRISTIE, Nils. **Uma razoável quantidade de crime**. 2011. p. 143.

¹⁰⁹ Com ótimas intenções. Ver NEDER, Gizlene. **Por um Tribunal Penal Sul-Americano: direitos humanos, história e cultura jurídica**. In: Sulamérica – Comunidade imaginada – emancipação e integração/Gisálio Cerqueira Filho (Org). 2011. p. 137.

¹¹⁰ A jurisdição internacional pode ser muito importante, principalmente se servir para prevenir violações de direitos humanos, como por exemplo, através de medidas cautelares, já utilizadas pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos.

¹¹¹ BATISTA, Nilo. **Punidos e mal pagos: violência, justiça, segurança pública e direitos humanos no Brasil de hoje**. 1990. p. 105.

¹¹² Para Batista, o problema dos chamados crimes contra a humanidade é o problema do terrorismo do Estado que desconsidera (ou não constrói) controles democráticos. Resolvê-lo fora daí é resolvê-lo fora

Analisando o julgamento de Nuremberg, é fácil observar muitas características que nos levam a crer em seu caráter de exceção, a começar pelo enfoque do julgamento, que não era a guerra, mas os vencidos da guerra. Os juízes foram escolhidos pelos vencedores, um de cada nação (EUA, URSS, França, Inglaterra) sem qualquer critério prévio, violando o princípio do juiz natural, e o Tribunal foi extinto imediatamente após o julgamento. Optou-se ainda pela prevalência do modelo de procedimento anglo-saxão, prejudicando a defesa¹¹³, mais habituada ao modelo continental romano-germânico.¹¹⁴ Sua instituição pelos aliados fora posterior aos crimes, com o objetivo explícito de condenar e punir o inimigo, e sem direito a recursos¹¹⁵, com procedimentos semelhantes aos adotados pelas cortes do III Reich. O estabelecimento *a posteriori* acabou por violar os princípios da legalidade e da irretroatividade da lei penal, com a condenação por crimes que não existiam na época.¹¹⁶ Ficou evidente que os interesses políticos se sobressaíram aos princípios técnicos e jurídicos, produzindo vícios jurídicos passíveis de anulação em qualquer corte civilizada.¹¹⁷

Como apontou Joanisval Brito Gonçalves, apesar da importância dada ao julgamento de Nuremberg para o Direito Internacional, não foram poucas as vozes a atacá-lo. Por exemplo, afirmando que o Tribunal seria um retrocesso em termos de regras de Direito Penal Internacional, podendo se tornar um precedente para violações futuras aos princípios gerais do direito.¹¹⁸ Algo semelhante Hannah Arendt disse ao tratar do julgamento de Eichmann:

O que vamos dizer amanhã se algum Estado africano resolver mandar seus agentes ao Mississippi para raptar um dos líderes do movimento segregacionista local? E o que vamos responder se uma corte de Gana ou do Congo citar o caso de Eichmann como precedente?¹¹⁹

da razão. BATISTA, Nilo. **Punidos e mal pagos: violência, justiça, segurança pública e direitos humanos no Brasil de hoje**. 1990. p. 107.

¹¹³ A distância entre acusação e defesa era gritante, como no julgamento de Eichmann. Ver ARENDT, Hannah. **Eichmann em Jerusalém: um relato sobre a banalidade do mal**. 1999. p. 242.

¹¹⁴ GONÇALVES, Joanisval B. **Tribunal de Nuremberg 1945-1946: a gênese de uma nova ordem internacional**. 2001. p. 148.

¹¹⁵ Algo rechaçado posteriormente pela legislação internacional.

¹¹⁶ Parte dos crimes existia, outra parte não. O Tribunal de Nuremberg se transformou em exemplo clássico de violação ao princípio da legalidade, usado por professores de Direito Penal em todo o mundo.

¹¹⁷ GONÇALVES, Joanisval B. **Tribunal de Nuremberg 1945-1946: a gênese de uma nova ordem internacional**. 2001. p. 163.

¹¹⁸ GONÇALVES, Joanisval B. **Tribunal de Nuremberg 1945-1946: a gênese de uma nova ordem internacional**. 2001. p. 185.

¹¹⁹ ARENDT, Hannah. **Eichmann em Jerusalém: um relato sobre a banalidade do mal**. 1999. p. 286.

Já para Giuseppe Bettiol, com a inobservância das regras do direito, o Tribunal fez entrar pela janela o que se pretendia despejar pela porta.¹²⁰ Mas essas vozes eram minoritárias e o entendimento que se manteve afirmava os pontos *positivos* do julgamento. Afinal, um julgamento aplacaria a sede por vingança, “seria melhor fuzilar?”, questionaria um defensor de Nuremberg.¹²¹ Ou, será que o julgamento não foi útil para o estabelecimento da verdade, ou para a consolidação dos crimes contra a humanidade? Mas será que um processo injusto pode gerar uma decisão justa? Ou a decisão estaria contaminada? Se utilizássemos a famosa teoria dos frutos da árvore envenenada, onde os vícios da planta são transmitidos aos seus frutos, pouco restaria do atual sistema internacional de justiça penal. Garapon não vê assim. Para ele é preciso sair da análise binária de processo justo *versus* processo injusto. Os processos podem ser mais ou menos justos de acordo com as possibilidades de absolvição e com a lealdade processual.¹²²

Fica evidente que estamos tratando de um momento histórico repleto de ambiguidades, e não se trata de julgar o passado, senão de escrever o futuro. Nuremberg lançou o Direito em uma experiência nova; no entanto, mais nova ainda foi a experiência de Auschwitz, e hoje nos compete apenas o esforço da não repetição. Nisto consiste a importância de reestudar Nuremberg, não para atacar a solução encontrada há mais de cinquenta anos, mas para evitar cair na naturalização que o coloca como *marco de um novo sistema jurídico internacional* ou *gênese de uma nova ordem do Direito Internacional*, sem propriamente criticar seus efeitos. Nuremberg ajudou no esforço pela não repetição da barbárie? Ou terá sido o nazismo o maior sobrevivente da guerra e de Nuremberg?¹²³

2.2 Respondendo às atrocidades

Passados quinze anos de Auschwitz, Levi havia se tornado um escritor conhecido e traduzido para muitas línguas. Contudo, sua maior emoção foi a tradução e publicação de seus livros na Alemanha. Sentiu-se como se tivesse vencido uma batalha.

¹²⁰ BETTIOL, Giuseppe. **Direito Penal**. 1977. p. 179. APUD GONÇALVES, Joanival B. Tribunal de Nuremberg 1945-1946: a gênese de uma nova ordem internacional. 2001. p. 164.

¹²¹ Esse é um argumento usado por Garapon, para quem o simples processo a foi um avanço. Ver GARAPON, Antoine. **Crimes que não se podem punir nem perdoar**. 2004. p. 24.

¹²² GARAPON, Antoine. **Crimes que não se podem punir nem perdoar**. 2004. p. 66.

¹²³ Como anotou Nilo Batista. BATISTA, Nilo. **Punidos e mal pagos: violência, justiça, segurança pública e direitos humanos no Brasil de hoje**. 1990. p. 107.

Para ele aquela era a hora do acerto de contas e, sobretudo do diálogo; a vingança não o interessava. Intimamente estava satisfeito com a “sagrada, simbólica, incompleta e tendenciosa” representação de Nuremberg.

A mim competia compreender, compreendê-los. Não o punhado dos grandes culpados, mas eles, o povo, aqueles que eu vira de perto, aqueles entre os quais foram recrutados os soldados SS, e também os outros, os que haviam acreditado, os que, não acreditando, haviam calado, não haviam tido a coragem sutil de nos olhar nos olhos, de nos dar um pedaço de pão, de murmurar uma palavra humana.¹²⁴

Se os julgamentos do pós-guerra serviram pouco para compreender a complexidade do ocorrido, nada melhor do que o contato direto com aqueles que sustentaram o regime; *aqueles*, e não seus descendentes, afirmou Levi.¹²⁵ Era a hora de compreender suas motivações e justificações, muito mais importantes.¹²⁶ Entender, por exemplo, porque se algumas pessoas tivessem vivido num ambiente e numa época diferente, provavelmente se comportariam como qualquer homem comum, e não teriam cometido certas atrocidades.¹²⁷

O ponto de partida para essa compreensão pode ser a desconstituição da ideia de que existe um monstro por detrás das atrocidades. Essa ideia é corriqueira e frequentemente alimentada, justificando respostas cada vez mais brutas a crimes que causam comoção social.¹²⁸ Arendt narra, em *Eichmann em Jerusalém*¹²⁹, o espanto com o qual as pessoas perceberam o homem que estava sentado no banco dos réus. Eichmann era uma pessoa normal, como outra qualquer, um funcionário mediano com um passado simples e sem qualquer acusação, e ainda capaz de citar Kant para justificar seus atos. A fera que todos esperavam não compareceu.¹³⁰

¹²⁴ LEVI, Primo. **Os afogados e os sobreviventes: os delitos, os castigos, as penas, as impunidades.** 2004.p. 144.

¹²⁵ LEVI, Primo. **Os afogados e os sobreviventes: os delitos, os castigos, as penas, as impunidades.** 2004.p. 144.

¹²⁶ LEVI, Primo. **Os afogados e os sobreviventes: os delitos, os castigos, as penas, as impunidades.** 2004.p. 21.

¹²⁷ LEVI, Primo. **Os afogados e os sobreviventes: os delitos, os castigos, as penas, as impunidades.** 2004.p. 49.

¹²⁸ Para Celso Antonio Bandeira de Mello, quem tortura está no limiar do humano e confinante com o diabólico. MELLO, Celso. **Imprescritibilidade dos crimes de tortura.** In: Memória e Verdade: a justiça de transição no Estado Democrático brasileiro/Coordenadoras Inês Virgínia Prado Soares e Sandra Akemi Shimada Kishi. 2009. p. 136.

¹²⁹ ARENDT, Hannah. **Eichmann em Jerusalém: um relato sobre a banalidade do mal.** São Paulo: Companhia das Letras, 1999.

¹³⁰ Também em *Responsabilidade e julgamento*: “Por mais monstruosos que fossem seus atos, o agente não era nem monstruoso nem demoníaco.” Ver ARENDT, Hannah. **Responsabilidade e julgamento.** 2004. p. 226.

Nils Christie segue a mesma linha. O criminólogo norueguês conta que entrevistou vários guardas que torturaram e mataram nos campos de concentração de seu país e, comparando suas anotações com as de outro pesquisador dos campos, o professor polonês Batawia, percebeu que as experiências eram comuns: nenhum deles havia encontrado qualquer monstro vindo dos campos.¹³¹ O segundo ponto em comum das anotações de Christie e Batawia era que as sociedades polonesa e norueguesa não estavam interessadas em suas pesquisas. O trabalho de Batawia foi proibido, enquanto que o de Christie ignorado. Com a proximidade das atrocidades, não se buscava análise, mas vingança.¹³²

A vingança é um elemento habitual no debate sobre como responder às atrocidades e está no cerne do desejo por retribuição. A partir deste elemento é possível lançar um olhar diferente para os acontecimentos do pós-guerra. Christie continua, contando que imediatamente depois da libertação do campo de Birkenau, os ex-detentos encontraram uma corda e enforcaram o comandante ali mesmo.¹³³ Situações parecidas aconteceram em outros campos, com nazistas sendo trucidados, e não se podia esperar muita coisa diferente de quem foi colocado em condições quase inenarráveis durante longos anos. Contudo, isso não impede a perplexidade de Christie ao encarar a *troca* do comandante por um milhão e meio de vidas: “para mim, a execução do comandante foi uma espécie de difamação para aquele milhão e meio de vítimas. Era como se o valor destas se reduzisse a fração ideal do valor do comandante”.¹³⁴ Essa sensação permeou a imaginação de muitas pessoas após os julgamentos dos nazistas, muitos destes condenados à morte. Quando da sentença de Eichmann, por exemplo, não foram poucas as vozes a questionar o sentido de uma pena capital a crimes dessa magnitude, que “desafiavam a possibilidade de punição humana”.¹³⁵

O real sentido destas punições só pôde ser entendido algum tempo depois. Segundo Agamben foram necessários quase cinquenta anos para percebermos que o Direito não esgotou a questão, mas ao contrário, o problema era tão grande a ponto de por em xeque o próprio direito.¹³⁶ Tudo porque, os processos do pós-guerra foram

¹³¹ CHRISTIE, Nils. **Uma razoável quantidade de crime**. 2011. p. 136.

¹³² CHRISTIE, Nils. **Uma razoável quantidade de crime**. 2011. p. 136.

¹³³ CHRISTIE, Nils. **Uma razoável quantidade de crime**. 2011. p. 134.

¹³⁴ CHRISTIE, Nils. **Uma razoável quantidade de crime**. 2011. p. 135.

¹³⁵ ARENDT, Hannah. **Eichmann em Jerusalém: um relato sobre a banalidade do mal**. 1999. p. 272.

¹³⁶ AGAMBEN, Giorgio. **O que resta de Auschwitz**. 2008. p. 29.

responsáveis por impedir de se pensar Auschwitz, contribuindo para difundir a ideia de que a situação estava superada.¹³⁷

Christie concorda plenamente, anotando que com o enforcamento do comandante (de Birkenau) e de outras autoridades em Nuremberg, criou-se uma sensação de dever cumprido, e a vingança normalmente chamada de justiça estava realizada. Porém, ao mesmo tempo, a discussão das ideias e dos interesses por trás do nazismo, além de fenômenos correlatos ainda presentes, foram interrompidos.¹³⁸ Christie menciona um consistente argumento para a ação penal formal. Com o enforcamento ensinamos uma lição: assassinos em massa acabam na forca. Assim, se a impunidade reinar a paz não poderá ser alcançada. Entretanto, esse raciocínio possui altos custos embutidos e tem menos valor para os casos políticos, como esse, do que para casos ordinários. Ele cita o que aconteceu em seu país, a Noruega. O grande nazista norueguês, o famoso “traidor” Vidkun Quinsling¹³⁹ foi morto, sendo que não é razoável pensar que o próximo traidor seja dissuadido por isso, uma vez que estará inserido em outra circunstância. E mais, as punições do pós-guerra não acabaram com o ódio da população, que marginaliza os filhos e netos de colaboradores até os dias de hoje. Parte da população jamais compreendeu os acontecimentos e continua achando que as mortes nos campos de concentração foram obras exclusivas de alemães.¹⁴⁰

Quando respondemos às atrocidades com punições individuais¹⁴¹, é possível que estejamos prevenindo o desenvolvimento de uma mais complexa e útil compreensão dos fenômenos em geral.¹⁴² Além disso, e não à toa, outros fenômenos acabaram sendo deixados de lado, como Dresden, Hiroshima e Nagasaki, e os Gulags, que só inchavam. Parece este o sentido empregado por Claude Lanzmann para sua crítica paradoxal a imprescritibilidade dos crimes contra a humanidade. Para Lanzmann, julgar esses crimes hoje é fazê-los prescrever, pô-los um ponto final; porém eles nunca se encerram com o julgamento e por isso o último plano da *Shoah* é um comboio que rola interminavelmente.¹⁴³ O trabalho da Memória entra em contradição com o do Direito. A punição tal qual existe hoje também é um modelo de esquecimento. Ao aprisionar

¹³⁷ AGAMBEN, Giorgio. **O que resta de Auschwitz**. 2008. p. 29.

¹³⁸ CHRISTIE, Nils. **Uma razoável quantidade de crime**. 2011. p. 137.

¹³⁹ *Quinsling* passou a ser um termo usado para designar traidores na Noruega.

¹⁴⁰ CHRISTIE, Nils. **Uma razoável quantidade de crime**. 2011. p.142.

¹⁴¹ “Serão as guerras da ex-Jugoslavia saldadas com o julgamento de Milosevic? Pode-se reduzir um conflito político, tão sangrento como o da Bosnia, a criminalidade de um homem?”, questiona Garapon. Ver GARAPON, Antoine. **Crimes que não se podem punir nem perdoar**. 2004. p. 94

¹⁴² CHRISTIE, Nils. **Uma razoável quantidade de crime**. 2011. p. 137.

¹⁴³ GARAPON, Antoine. **Crimes que não se podem punir nem perdoar**. 2004. p.148.

alguém não estamos resolvendo o conflito, mas apenas o suspendendo, deixando-o pendente no tempo. Com o lançamento no tempo, aguardamos que os protagonistas se transformem, desligando-se do conflito ou tranquilizando-se a seu respeito. Pouco importa se novos conflitos surjam ou não desse esquecimento.¹⁴⁴

Arendt parece concordar, anotando que a justiça exige que o acusado seja processado, defendido e julgado, sendo que as outras questões mais importantes ficam em suspenso. No centro do julgamento só pode estar aquele que fez algo. Se ele sofre, deve sofrer pelo que fez e não pelo que os outros sofreram.¹⁴⁵ Neste sentido, um julgamento parece mais uma peça de teatro, pois ambos começam e terminam com o autor do ato e não com a vítima.¹⁴⁶ É importante se deter um pouco no que foi o julgamento de Eichmann em Jerusalém, amplamente trabalhado por Arendt, o que, aliás, lhe rendeu duras críticas, sobretudo no que diz respeito à participação dos judeus auxiliando o nazismo.

Dizer que o julgamento de Eichmann foi uma justiça dos vencedores é no mínimo complicado, já que a pretensão era de se fazer justiça à causa judaica; e não é possível afirmar que os judeus tenham saído vencedores da guerra. Eichmann foi raptado na Argentina, provavelmente pelo Mossad (serviço secreto israelense) e levado a Israel sem extradição, o que gerou algum conflito internacional entre as nações, posteriormente resolvido.¹⁴⁷ Israel não existia quando os fatos foram realizados, provocando dúvidas quanto à competência territorial. E assim como em Nuremberg, a lei era retroativa.

O espetáculo que se passou tinha o objetivo de ir além do Tribunal de Nuremberg, pois aquele não havia levado em conta a tragédia judaica como um todo, o que segundo Arendt distorcia a verdade, até mesmo a verdade judaica.¹⁴⁸ A corte de Jerusalém, portanto, era uma corte dos judeus para julgar um inimigo dos judeus e somente assim era possível fazer justiça. Devido a isso, as acusações se baseavam muitas vezes em atos que sequer eram do conhecimento de Eichmann. Não demorou

¹⁴⁴ ZAFFARONI, E. Raul, BATISTA, Nilo. ALAGIA, Alejandro. SLOKAR, Alejandro. **Direito Penal Brasileiro: Primeiro volume – Teoria Geral do Direito Penal**. 2003. p. 87.

¹⁴⁵ ARENDT, Hannah. **Eichmann em Jerusalém: um relato sobre a banalidade do mal**. 1999. p. 19.

¹⁴⁶ ARENDT, Hannah. **Eichmann em Jerusalém: um relato sobre a banalidade do mal**. 1999. p. 19.

¹⁴⁷ Um dos argumentos utilizados por Eichmann era que a corte tinha de absolvê-lo porque, de acordo com o estatuto argentino de limitações, ele havia cessado de ser passível de processos criminais no dia 7 de maio de 1960, pouco tempo antes do rapto. Também argumentou que a pena de morte havia sido abolida na Alemanha. Ver. ARENDT, Hannah. **Eichmann em Jerusalém: um relato sobre a banalidade do mal**. 1999. p. 269.

¹⁴⁸ ARENDT, Hannah. **Eichmann em Jerusalém: um relato sobre a banalidade do mal**. 1999. p. 23

para que Arendt percebesse os limites do julgamento, que, como visto, continha problemas parecidos com aqueles da corte de Nuremberg¹⁴⁹, além do que:

Uma coisa é desentocar criminosos e assassinos de seus esconderijos, outra é encontra-los importantes e prósperos no âmbito público – encontrar nas administrações estadual e federal e, geralmente, em *cargos* públicos inúmeros homens cujas carreiras floresceram no regime de Hitler.¹⁵⁰

Exatamente por isso o argumento da continuidade dos atos do Estado, segundo o qual não se pode punir aquilo que o Estado ordenou em outra fase da história, fazia completo sentido naquele julgamento. A continuidade, de fato, existia. A Alemanha pós-nazista reempregou o corpo principal dos funcionários coordenados pelos nazistas, e o que falar da promotória, que naquele momento acusava, mas antes havia feito talvez a vista mais grossa da história, ao deixar passar infinitas violações à lei, como as destruições de comércios e residências judaicas em 1938, os assassinatos de pessoas com transtornos mentais a partir de 1939, e evidentemente, o assassinato dos judeus?¹⁵¹ Segundo Arendt, essas perguntas ficaram sem respostas evidenciando a precariedade dos fundamentos legais dos procedimentos, tendo o julgamento servido para demonstrar a culpabilidade de todas as figuras públicas do mundo dos negócios, dos funcionários públicos e dos órgãos do estado.¹⁵² E ninguém respondeu por isso.

Apesar da acusação recair sobre o nazismo como um todo, para Arendt o fato era que havia um indivíduo no banco dos réus e a única tarefa do tribunal era estabelecer um veredito para ele¹⁵³, pois na sala de um tribunal não está em julgamento um sistema, uma história ou tendência histórica.¹⁵⁴ Além do mais, os juízes estão limitados e jamais descobririam a verdade.¹⁵⁵ De acordo com Garapon, é evidente que a verdade judiciária é formatada pelo procedimento, onde o juiz está constrangido por elementos constitutivos e regras de competência. Um dos exemplos foi Nuremberg,

¹⁴⁹ Aliás, o limite maior de um processo é sempre existir *post factum*. Como lembrou Garapon: “Não foi o processo de Nuremberga que libertou os prisioneiros de Auschwitz!” – GARAPON, Antoine. **Crimes que não se podem punir nem perdoar**. 2004. p. 58. Para Arendt, parte do fracasso da corte de Jerusalém deveu-se a seu empenho em apegar-se ao precedente de Nuremberg sempre que possível. ARENDT, Hannah. **Eichmann em Jerusalém: um relato sobre a banalidade do mal**. 1999. p. 297.

¹⁵⁰ ARENDT, Hannah. **Eichmann em Jerusalém: um relato sobre a banalidade do mal**. 1999. p. 28.

¹⁵¹ ARENDT, Hannah. **Responsabilidade e julgamento**. 2004. p. 314.

¹⁵² ARENDT, Hannah. **Responsabilidade e julgamento**. 2004. p. 314-315.

¹⁵³ ARENDT, Hannah. **Eichmann em Jerusalém: um relato sobre a banalidade do mal**. 1999. p. 31.

¹⁵⁴ ARENDT, Hannah. **Responsabilidade e julgamento**. 2004. p. 93 e 121. Com o qual Garapon concorda: “O que é intimado a comparecer perante um tribunal humano não é um sistema, muito menos a História, mas sim uma pessoa.” GARAPON, Antoine. **Crimes que não se podem punir nem perdoar**. 2004. p. 150.

¹⁵⁵ ARENDT, Hannah. **Responsabilidade e julgamento**. 2004. p. 311.

onde a Carta de Londres só concedia competência para crimes relacionados com a preparação ou execução de uma guerra de agressão, afastando o holocausto dos judeus, que somente foi objeto de análise após distorções históricas feitas pelo procurador. Tal fato prejudicou o trabalho dos historiadores posteriormente.¹⁵⁶ Por fim, com tantas irregularidades e anormalidades, grandes problemas morais, políticos e legais que o julgamento propunha foram obscurecidos.¹⁵⁷ O mesmo pode ser dito sobre os outros processos do pós-guerra.

2.3 Sobre a produção de um juízo

Um desses grandes problemas morais obscurecidos pelos julgamentos do pós-guerra era a própria possibilidade de imputação de responsabilidades. No regime nazista existiram aqueles que mandavam, aqueles que *apenas* obedeciam às ordens e os burocratas que não sujaram as mãos. Qual seria, por exemplo, o nível de responsabilidade dos maquinistas dos trens que levavam judeus para os campos? Era exigível que eles puxassem o freio? Era possível, por exemplo, distinguir apoiadores em muitas esferas; desde aqueles que executaram judeus nos campos até *cidadãos comuns*, que poderiam ser meros funcionários do Estado, ou comerciantes que se negavam a vender para judeus.

Havia também os que a tudo viram, mas nada fizeram, aliás, segundo Levi, ninguém jamais conseguirá estabelecer precisamente quantos, no aparelho nazista, não podiam deixar de saber das atrocidades espantosas que eram cometidas.¹⁵⁸ Como então medir a responsabilidade de todos eles? O conceito de *culpa coletiva* dos alemães foi amplamente utilizado, muito por conta dessa dificuldade. Para Arendt um conceito falacioso, que serviu para eximir os verdadeiros culpados, pois quando todos são culpados, ninguém o é.¹⁵⁹ Moralmente, seria tão errado sentir culpa sem ter feito nada específico quanto se sentir isento sendo realmente culpado.¹⁶⁰ Levi utiliza a expressão *culpa coletiva*¹⁶¹ uma única vez, para falar das responsabilidades do povo alemão por

¹⁵⁶ Ver GARAPON, Antoine. **Crimes que não se podem punir nem perdoar**. 2004. p. 165-166.

¹⁵⁷ ARENDT, Hannah. **Eichmann em Jerusalém: um relato sobre a banalidade do mal**. 1999. p. 275.

¹⁵⁸ LEVI, Primo. **Os afogados e os sobreviventes: os delitos, os castigos, as penas, as impunidades**. 2004. p. 12.

¹⁵⁹ ARENDT, Hannah. **Responsabilidade e julgamento**. 2004. p. 83.

¹⁶⁰ ARENDT, Hannah. **Responsabilidade e julgamento**. 2004. p. 90.

¹⁶¹ Esse é o único sentido possível da expressão. LEVI, Primo. **Os afogados e os sobreviventes: os delitos, os castigos, as penas, as impunidades**. 2004. p. 12. Ver também AGAMBEN, Giorgio. **O que resta de Auschwitz**. 2008. p. 101.

não difundir a verdade sobre os Lager, entretanto em outro momento sugere que devemos responder em primeira pessoa pelos erros e crimes, senão todo vestígio de civilização desapareceria da face da terra.¹⁶²

Segundo Arendt, é impossível compreender o que aconteceu no nazismo sem levar em conta o colapso do julgamento pessoal, e não da responsabilidade pessoal.¹⁶³ Como distinguir o que é certo se a maioria ou a totalidade do meu ambiente já julgou a questão? Ainda assim, como se colocar frente a um regime que massacra de forma tão brutal seus opositores? Por isso, Arendt vai dizer que se afastar da política nesses casos é uma forma de resistência e em situações extremas a falta de poder é uma desculpa válida. Contudo, mesmo ficar em silêncio pode ser uma forma de irresponsabilidade política, como o silêncio do Papa Pio XII.¹⁶⁴ Depende da situação.

Essa dificuldade em produzir um julgamento, para a autora, poder ser exemplificada quando se coloca em questão a punição legal, pois uma reflexão nos convenceria que nenhuma das razões atribuídas à punição (proteção social contra o crime, reabilitação do criminoso, força dissuasiva do exemplo de advertência para criminosos potenciais e retribuição) seria válida para a punição dos criminosos de guerra.¹⁶⁵ Isso significa que nossas noções e justificações sobre a punição nos desapontaram, apesar do nosso senso de justiça seguir pedindo e impondo uma punição. Todavia, essa constatação não serve para afastar as responsabilidades individuais, e Arendt procura em seus trabalhos encontrar a linha divisória entre culpa moral e/ou legal (pessoal) e responsabilidade política. Sua questão aqui diz mais respeito a como um indivíduo vai julgar um determinado quadro político e social para agir politicamente a partir desse juízo, e não propriamente a como vamos responsabilizar sujeitos que já produziram danos. No entanto, um julgamento pode depender do outro, e de como valoramos determinadas situações históricas e, exatamente por isso, um juízo sobre os acontecimentos é necessário. Mas que tipo de juízo?

Em *O que resta de Auschwitz*¹⁶⁶, Agamben analisa o testemunho de sobreviventes do nacional-socialismo, especialmente Levi. Inicialmente há uma diferenciação importante entre *Testis* e *Supertes*. *Testis* é o termo em latim que derivou nossa testemunha, significando aquele que se coloca como terceiro em um processo ou

¹⁶² LEVI, Primo. **Os afogados e os sobreviventes: os delitos, os castigos, as penas, as impunidades**. 2004. p. 152-153.

¹⁶³ ARENDT, Hannah. **Responsabilidade e julgamento**. 2004. p. 87.

¹⁶⁴ ARENDT, Hannah. **Responsabilidade e julgamento**. 2004. p. 51.

¹⁶⁵ ARENDT, Hannah. **Responsabilidade e julgamento**. 2004. p. 87-88.

¹⁶⁶ AGAMBEN, Giorgio. **O que resta de Auschwitz**. São Paulo: Boitempo Editorial, 2008.

um litígio. Este contribui para um julgamento. Já *Supertes* é aquele que vive algo, que atravessou até o final de um evento e pode conceder um testemunho. A este não interessa um julgamento¹⁶⁷. Levi, indica Agamben, é *supertes*, e produz uma narrativa sem julgamento ou condenação. O que há é apenas relato, com uma neutralidade espantosa e honesta. Em alguns momentos afirma: “eu não compareço como juiz” e “não tenho autoridade para conceder o perdão”¹⁶⁸. E sobre os ajudantes judeus nos campos diz que somente pode julgar quem esteve em situações análogas.¹⁶⁹

Cecília Coimbra também é *supertes*. A sobrevivente do regime militar brasileiro, em entrevista de 2012,¹⁷⁰ tomou a mesma posição que Levi havia tomado há mais de 20 anos. Disse ela que não se coloca na posição de juiz, que não há como julgar. Ela deseja que as histórias sejam contadas. Nem mesmo a punição aos agentes da ditadura, pauta cara de muitos de seus companheiros de militância é desejada. Aliás, em uma posição tão interessante quanto difícil, Coimbra deu a entender que, apesar de não defender a punição criminal e falar em uma *responsabilização ética*, este resultado não lhe preocupa: “O que vão fazer não importa, não me diz respeito”. Ocorre que, se por um lado, Coimbra e Levi se afastam da posição de juiz em uma atitude de brilhantismo inclassificável, por outro, não aprofundam o debate sobre o que fazer a partir da identificação dos responsáveis pelas violações em períodos de exceção. Como foi visto, Levi vai mais além: “os juízes são vocês”.¹⁷¹

Assim, observa-se que a situação é delicada e pode ser enunciada da seguinte forma: como avaliar as experiências desses períodos obscuros da história da humanidade em vistas de se produzir uma teoria de justiça com base nas injustiças ou mesmo de produzir um julgamento político, quando as próprias testemunhas, por vezes, não conseguem produzir esse juízo? A quem cabe o juízo, no final das contas?

Neste caso há duas situações diferentes. A primeira diz respeito a uma análise geral sobre os fatos. Não há dúvidas de que ambas as testemunhas estão de acordo sobre uma valoração negativa a respeito do que aconteceu, e suas atividades de contar a história tem por objetivo final fazer com que ela não se repita. O problema surge quando se trata de responsabilizar pessoalmente os agentes que praticaram violações. Se afastar

¹⁶⁷ AGAMBEN, Giorgio. **O que resta de Auschwitz**. 2008, p. 27.

¹⁶⁸ AGAMBEN, Giorgio. **O que resta de Auschwitz**. 2008, p. 27.

¹⁶⁹ LEVI, Primo. **Os afogados e os sobreviventes: os delitos, os castigos, as penas, as impunidades**. 2004, p. 37.

¹⁷⁰ OFlu Revista, edição 151. **Torturadores postos a público**. Entrevista com Cecília Coimbra. 29 de janeiro de 2012.

¹⁷¹ LEVI, Primo. **Si esto es un hombre**. 2002, p. 106.

da posição de juiz não é ser imparcial, mas, bem ao contrário, significa tomar partido em uma importante discussão quando vários movimentos sociais e militantes clamam por punição a agentes de regimes passados.

A questão, para Agamben, não diz respeito à possibilidade ou não da emissão de um julgamento. Por isso, Levi já havia dito que se tivesse diante de si um Eichmann, o teria condenado à morte, ou que, se cometerem um crime, logo devem pagar. Sua raiz está na pretensão do Direito em esgotar a questão. Não devemos confundir categorias éticas com categorias jurídicas. Sobre as categorias de que nos servimos em termos morais, quase todas se encontram contaminadas pelo Direito: culpa, responsabilidade, inocência, julgamento, absolvição¹⁷². E, como se sabe, a finalidade do direito é produzir um julgamento, e não o estabelecimento da verdade ou da justiça. O processo, quando finalizado, tem a pretensão de encerrar o conflito.

Em Agamben vemos que o termo *responsabilidade* é genuinamente jurídico, e não ético. Derivado do latim *spondeo* está estreitamente ligado à noção de culpa, indicando a imputabilidade de um dano¹⁷³. Responsabilidade e dano representam dois aspectos da imputabilidade jurídica e apenas posteriormente foram transferidos para fora do direito; daí o problema das doutrinas éticas que se fundamentam nesses conceitos¹⁷⁴. A confusão dos conceitos corresponde exatamente à insuficiência das respostas concedidas aos fatos considerados errados moralmente em termos de responsabilização jurídica. A confusão é absoluta, continua Agamben: a ética é a esfera que não conhece culpa nem responsabilidade, ela é, como o sabia Espinoza, a doutrina da vida feliz. Assumir uma culpa ou uma responsabilidade significa sair de seu âmbito para ingressar no do Direito¹⁷⁵. Por isso a *ética da responsabilidade* em Arendt não pode ser descrita em termos normativos, como nas éticas prescritivas baseadas no indivíduo moralmente bom.

Em Mate vemos uma diferença entre a responsabilidade jurídica e a responsabilidade no âmbito moral.¹⁷⁶ A responsabilidade jurídica diz respeito a imputar a alguém uma conduta danosa, forçando-o a sofrer uma pena ou reparar o dano. No âmbito moral existe uma polissemia. Fala-se em responsabilidade pelo próximo, pelas gerações futuras, em responsabilidade histórica ou responsabilidade política. A

¹⁷² AGAMBEN, Giorgio. **O que resta de Auschwitz**. 2008, p. 28.

¹⁷³ AGAMBEN, Giorgio. **O que resta de Auschwitz**. 2008, p. 31.

¹⁷⁴ AGAMBEN, Giorgio. **O que resta de Auschwitz**. 2008, p. 32.

¹⁷⁵ AGAMBEN, Giorgio. **O que resta de Auschwitz**. 2008, p. 33.

¹⁷⁶ MATE, Reyes. **Memoria de occidente. Actualidad de pensadores judíos olvidados**. 1997. p. 250-264.

identificação do autor ou sujeito do ato pode ser o ponto de partida, mas nem todo o problema de responsabilidade se reduz a isso. Filosoficamente, a ideia de responsabilidade alcançaria muito mais do que nossa vontade ou intenção podem saber.

Algo sim me fica claro: que eu não posso fugir do mal do mundo e que se é certo que são muitas as ações individualizadas que concorrem em um único ato histórico, a resposta deveria ser, pelo menos, coletiva ou política. (Tradução nossa)¹⁷⁷

Aqui Mate se aproxima de Hans Jonas¹⁷⁸, e vemos uma expansão do conceito de responsabilidade, não mais vinculado somente à imputação individual do autor do prejuízo. Se no tempo atual, com o avanço da tecnologia, somos capazes de destruir o mundo; temos o dever de evitá-lo. A responsabilidade em Jonas se dirige a um *poder fazer* e quanto maior o poder, maior a responsabilidade. Muitos autores já apontaram dificuldades para essa ideia. Por todos, citemos Paul Ricoeur, que identifica o primeiro problema, relacionado ao avanço que devemos ao Direito Penal da individualização da pena¹⁷⁹; igualmente, temos a dificuldade ligada ao prolongamento no tempo da cadeia das consequências da ação¹⁸⁰, que pode levar a uma responsabilidade inapreensível ou injustamente socializada.

Ao que parece, devemos ler o problema da seguinte forma: existe uma responsabilidade ligada à atribuição de fatos aos indivíduos que produzem danos. Se isso puder ser verificado, tais indivíduos devem repará-lo e, para alguns, sofrer uma pena, se o fato for criminalizado. Acontece que a responsabilidade política (ou histórica) se dirige mais à possível conduta, ou seja, a algo que temos condições de fazer. Teríamos uma responsabilidade para com as gerações futuras (Jonas) e também para com as gerações passadas (Mate). Essa responsabilidade se dirige a todos nós, mas não se trata de reparação ou pena¹⁸¹. Tomando ciência das injustiças passadas, somos responsáveis por evitar que elas sigam existindo ou se repitam.

Esse debate nos conduz a outro, em torno da relação entre memória e ressentimento. Alguns autores sugerem que a memória é um artifício do ressentido.

¹⁷⁷ “Algo sí me queda claro: que no me puedo desentender del mal del mundo y que si es cierto que son muchas las acciones individualizadas que concurren en un único acto histórico, la respuesta debería ser, al menos, colectiva o política.”. MATE, Reyes. **Memoria de occidente. Actualidad de pensadores judíos olvidados**. 1997. p. 264.

¹⁷⁸ JONAS, Hans. **O princípio responsabilidade**. Rio de Janeiro: Contraponto: Editora PUC-Rio, 2006.

¹⁷⁹ RICOEUR, Paul. **O justo 1: a justiça como regra moral e como instituição**. 2008. p. 55.

¹⁸⁰ RICOEUR, Paul. **O justo 1: a justiça como regra moral e como instituição**. 2008. p. 57.

¹⁸¹ MATE, Reyes. **¿Existe una responsabilidad histórica?**. Claves de lá razón práctica 168. 2006. p. 39.

Aquele que não dormirá enquanto seu algoz não sofrer na mesma medida o mal que lhe causou. Vimos que Todorov, por exemplo, coloca que se abusa do poder da memória quando se recorda para manter o ódio vivo. Por baixo da memória pode estar escondido o veneno do ressentimento¹⁸². Jean Amery, ao contrário, afirma o ressentimento, condenando o ‘eterno retorno’ nietzschiano.

Meus ressentimentos existem para que o delito se torne realidade moral para o criminoso, para que seja confrontado com a verdade do seu malfeito (...) o homem moral exige a suspensão do tempo; no nosso caso, encravando o malfeitor no seu malfeito. Dessa maneira, cumprida a inversão moral efetuada pelo tempo, ele poderá ser comparado com a vítima enquanto seu semelhante.¹⁸³

Para Agamben não há nada disso em Levi. Auschwitz não pode retornar porque na verdade nunca deixou de acontecer. Está se repetindo sempre. Em seu pior sonho tudo se desaba ao redor. As paredes, as pessoas, o cenário, e Levi ouve novamente a voz de comando do amanhecer de Auschwitz.¹⁸⁴

Mate tenta uma leitura diferente do ressentimento, que enquanto categoria moral não teria relação com a vingança ou com a expiação. Seria compreensível o desejo de que o algoz divida com a vítima a experiência de que a violação perpetrada não tivesse acontecido. A vítima não desejaria o sofrimento do outro, mas antes que ele sinta a imoralidade da sua ação¹⁸⁵. Assim, devemos compartilhar a ideia de que a violência, oxalá, não tivesse acontecido, olhando para o fato de modo a enxergar o algoz, a vítima e o que está em volta de ambos, para assumir a responsabilidade do nosso tempo, que é também uma responsabilidade sem tempo, visto que o mal não se exaure para a vítima.

Essa reflexão nos sugere que apontar o algoz pode ser uma das tarefas políticas, ou um dos instrumentos, mas não o principal, pois enquanto o sofrimento da vítima não se findar, saberemos que tampouco a violência acabou. Percebemos isso com a escalada atual do antissemitismo, com partidos nazistas espalhados pelo mundo, e com dispositivos de exceção dentro de nossas democracias que seguem o paradigma jurídico-político de Auschwitz.¹⁸⁶ A impossibilidade de responsabilizar os nazifascistas

¹⁸² MATE, Reyes. **Contra lo políticamente correcto: política, memoria, justicia**. 2006, p. 127.

¹⁸³ Citado por Agamben. AGAMBEN, Giorgio. **O que resta de Auschwitz**. 2008. p. 106.

¹⁸⁴ LEVI, Primo. **A trégua**. 2010.p. 213.

¹⁸⁵ MATE, Reyes. **La herencia del olvido. Ensayos em torno de la razón compasiva**. 2008, p. 174.

¹⁸⁶ Sem falar na complexo problema atual em torno da laicidade do Estado, que tem muito a ver com nosso debate, pois o nazismo foi, em grande medida, um modelo de violência e desrespeito contra uma religião. O direito pós-Auschwitz deve, pois, pensar o respeito a todas as religiões igualmente, assim como o respeito àqueles que não possuem religião.

de hoje pelo que aconteceu no passado (muitos nem eram vivos) mostra que esse modelo se esgota, e nenhum ressentimento puro e simples resolverá nossos problemas eminentemente políticos, que possuem esfera própria.

3 O QUE RESTA DA DEMOCRACIA

O proletariado bebeu até o fundo o cálice do desumano e experimentou que essa desumanidade não é só sua, mas de toda a sociedade: ninguém nessa sociedade vive humanamente porque as relações sociais estão estruturadas como aparência de humanidade e não como humanidade realizada. A rebelião contra suas cadeias é a rebelião contra todas as cadeias que privam o homem de uma existência humana.

Reyes Mate

3.1 Justiça de Transição e necessidade da pena. O pilar que pode fazer desmoronar a democracia

A ideia de uma *justiça de transição* caminha ao lado das transformações do direito internacional dos direitos humanos após os julgamentos de Nuremberg e seus correlatos. É possível dizer que ambos fazem parte do mesmo avanço que buscaria a proteção de direitos humanos após um regime violador¹⁸⁷, questionando a maneira como lidamos com um passado violento e autoritário, que deixa marcas na atualidade. Talvez a principal expressão que explique esse momento seja o *acerto de contas*¹⁸⁸, indicando que existem responsabilidades, ainda que a situação extrema anterior tenha se findado.

Uma política de transição deve incluir muitas medidas diferentes e complementares, como a reparação das vítimas, reformas institucionais, comissão para a verdade, abertura dos arquivos, dentre outras.¹⁸⁹ A maioria dos autores inclui como um de seus pilares a punição aos agentes violadores de direitos do regime anterior. Muito por conta disso a forma de transição adotada na Argentina tem sido considerada como

¹⁸⁷ FILHO, José C. B. M. S. **Memória e reconciliação nacional: o impasse da anistia na inacabada transição democrática brasileira.** In: A Anistia na Era da Responsabilização: O Brasil em perspectiva internacional e comparada. 2011. p. 284.

¹⁸⁸ SOUZA, Sávila Cordeiro de. **A justiça de transição brasileira: Lei 6.683/79 e a luta contra uma política de esquecimento.** Dissertação de Mestrado - Departamento de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. 2012. p. 18.

¹⁸⁹ SOUZA, Sávila Cordeiro de. **A justiça de transição brasileira: Lei 6.683/79 e a luta contra uma política de esquecimento.** Dissertação de Mestrado - Departamento de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. 2012. p. 18.

um modelo em outros países latino-americanos, já que naquele país existe a responsabilização penal dos agentes da ditadura militar.

Outro importante modelo é o da África do Sul, que não utilizou mecanismos de punição. Vê-se então que não existe um modelo fechado de transição, obviamente porque cada país viveu seu momento e possui seus próprios problemas. A experiência dos demais países é importantíssima e deve ser utilizada, porém sempre com atenção às peculiaridades brasileiras. Isso significaria que a punição dos agentes do regime anterior nem sempre seria obrigatória, devendo ser averiguada sua importância e necessidade caso a caso.

Contudo, não é assim que pensa grande parte dos teóricos brasileiros da justiça de transição, como José Carlos Moreira Filho, onde vemos que os pilares da transição são (1) direito à memória, (2) à verdade, (3) à reparação e, por fim, (4) à justiça, sendo que o pilar *justiça* representa o “direito da sociedade de que sejam investigados e apurados criminalmente os crimes de lesa-humanidade cometidos pelos agentes públicos (...)”¹⁹⁰. Igualmente em Kai Ambos, que ressalta o fato de que esse direito tem sido elaborado em detalhes pela “jurisprudência dos Direitos Humanos”, especialmente pela Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), e que mecanismos alternativos à justiça podem operar, porém de forma complementar e não substitutiva da justiça penal.¹⁹¹

Em Abrão e Torrelly¹⁹², além das dimensões (1) “reparação”, (2) “verdade e memória” e (3) “reforma das instituições”, temos a dimensão da (4) “regularização da justiça e restabelecimento da igualdade perante a lei”, significando a obrigação de investigar, processar e punir os crimes do regime. Esse pensamento está em sintonia com o entendimento da CIDH, que fala em um *dever de punição*, e de ONGs como Anistia Internacional e Human Rights Watch que duvidam da suficiência e adequação de mecanismos alternativos de justiça, como os utilizados em Ruanda.¹⁹³ Existe também certa pressão social, principalmente entre movimentos sociais e militantes pela memória

¹⁹⁰ FILHO, José C. B. M. S. **Memória e reconciliação nacional: o impasse da anistia na inacabada transição democrática brasileira**. In: A Anistia na Era da Responsabilização: O Brasil em perspectiva internacional e comparada. 2011. p. 282.

¹⁹¹ AMBOS, Kai. **O Marco Jurídico da Justiça de Transição**. In: AMBOS, Kai *et al.* Anistia, justiça e impunidade: reflexões sobre a justiça de transição no Brasil. 2010. p. 43.

¹⁹² ABRÃO, P & TORELLY, Marcelo D. **As dimensões da Justiça de Transição no Brasil, a eficácia da Lei de Anistia e as alternativas para a verdade e a justiça**. In: A Anistia na Era da Responsabilização: O Brasil em perspectiva internacional e comparada. 2011. p. 215.

¹⁹³ Chamados de justiça *Gacaca*, que significa “justiça sobre a relva”.

e verdade, para que o estado brasileiro responsabilize criminalmente os agentes da ditadura¹⁹⁴, o que o Ministério Público Federal vem tentando fazer¹⁹⁵.

Esses pensadores, em regra, naturalizam a punição e não adentram em discussões criminológicas ou sobre as funções da pena. Mesmo quando falam na importância da punição aos perpetradores de violações de direitos humanos, os argumentos atingem de forma colateral o debate do Direito Penal sobre a pena.¹⁹⁶ O sentido dessa punição costuma ser o usual, que tem a prisão como fundamento; todavia, algumas poucas vezes falam em punição de maneira mais ampliada.¹⁹⁷

Parece que o grande tema para este debate diz respeito à Lei de Anistia (Lei 6.683/79). Assim, a revisão, anulação ou reinterpretação da lei implicaria a punição dos agentes; e de outro lado, a manutenção da atual interpretação garantiria a impunidade. É evidente que o debate em torno da Lei de Anistia é importante, e problematizar a forma como ela foi escrita é problematizar a forma como aconteceu e vem acontecendo nossa difícil transição, contudo há um debate anterior sobre os objetivos da punição que não pode ser posto de lado, sob o risco de defendermos a punição pela punição, caindo em um *fundamentalismo jurídico*.

3.2 O debate sobre a Lei de Anistia

Os argumentos dos defensores da revisão ou anulação da Lei de Anistia começam por problematizar o próprio acordo existente na época. Na prática não existiria acordo pela anistia, tendo em conta a clara disparidade de armas entre as partes. Isso teria resultado em uma auto anistia, onde os militares impuseram sua impunidade. Depois, ainda que a Lei de Anistia tenha validade, crimes como tortura, desaparecimento forçado e execução sumária não seriam crimes políticos nem correlatos, e, portanto, não foram anistiados, sendo equivocada a interpretação neste

¹⁹⁴ CORREIO DA CIDADANIA. **Manifesto por uma Comissão da Verdade digna do nome**. 27 de setembro de 2011. Disponível em <migre.me/eHrOD>. Acessado em 13/02/2013. COLETIVO RJ MEMÓRIA VERDADE E JUSTIÇA. **Comitês protocolam demandas a Comissão Nacional da Verdade**. Disponível em <migre.me/eHrSy>. Acessado em 13/02/2013. PORTAL VERMELHO. **Comissão da verdade que rever lei de anistia**. 22 de maio de 2013. Disponível em <migre.me/eHrUV>. Acessado em 23/05/2013.

¹⁹⁵ MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. **Ditadura Militar - Ações e Representações**. Disponível em <migre.me/eHsxT>. Acessado em 05/04/2013. FOLHA DE SÃO PAULO. **Justiça determina abertura de ação penal contra militares por crimes na ditadura**. 30 de agosto de 2012. Disponível em <migre.me/eHsD0>. Acessado em 13/02/2013.

¹⁹⁶ Conforme veremos adiante.

¹⁹⁷ O GLOBO. **‘A informação pode punir’, diz integrante da Comissão da Verdade**. 11 de maio de 2012. Disponível em <migre.me/eHsJG>. Acessado em 13/02/2013.

sentido.¹⁹⁸ Próximo disso temos o argumento utilizado na ADPF (arguição de descumprimento de preceito fundamental) nº 153, na qual a Ordem dos Advogados do Brasil pediu uma interpretação conforme a Constituição para declarar, de acordo com seus preceitos fundamentais, que a anistia concedida pela lei aos crimes políticos e conexos não se estende aos crimes comuns.¹⁹⁹

Continuando, outros afirmam que a legislação internacional dos direitos humanos tornou os crimes de lesa humanidade imprescritíveis e não anistiáveis, e mesmo que o país não tenha ratificado tratados com este teor, sua vinculação se deve ao costume internacional.²⁰⁰ Uma novidade interessante seria considerar certas condutas como crimes permanentes, o que vem sendo feito pelo Ministério Público Federal em relação aos crimes de sequestro e ocultação de cadáver.²⁰¹

De outro lado estão os que defendem a manutenção da interpretação atual sobre a Lei de Anistia. Primeiro, seria extremamente problemático alterar uma interpretação que se consolidou por trinta anos e que teve seu ponto alto na recente decisão do Supremo Tribunal Federal na ADPF 153. A mudança radical de uma interpretação sedimentada por décadas seria uma *retroatividade encoberta*, segundo Nilo Batista. Batista também menciona E. Raúl Zaffaroni, para quem um novo critério interpretativo seria uma violação oblíqua do princípio da legalidade.²⁰² O próprio Batista em 1979 defendeu que a Lei de Anistia não abrangia a tortura e o homicídio de presos políticos. Naquele momento afirmou:

A tortura e o homicídio de um preso não são crimes políticos, nem são crimes conexos a crimes políticos, objetiva ou subjetivamente. São crimes comuns, são repugnantes crimes comuns, que estão a merecer – até quando? – processo e julgamento.²⁰³

¹⁹⁸ CARTA MAIOR. **Manifesto de juristas defende processo contra torturadores**. 12 de agosto de 2008. Disponível em <migre.me/eHthB>. Acessado em 20/04/2013.

¹⁹⁹ Também o projeto de lei 573/2011 de Luiza Erundina.

²⁰⁰ Argumento usado, sobretudo, pelos que defendem uma preponderância do direito internacional sobre o direito interno. Suas bases são a Convenção sobre a Imprescritibilidade dos Crimes de Guerra e dos Crimes Contra a Humanidade (1968), o Estatuto de Roma (1998) e as jurisprudências da Corte Interamericana, especialmente, Barrios Altos (Chumbipuma Aguirre y otros) vs Perú (2001) e Almonacid Arellano y otros vs Chile (2006).

²⁰¹ MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. **Ditadura Militar - Ações e Representações**. Disponível em <http://migre.me/eHsxT> Acessado em 05/04/2013.

²⁰² BATISTA, Nilo. **Nota introdutória**. In: DIMOULIS, D. *et al.* Justiça de Transição no Brasil: Direito, Responsabilidade e Verdade. 2010. p.8; e SWENSSON JR, Lauro J. **Punição para os crimes da ditadura militar: contornos do debate**. In: DIMOULIS, D. *et al.* Justiça de Transição no Brasil: Direito, Responsabilidade e Verdade. 2010. p. 40.

²⁰³ BATISTA, Nilo. **Aspectos jurídico-penais da Anistia**. In: Revista de Direito Penal, V.1. Rio de Janeiro: Forense: Instituto de Ciências Penais do Rio de Janeiro. 1979. p. 42.

Esse “até quando?” já passou, e para Batista não podemos mais punir os agentes responsáveis por estes delitos sob pena de, paradoxalmente, violar a própria legalidade democrática.²⁰⁴ Além disso, diz Dimitri Dimoulis²⁰⁵, a maioria das forças políticas de esquerda da época apoiaram a anistia e os constituintes de 1988 não alteraram o equilíbrio criado pela Lei de Anistia.²⁰⁶

Segundo, não obstante a dificuldade em se definir o *crime político*, a Lei de Anistia adotou um critério amplo incluindo “crimes conexos aos crimes políticos”. Crimes conexos, segundo a lei, são aqueles cometidos por motivação política e, por mais reprováveis que sejam as ações dos agentes da ditadura militar, se estas tiverem motivação política e não pessoal, estariam amparadas pela anistia.²⁰⁷ Neste caso, outros autores retrucam que somente uma investigação deixaria claro se as motivações foram políticas ou não, sendo que o argumento acima não poderia ser utilizado para validar genericamente a Lei de Anistia, como aconteceu no julgamento da ADPF 153.²⁰⁸

Terceiro, para que os instrumentos normativos internacionais tenham validade no ordenamento jurídico brasileiro, devem antes sofrer um processo de internalização pelo Estado. Esta previsão é clara na Constituição de 1988 assim como também era na Constituição de 1964. O Brasil não aderiu à Convenção sobre Imprescritibilidade de Crimes de Guerra e Crimes Contra a Humanidade de 1968, nem a qualquer outro ato internacional estabelecendo a imprescritibilidade de crimes contra a humanidade.²⁰⁹ Mesmo a Convenção Americana de Direitos Humanos de 1969 (Pacto de São José da Costa Rica) só tem competência para fatos posteriores a 10 de dezembro de 1998.²¹⁰

²⁰⁴ BATISTA, Nilo. **Nota introdutória**. In: DIMOULIS, D. *et al.* Justiça de Transição no Brasil: Direito, Responsabilidade e Verdade. 2010. p.16.

²⁰⁵ DIMOULIS, D. **Justiça de Transição e função anistiantes no Brasil. Hipostaseações indevidas e caminhos de responsabilização**. In: DIMOULIS, D. *et al.* Justiça de Transição no Brasil: Direito, Responsabilidade e Verdade. 2010. p. 116.

²⁰⁶ Também Batista, para quem o Congresso Nacional de 1979 pode ser olhado com certas reservas, mas o de 1985 não. BATISTA, Nilo. **Nota introdutória**. In: DIMOULIS, D. *et al.* Justiça de Transição no Brasil: Direito, Responsabilidade e Verdade. 2010. p. 11. Há ainda a discussão sobre os atos posteriores a Lei de Anistia, como a carta-bomba que explodiu na Ordem dos Advogados do Brasil no Rio de Janeiro em 1980, e o atentado ao Riocentro durante a comemoração do Dia do Trabalhador em 1981.

²⁰⁷ SWENSSON JR, Lauro J. **Punição para os crimes da ditadura militar: contornos do debate**. In: DIMOULIS, D. *et al.* Justiça de Transição no Brasil: Direito, Responsabilidade e Verdade. 2010. p. 40.

²⁰⁸ VENTURA, Deisy. **A interpretação judicial da Lei de Anistia brasileira e o Direito Internacional**. In: A Anistia na Era da Responsabilização: O Brasil em perspectiva internacional e comparada. 2011. p. 339.

²⁰⁹ SWENSSON JR, Lauro J. **Punição para os crimes da ditadura militar: contornos do debate**. In: DIMOULIS, D. *et al.* Justiça de Transição no Brasil: Direito, Responsabilidade e Verdade. 2010. p. 42.

²¹⁰ SWENSSON JR, Lauro J. **Punição para os crimes da ditadura militar: contornos do debate**. In: DIMOULIS, D. *et al.* Justiça de Transição no Brasil: Direito, Responsabilidade e Verdade. 2010. p. 43. Com essa mesma lógica, Tulio Viana também defende a prescrição para esses crimes. Ver VIANNA,

Contrariamente, Deyse Ventura afirma que não seria razoável esperar que o Brasil, no auge da ditadura, ratificasse a Convenção sobre Imprescritibilidade de 1968.²¹¹ Entretanto, mesmo após a democratização seguimos sem assinar, diferentemente de Argentina e Uruguai.²¹²

Por fim, o costume internacional não pode ser fonte de Direito Penal, salvo se para beneficiar o acusado, segundo o princípio constitucional da legalidade. Apesar de parte da literatura da justiça de transição afirmar o contrário.²¹³ Aliás, o princípio da legalidade e a irretroatividade da lei penal são normas cogentes para o Brasil, que assinou diversos tratados nesse sentido, incluindo o Estatuto de Roma.

3.3 Discursos punitivos na literatura sobre Justiça de transição. O que *ainda* resta na ideologia da pena

3.3.1 Punir para ensinar

Sávia Cordeiro de Souza lembra que para alguns autores a punição ajudaria para a consolidação democrática e a promoção dos direitos humanos, pois avisariam a sociedade de que ações criminais similares serão devidamente investigadas e julgadas, acabando-se, assim, com uma cultura de impunidade.²¹⁴ Há ainda neste discurso uma

Tulio. **30 anos da Lei de Anistia: ainda é possível punir os torturadores?**. 23 de agosto de 2009. Disponível em: <migre.me/ePX5P>. Acessado em 12/05/2013.

²¹¹ VENTURA, Deisy. **A interpretação judicial da Lei de Anistia brasileira e o Direito Internacional**. In: A Anistia na Era da Responsabilização: O Brasil em perspectiva internacional e comparada. 2011. p. 327.

²¹² Já se afirmou, também, que a não ratificação do tratado não afasta sua aplicação, pois estaria amparado em princípio do direito internacional vigente antes de sua aprovação. A pergunta que caberia aqui é: porque aprovaríamos e ratificaríamos um tratado se já somos obrigados a cumpri-lo? Ver **Parecer técnico sobre a natureza dos crimes de lesa-humanidade, a imprescritibilidade de alguns delitos e a proibição de anistias**. In: SOARES, Inês V. P. & Kishi, Sandra, A. S. (Coord.). Memória e Verdade: A Justiça de Transição no Estado Democrático brasileiro. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 396.

²¹³ Por exemplo: MONTECONRADO, Fabíola; MOURA, Maria & ZILI, Marcos. **A Justiça de Transição – Um caminho ainda a percorrer**. In: AMBOS, Kai *et al.* Anistia, justiça e impunidade: reflexões sobre a justiça de transição no Brasil. 2010. p. 189. FELIPE, Marcio S. **STF, Corte Interamericana e anistia: aspectos jurídicos**. 06 de maio de 2011. Disponível em <www.direzende.com.br/portal/?p=1166>. Acessado em 20/03/2013.

²¹⁴ Ela cita OLSEN, T. *et al.* **Transitional Justice in balance**. 133. Ver SOUZA, Sávia Cordeiro de. **A justiça de transição brasileira: Lei 6.683/79 e a luta contra uma política de esquecimento**. Dissertação de Mestrado - Departamento de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. 2012. p. 31. Aqui é preciso fazer uma ressalva: afirmar que existe uma “cultura de impunidade” no Brasil é no mínimo discutível, visto que temos uma população carcerária de mais de meio milhão de pessoas, atingindo o posto de 4ª maior população carcerária do mundo. O que existe é uma cultura de punição para determinados setores e impunidade para outros. Falar de impunidade em sentido geral no Brasil, ou ao menos sem essa ressalva, é esconder uma imensa punição seletiva que auxilia muito no aumento de violações de direitos humanos.

ideia de punição com efeitos pedagógicos, que ensinaria aos demais que atos como os cometidos pelos agentes estatais da ditadura não são corretos. Como ressaltado por Moreira Filho:

A possibilidade de julgamentos pelo cometimento de crimes imprescritíveis por parte dos agentes públicos que violaram direitos humanos durante a ditadura militar não é, portanto, motivada por atitudes revanchistas e ressentidas, mas sim pela necessidade das brasileiras e dos brasileiros de explorarem a sua própria história, de enfrentarem sua face traumatizada e recalçada, de fazerem justiça às vítimas que jazem sob os escombros nos quais se erguem suas casas e instituições. É preciso que se diga de uma vez por todas, em alto e bom som que **RECORRER À TORTURA É ALGO ERRADO.**²¹⁵

Para estes autores a punição não seria somente uma retribuição, mas também uma correção, demonstrando uma resposta crítica ao regime anterior.²¹⁶ Angela Mendes de Almeida segue a mesma linha, colocando que além de fazer justiça aos familiares, a punição serve para que a sociedade entenda que a tortura é um crime: “só punindo os torturadores a tortura (de hoje) acaba”.²¹⁷ Assim, a prática de tortura se manteria na medida em que a impunidade é assegurada aos torturadores.²¹⁸

Com a mesma lógica, Kathryn Sikkink assinala que não punir incentivaria mais violações de direitos humanos, pois criaria uma sensação de impunidade no setor de segurança. Devido a isso, o julgamento e a punição de torturadores ajudariam a construir o Estado de direito.²¹⁹ Para Becher e Assumpção²²⁰ a punição, além de dissuadir futuras violações, indicaria que ninguém está acima da lei e, se a democracia é baseada na lei, ninguém estaria acima da democracia.²²¹

²¹⁵ **Lembranças vivas, feridas abertas: a punição aos torturadores da ditadura no Brasil.** Entrevista com José Carlos Moreira da Silva Filho. In: Memória e Justiça: quando esquecer é imoral. Cadernos IHU em formação. Ano VIII. N. 41. 2012. p. 44-45.

²¹⁶ Ver SOUZA, Sávila Cordeiro de. **A justiça de transição brasileira: Lei 6.683/79 e a luta contra uma política de esquecimento.** Dissertação de Mestrado - Departamento de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. 2012. p. 29-30.

²¹⁷ ISTOÉ. **Só punindo os torturadores a tortura acaba.** Entrevista com Ângela Mendes de Almeida. 22 de agosto de 2012. Disponível em <migre.me/eHRSR >. Acessado em 12/04/2012.

²¹⁸ PIOVESAN, Flávia. **Direito internacional dos direitos humanos e a lei de anistia: o caso brasileiro.** In: TELES, E.; SAFATLE, W. (Orgs). O que resta da ditadura: a exceção brasileira. 2010. p. 106.

²¹⁹ IHU ON-LINE. **Ninguém está acima da lei.** Entrevista com Kathryn Sikkink. 18 de agosto de 2008. Disponível em <migre.me/eHSxM>. Acessado em 12/11/2012.

²²⁰ ASSUMPTÃO, Marla & BECHER, Franciele. **Por que não esquecer? Memória, verdade, justiça e suas implicações para a democracia brasileira.** In: Memória, verdade e justiça: as marcas das ditaduras do Cone Sul/organizadores Enrique Serra Padrós, Carmen Lúcia da Silveira Nunes, Vanessa Albertinence Lopez, Ananda Simões Fernandes. – Dados eletrônicos – Porto Alegre: Assembleia Legislativa do Rio Grande do Sul, 2011. p. 268-269.

²²¹ Sikkink utiliza argumento parecido na entrevista citada acima.

Todos os argumentos acima expostos fazem parte de certa tradição do penalismo. São teorias que veem na pena uma forma de prevenir o acontecimento de novos delitos. Tais teorias são divididas em (1) prevenção especial negativa e positiva e (2) prevenção geral negativa e positiva.

Antonio Martins²²² já informou que as teorias da prevenção especial desempenhariam uma função secundária neste caso, pois as funções de ressocialização e neutralização dos autores que normalmente são problemáticas e carentes de comprovação empírica fariam menos sentido em nosso caso. Restaria a prevenção geral. O sentido de prevenção geral pode ser extraído dos discursos acima, que sugerem uma função *pedagógica* da punição aos agentes da ditadura militar, apostando na capacidade comunicativa do Direito Penal em fortalecer valores positivos na sociedade, fazendo com que outras pessoas não repitam a conduta do apenado. A prevenção geral também pode ter um viés “negativo”, quando a pena serve para dissuadir as outras pessoas a não cometer o mesmo crime através do medo da punição.

Em Zaffaroni, Batista, Alejandro Alagia e Alejandro Slokar vemos que a prevenção geral negativa não se sustenta perante a realidade social e nos leva a consequências incompatíveis com o estado de direito²²³, porque (1) trabalha com uma noção mecânica-racional-mercadológica do homem, que em todos os casos avaliará o custo benefício de sua conduta; (2) não possui capacidade dissuasiva comprovada, menos ainda em casos de delitos por motivação política, sendo as únicas experiências de efeito dissuasivo do poder punitivo passíveis de verificação aquelas dos estados de terror, com penas cruéis e indiscriminadas, como na ditadura militar brasileira; (3) e confunde o poder do direito em geral, da ética social e da cultura com o poder punitivo, uma vez que não convém uma sociedade em que as pessoas deixem de cometer atos indesejados apenas pelo medo da punição e não porque são atos indesejados, nem tampouco se sustentaria uma sociedade cujos membros realizassem todas as ações que sabem não estarem criminalizadas.²²⁴ Essa confusão do poder punitivo com outros campos fica nítida na afirmação de Torelly, de que a revisão de Lei de Anistia faria com que tratássemos como “criminosos” os agentes da ditadura, varrendo para o lixo da

²²² MARTINS, Antonio. **Sobre direito, punição e verdade: reflexos acerca dos limites da argumentação jurídica**. In: DIMOULIS, D. *et al.* Justiça de Transição no Brasil: Direito, Responsabilidade e Verdade. 2010. p. 86.

²²³ ZAFFARONI, E. Raul, BATISTA, Nilo. ALAGIA, Alejandro. SLOKAR, Alejandro. **Direito Penal Brasileiro: Primeiro volume – Teoria Geral do Direito Penal**. 2003. p. 121

²²⁴ ZAFFARONI, E. Raul, BATISTA, Nilo. ALAGIA, Alejandro. SLOKAR, Alejandro. **Direito Penal Brasileiro: Primeiro volume – Teoria Geral do Direito Penal**. 2003. p. 118.

história aqueles que apoiaram o regime.²²⁵ Ora, não é papel do direito penal varrer ninguém para o “lixo da história”, ainda que de forma colateral. Por fim, no plano político e teórico, aceitar a validade de uma teoria como essa permitiria a criação de penas cada vez mais graves, tendo em conta que nunca encontraríamos a dissuasão com as penas atuais, culminando na pena de morte.²²⁶

Muito por conta destes fatos construiu-se a noção de prevenção geral positiva, indicando (1) uma reafirmação da norma protetora de bens jurídicos importantes para reforçar a confiança na ordem jurídica e (2) a promoção de valores importantes socialmente; o que nos remete à pergunta de Martins: a imposição de um mal é instrumento válido para promover valores sociais desejados? A resposta deve levar em consideração também a carga histórica de opressão da pena, que possui efeitos perversos de exclusão e seleção.²²⁷ Batista também nos alertou para o fato de que atribuir uma utilidade ao sofrimento não é apenas o monstruoso e inabalável fundamento das legitimações preventivas da pena, mas também o princípio legitimador da tortura (conduta que se pretende rechaçar).²²⁸

Além disso, devemos considerar que a ideia de prevenção geral demonstra cabalmente a não preocupação do Direito Penal com a vítima, pois mesmo que a pena não lhe cure as feridas ou repare os danos, é preciso impor um mal ao autor para promover *coesão social* ou *consenso*.²²⁹ A pena se dirige à opinião pública, o que significa que os crimes não selecionados pelo sistema penal, como os de colarinho branco, jamais serão vistos como crimes. Em relação ao resultado, a prevenção geral positiva não difere da negativa, e quanto mais conflituosa for uma sociedade em razão de sua injustiça estrutural, haverá menos consenso e necessitaremos sempre de penas maiores.²³⁰

²²⁵ TORELLY, Marcelo D. **Justiça de Transição e Estado Constitucional de Direito: perspectiva teórico-comparativa e análise do caso brasileiro**. 2012. p. 346.

²²⁶ ZAFFARONI, E. Raul, BATISTA, Nilo. ALAGIA, Alejandro. SLOKAR, Alejandro. **Direito Penal Brasileiro: Primeiro volume – Teoria Geral do Direito Penal**. 2003. p. 119.

²²⁷ MARTINS, Antonio. **Sobre direito, punição e verdade: reflexos acerca dos limites da argumentação jurídica**. In: DIMOULIS, D. *et al.* **Justiça de Transição no Brasil: Direito, Responsabilidade e Verdade**. 2010. p. 86.

²²⁸ BATISTA, Nilo. **Relembração de Louk Hulsman**. In: BATISTA, Nilo & KOSOVSKI, Ester (Org.). **Tributo a Louk Hulsman**. 2012. p. 61

²²⁹ ZAFFARONI, E. Raul, BATISTA, Nilo. ALAGIA, Alejandro. SLOKAR, Alejandro. **Direito Penal Brasileiro: Primeiro volume – Teoria Geral do Direito Penal**. 2003. p. 121

²³⁰ ZAFFARONI, E. Raul, BATISTA, Nilo. ALAGIA, Alejandro. SLOKAR, Alejandro. **Direito Penal Brasileiro: Primeiro volume – Teoria Geral do Direito Penal**. 2003. p. 122-123.

Não está provado que o sistema penal previna condutas criminais por parte dos que não tenham cometido crimes (de Hannah Arendt à Louk Hulsman).²³¹ Mesmo porque as próprias estatísticas criminais são falhas a esse respeito. Quando normalmente se fala em estatísticas de criminalidade, na realidade se trata de estatísticas de criminalização, uma vez que a criminalidade é indemonstrável. Daí a criminologia fazer menção à *cifra negra* ou *cifra oculta*²³². Por isso a tese de Sikkink, amplamente citada pela literatura sobre justiça de transição, causa certo espanto inicialmente.

3.3.1.1 A tese de Kathryn Sikkink

A pesquisadora teria verificado que países que realizaram processos criminais e puniram os agentes da ditadura na América latina possuem estatísticas de proteção aos direitos humanos melhores que as brasileiras. O método é o da comparação e, de acordo com a pesquisa, os melhores índices de proteção aos direitos humanos são dos países que puniram agentes da ditadura. Sikkink utiliza o índice PTS (Political Terror Scale²³³), confeccionado por pesquisadores que usaram dados da Anistia Internacional e do Departamento de Estado norte-americano.

Os dados se referem à tortura, execução sumária, desaparecimentos forçados e prisões políticas. Este índice não mede o *nível de democracia*, mas a quantidade de violações. Edson Teles, por exemplo, indica, a partir dos estudos de Sikkink, que os países que julgaram e puniram os criminosos dos regimes autoritários sofrem menos abusos de direitos humanos. “O estudo atesta que a impunidade em relação aos crimes do passado implica incentivo a uma cultura de violência nos dias atuais”, afirma.²³⁴ Segundo Teles, enquanto os torturadores do passado não forem punidos, não teremos êxito nas políticas de diminuição de violência.

A autora comparou os números do índice PTS com o número de processos contra agentes das ditaduras e o tempo decorrido desde o início deles. Isso mostrou, por

²³¹ “Nenhum castigo jamais possuiu poder suficiente para impedir a penetração de crimes”. ARENDT, Hannah. **Eichmann em Jerusalém: um relato sobre a banalidade do mal**. 1999. p. 296.

²³² Diferença entre crimes cometidos e crimes que chegam ao conhecimento social, normalmente através do sistema penal. A maioria dos crimes não chega ao conhecimento das autoridades e não são punidos.

²³³ O índice pode ser consultado aqui: <www.politicalterror scale.org>

²³⁴ TELES, Edson. **Democracia e estado de exceção no Brasil**. In: Memória, verdade e justiça: as marcas das ditaduras do Cone Sul / organizadores Enrique Serra Padrós, Carmen Lúcia da Silveira Nunes, Vanessa Albertinence Lopez, Ananda Simões Fernandes. – Dados eletrônicos – Porto Alegre: Assembleia Legislativa do Rio Grande do Sul, 2011. p. 250.

exemplo, que a Argentina, o país com o melhor índice PTS é também o país que possui mais processos e por mais tempo. O estudo é interessante e pode ser muito útil para as pesquisas sobre transição, mas não indica absolutamente que os processos criminais ou as punições proporcionaram menos violações. Isso pode ter acontecido por inúmeros outros fatores e a própria pesquisadora admite tal fato. O que Sikkink faz é sugerir que há uma relação entre os processos e punições e os melhores índices de respeito aos direitos humanos. Vejamos:

Por exemplo, o nível brasileiro de democracia é considerado relativamente alto, e similar do da Argentina, Peru e México, mas registros dos direitos humanos não são tão fortes quanto pareceriam indicar. Eu acredito que o fracasso do Brasil em responsabilizar funcionários estatais pode ajudar a explicar porque a situação dos direitos humanos não melhorou como a dos outros países na região.²³⁵ (Tradução nossa)

(...)

A simples análise do quadro 5.1 também não pode distinguir se as melhorias de direitos humanos estão relacionadas à institucionalização democrática ou a numerosos fatores que não são processos. Isto é difícil provar porque há apenas um grande país de transição – Brasil – que não possui processos. De qualquer maneira, se olharmos para o Brasil antes e depois da transição para a democracia em 1985, vemos que o nível da média na Political Terror Scale piorou nos dez anos após a transição. O caso do Brasil sugere que a transição para a democracia, em si, não garante uma melhoria nas práticas fundamentais de direitos humanos. Mas ainda é possível que alguns fatores ainda desconhecidos que impeçam julgamentos *também* causem a continuidade em violações de direitos.²³⁶ (Tradução nossa)

Entretanto, a própria Sikkink auxilia na confusão, como em entrevista de 2008, onde afirma que “a não punição abre precedente para que o Estado continue autoritário”, que “além de consolidar o regime democrático pode melhorar a vida da população, com o avanço da preservação dos direitos humanos no país” e, por fim, que “se deixar sem punir, é como legitimar a ação desses torturadores”. Tais afirmativas

²³⁵ “For example, Brazil’s level of democracy is considered relatively high, and similar to that of Argentina, Peru, and Mexico, but its human rights record is not as strong as this would seem to suggest. I believe that Brazil’s failure to hold state officials accountable may help explain why its human rights situation has not improved as much as some other countries in the region.”. SIKKINK, Kathryn. **The Justice Cascade: how human rights prosecutions are changing world politics**. 2011. p. 150.

²³⁶ “The simple analysis in Table 5.1. also cannot distinguish if the improvements in human rights are due to the democratic institutionalization or to numerous variable factors other than prosecutions. This is difficult to test because there is only one major transitional country - Brazil – that did not hold prosecutions. However, if we first look at Brazil before and after transition to democracy in 1985, we see that its average score on the Political Terror Scale worsened for the ten years after transition. The Brazil case suggests that transition to democracy, in and of itself, does not guarantee an improvement in basic human rights practices. But it is still possible that some as yet unknown factors that prevent trials also cause the continuing rights abuses.”. SIKKINK, Kathryn. **The Justice Cascade: how human rights prosecutions are changing world politics**. 2011. p. 151-152.

poderiam ser verdade se a única resposta possível aos atos da ditadura fosse a punição, o que definitivamente não é, nem poderia ser. Veremos isso mais adiante.

O importante aqui é que muitos autores e a própria Sikkink nos dão a entender que a punição aos agentes da ditadura conduz a uma melhor proteção aos direitos humanos. Apesar da pesquisa tão somente sugerir tal coisa e fazer isso com base em análise comparativa. Todavia, mesmo essa comparação é discutível. Na realidade, nenhum índice de direitos humanos pode levar em conta todas as violações, uma vez que grande parte delas não chega ao conhecimento das autoridades, tampouco ao nosso conhecimento. Igualmente, é muito difícil medir o nível de respeito aos direitos humanos na ditadura militar brasileira se não temos acesso a toda a verdade do regime. Hoje possuímos alguma noção dos fatos, mas é possível que, com a abertura de arquivos secretos, venhamos a conhecer com mais profundidade e concluir que o regime foi mais violento do que imaginávamos. É comum a ideia de que vivemos em um momento de maior repressão e violação de direitos, como a pesquisa de Sikkink sugere. Pode ser verdade, porém é possível afirmar categoricamente. Devemos considerar, igualmente, que os processos criminais contra agentes da ditadura na Argentina não tardaram a começar; o que prontamente provoca uma grande diferença de contexto, uma vez que no Brasil a maior parte das condutas possui mais de trinta anos.

A pesquisa de Sikkink se insere em um debate diferente do proposto neste trabalho, mas que o complementa de maneira interessante. Ela está discutindo com outros pesquisadores que analisam estatísticas de regimes de transição e tentam apontar os melhores instrumentos para cada caso. Os principais instrumentos utilizados para essas pesquisas são os processos e punições de agentes, as comissões para a verdade e as anistias. Outros fatores normalmente são deixados de lado e as pesquisas apontam as diferenças em índices de direitos humanos de acordo com a utilização de cada instrumento em cada país. Temos isso em Trícia Olsen, Leigh Payne e Andrew Reiter, que veem aspectos positivos na utilização de anistias, principalmente se alinhadas a julgamentos ou comissões para a verdade.²³⁷

No entender de Sikkink, existe hoje uma *cascata de justiça*, característica da chamada *era da responsabilização* (penal individual), onde cada vez mais agentes de regimes ditatoriais são punidos. Um dos exemplos desse período é a jurisprudência da

²³⁷ OLSEN, Trícia; PAYNE, Leigh & REITER, Andrew. **As implicações políticas dos processos de anistia**. In: A Anistia na Era da Responsabilização: O Brasil em perspectiva internacional e comparada. 2011. p. 542-571.

Corte Interamericana de Direitos Humanos. Enquanto alguns autores discordam da ideia de cascata de justiça, defendendo outras formas de solução, que não aquelas da justiça penal internacional²³⁸, outros problematizam a forma como a jurisprudência da CIDH se constrói.

Raquel Cruz de Lima²³⁹ vê como perigosa essa jurisprudência, que parece sugerir que cada vez mais *nenhum* tipo de situação que leve a absolvição será aceita, reduzindo os direitos do acusado. Tais fatos geram incompatibilidades entre os processos e os direitos humanos, não apuráveis pela metodologia de Sikkink.

O menoscabo que se opera ao direito do indivíduo condenado e que tem seus benefícios carcerários restringidos dificilmente é qualificado como uma violação de direitos humanos em registros mais globais e de amplo enfoque temático sobre a situação dos direitos humanos em um país. Além disso, a abordagem consequencialista que ela privilegia ignora por completo o quanto a persecução criminal pode ser intrinsecamente incompatível com a proteção de direitos humanos quando a finalidade a que essa persecução almeja é o encarceramento do indivíduo condenado. Alguns pesquisadores têm mostrado o quanto a sanção penal baseada na pena de prisão e, portanto, com objetivos eminentemente repressores e socialmente excludentes, não pode ser compatível com o discurso dos direitos humanos que almeja à emancipação do homem.²⁴⁰

Assim, para Lima é importante ver com cuidado a forma como a responsabilidade penal individual tem se difundido, com a ideia jamais comprovada de que a punição ou o endurecimento dela pode garantir um decréscimo nas condutas punidas ou mesmo sua não repetição.

Phil Clark sustenta a importância de estratégias de responsabilização interna mais apropriadas para o contexto local e, por isso, mais susceptíveis de produzir maiores benefícios em longo prazo do que os modelos propostos por defensores da norma internacional. Ele estudou os casos de Ruanda e Uganda e ressalta que os defensores da norma internacional, ainda que com boas intenções, podem prestar um

²³⁸ CLARK, Phil. **Riachos de justice: debatendo a responsabilidade pós-atrocidade em Ruanda e Uganda** In: A Anistia na Era da Responsabilização: O Brasil em perspectiva internacional e comparada. 2011. p. 506-540.

²³⁹ LIMA, Raquel C. **A emergência da responsabilidade criminal individual no Sistema Interamericano de Direitos Humanos**. Lua Nova. N. 86. 2012. Disponível em < migre.me/eQLVs>. Acessado em 02/05/2013.

²⁴⁰ LIMA, Raquel C. **A emergência da responsabilidade criminal individual no Sistema Interamericano de Direitos Humanos**. Lua Nova. N. 86. 2012. Disponível em < migre.me/eQLVs>. Acessado em 02/05/2013.

desserviço à causa da justiça abrindo caminho para uma visão estreita de responsabilidade penal.²⁴¹

Garapon nos informa que a única resposta que a comunidade internacional soube dar ao genocídio de Ruanda consistiu em, simplesmente, copiar os estatutos do Tribunal Penal Internacional para a ex-Iugoslávia, instituindo o Tribunal Penal Internacional para o Ruanda, situado em Arusha na Tanzânia e com debates em francês e inglês, somente transmitidos parcialmente em língua nacional pela rádio local.²⁴² Não houve qualquer preocupação em adaptar o caso para o contexto ruandês, nenhum estudo prévio foi realizado sobre o contexto, a especificidade do genocídio e suas causas profundas.²⁴³ Esse modelo rapidamente mostrou seus limites. Criado para julgar primeiro os suspeitos de alta consideração, o Tribunal deixou os peixes pequenos do outro lado da fronteira, em Ruanda. Mais de cem mil prisioneiros em “condições propícias de matar número maior de pessoas do que o Tribunal Internacional em Arusha jamais conseguiria.”²⁴⁴ Em 1999, três mil pessoas morreram nas prisões ruandesas. Por isso em 2002 iniciou-se um sistema de tribunais chamado Gacaca, um antigo procedimento consuetudinário com a participação de pessoas comuns, cujo propósito, segundo Christie, se aproxima da mediação e da restauração.²⁴⁵ Para Clark, os críticos dos tribunais Gacaca, principalmente ONGs internacionais, ignoram muitos benefícios não punitivos em termos de recuperação da verdade e da participação popular nos julgamentos.²⁴⁶

3.3.2 Punir para descobrir a verdade

Outro argumento recorrente seria a importância do processo penal para a elucidação da verdade. Vemos isso em Arnaldo Vieira Sousa, onde a justiça transformaria a memória em projeto para o futuro

²⁴¹ CLARK, Phil. **Riachos de justiça: debatendo a responsabilidade pós-atrocidade em Ruanda e Uganda** In: A Anistia na Era da Responsabilização: O Brasil em perspectiva internacional e comparada. 2011. p. 511.

²⁴² GARAPON, Antoine. **Crimes que não se podem punir nem perdoar**. 2004. p. 84.

²⁴³ GARAPON, Antoine. **Crimes que não se podem punir nem perdoar**. 2004. p. 241.

²⁴⁴ CHRISTIE, Nils. **Uma razoável quantidade de crime**. 2011. p. 143-144.

²⁴⁵ CHRISTIE, Nils. **Uma razoável quantidade de crime**. 2011. p. 144. Também GARAPON, Antoine. **Crimes que não se podem punir nem perdoar**. 2004. p. 243.

²⁴⁶ CLARK, Phil. **Riachos de justiça: debatendo a responsabilidade pós-atrocidade em Ruanda e Uganda** In: A Anistia na Era da Responsabilização: O Brasil em perspectiva internacional e comparada. 2011. p. 524.

permitindo que as lembranças traumáticas do outro se insiram no espaço público através do testemunho das atrocidades sofridas e do processo que permite a punição exemplar daqueles que cometeram tais atrocidades.²⁴⁷

Esse seria o significado da frase de Ricoeur, em que o dever de memória seria um dever de justiça. No entanto, não devemos confundir justiça com punição, como os teóricos da justiça de transição fazem com frequência. Sousa continua, afirmando que o dever de prestação da tutela jurisdicional é o dever de permitir que as memórias dos oprimidos venham à tona na formação da memória coletiva nacional²⁴⁸ Torelly entende do mesmo modo, afirmando que

uma revisão da interpretação dada a lei (de anistia) permitiria a ampla investigação dos fatos ocorridos no passado (talvez de modo muito mais concreto que em uma Comissão da Verdade, que pode jamais obter meios de adesão suficientes para se fazer efetiva) (...)²⁴⁹

Nesse sentido, Kai Ambos mostra que a maioria das vítimas vê como propósito fundamental de empreender ações contra os autores a revelação da verdade dos fatos.²⁵⁰

O processo penal não parece ser o local adequado à elucidação da verdade.²⁵¹ Primeiramente pelo seu caráter individual. O que estará em jogo será a culpa ou inocência de um indivíduo e a verdade a ser buscada deverá estar relacionada aos fatos supostamente cometidos por este réu. Logo o conjunto das relações sociais que proporcionavam e legitimavam suas condutas estarão postos de lado. Nenhuma empresa, rede de televisão ou Estado estrangeiro figurará no banco dos réus. A verdade, neste caso, será limitadíssima. Depois, ao condenar um réu o juiz deve ter certeza absoluta de sua responsabilidade. Qualquer dúvida levará à absolvição e poderá jogar por água abaixo todo o trabalho anterior de busca pela verdade. Isso nos leva a pergunta bem colocada por Martins. A busca pela verdade implica necessariamente a

²⁴⁷ SOUSA, Arnaldo Vieira. **Lei da anistia: o Direito entre a memória e o esquecimento** / Monografia (Graduação) – Universidade Federal do Maranhão, Curso de Direito. São Luís, 2010. p. 55

²⁴⁸ SOUSA, Arnaldo Vieira. **Lei da anistia: o Direito entre a memória e o esquecimento** / Monografia (Graduação) – Universidade Federal do Maranhão, Curso de Direito. São Luís, 2010. p. 55

²⁴⁹ TORELLY, Marcelo D. **Justiça de Transição e Estado Constitucional de Direito: perspectiva teórico-comparativa e análise do caso brasileiro**. 2012. p. 346.

²⁵⁰ AMBOS, Kai. O Marco Jurídico da Justiça de Transição. In: AMBOS, Kai *et al.* **Anistia, justiça e impunidade: reflexões sobre a justiça de transição no Brasil**. 2010. p. 34.

²⁵¹ Todorov também questiona se precisamos de um processo para a memória. TODOROV, Tzvetan. **Los abusos de la memoria**. 2000. p. 56.

condenação? ²⁵² Ou não estamos confundindo as coisas, trazendo a um campo do direito o que não lhe pertence? Essa busca pela verdade não pode ser feita, e melhor, através de ações civis, como nas ações declaratórias já julgadas procedentes, ou mesmo através de pesquisas como faz a Comissão da Verdade? A condenação, neste caso, seria mais uma forma de valoração do que de verificação, visto que a relação jurídica entre torturador e torturado pode ser declarada civilmente.

Martins²⁵³ destaca três níveis de dificuldades para a busca da verdade através do processo penal. Primeiro as limitações procedimentais em atenção aos princípios de garantia, que limitam a produção de prova. Segundo uma limitação fática, mais precisamente tempo, homens e dinheiro, podendo gerar um efeito contrário, já que a demora no esclarecimento dos fatos operaria no sentido inverso ao pretendido, fazendo com que as informações se percam. Acrescenta-se a isso o caráter seletivo do sistema, que garante na partida que uma quantidade pequena dos fatos seja objeto de processo. Terceiro, o processo penal mantém uma estrutura opressiva, sendo um instrumento ativo de manutenção do poder e das diferenças sociais. Logo investir nesse instrumento é, no mínimo, contraditório.

Para Garapon²⁵⁴, a verdade judiciária sempre será formatada pelo procedimento de alguma maneira. O juiz estará sempre constrangido por regras de competência e elementos constitutivos, além do mais, a perspectiva da pena falseia o testemunho²⁵⁵; por isso a importância de comissões para a verdade, como aconteceu na África do Sul, mais preocupada com a verdade do que com a pena. Kai Ambos também aponta as comissões para a verdade como instrumentos mais interessantes quando se quer saber uma verdade com todas as facetas dos crimes e conflitos passados, incluindo no exame dos casos individuais.²⁵⁶

De acordo com Christie, se a preocupação é viabilizar a verdade, as comissões para a verdade possuem vantagens. Na África do sul foi concedida uma oportunidade para que as pessoas contassem suas histórias, frente a frente com os opressores. O

²⁵² MARTINS, Antonio. **Sobre direito, punição e verdade: reflexos acerca dos limites da argumentação jurídica**. In: DIMOULIS, D. *et al.* Justiça de Transição no Brasil: Direito, Responsabilidade e Verdade. 2010. p. 63.

²⁵³ MARTINS, Antonio. **Sobre direito, punição e verdade: reflexos acerca dos limites da argumentação jurídica**. In: DIMOULIS, D. *et al.* Justiça de Transição no Brasil: Direito, Responsabilidade e Verdade. 2010. p. 83-84.

²⁵⁴ GARAPON, Antoine. **Crimes que não se podem punir nem perdoar**. 2004. pp.164 e 169-170.

²⁵⁵ GARAPON, Antoine. **Crimes que não se podem punir nem perdoar**. 2004. p. 237.

²⁵⁶ AMBOS, Kai. O Marco Jurídico da Justiça de Transição. In: AMBOS, Kai *et al.* **Anistia, justiça e impunidade: reflexões sobre a justiça de transição no Brasil**. 2010. p. 50-51.

objetivo era externar o que as pessoas haviam vivido e visto, ou seja, suas experiências, e não obter uma condenação formal. Em uma corte penal, o fluxo de informações seria limitado exclusivamente para o que fosse relevante do ponto de vista legal, as vítimas seriam tratadas com desconfiança e ferozmente inquiridas pela parte contrária.²⁵⁷

Neste caso existem outras formas mais eficazes de descobrir a verdade, muitas delas já existentes no Brasil, como o trabalho da Comissão especial sobre mortos e desaparecidos, a Comissão de Anistia, o Centro de referência das lutas políticas do Brasil, o projeto Memórias reveladas e as comissões da verdade. Sem falar na importante luta pela publicização de documentos ainda secretos.

3.3.3 Punir para proteger (ou fazer justiça) as vítimas

Um argumento diferente muito utilizado indica que a punição aos torturadores faria justiça às vítimas. Enrique Serra Padrós, por exemplo, entende que devemos punir com rigor e exemplarmente os crimes da ditadura,

pois uma sociedade na qual persistem crimes impunes é uma sociedade fraturada, na qual há vítimas que, além de serem ignoradas suas demandas e exigências, devem conviver, cotidianamente, com a imunidade concedida pelo benefício da anistia aos executores das práticas criminosas das quais foram alvos diretos ou indiretos.²⁵⁸

Braga Filho e Santos²⁵⁹ escrevem que ao enfatizar somente o pagamento de reparações às vítimas, em detrimento de outras formas de resposta, como processar os perpetradores, o Estado brasileiro sinaliza seu desinteresse em fazer justiça às vítimas e seu desprezo para com o Estado de Direito. Abrão e Torelly afirmam que com a inexistência no Brasil de julgamentos relativos aos agentes violadores de direitos

²⁵⁷ CHRISTIE, Nils. **Uma razoável quantidade de crime**. 2011. p. 144

²⁵⁸ PADRÓS, Enrique Serra. **O resgate do passado recente e as dimensões da luta pela verdade e justiça**. In: Memória, verdade e justice: as marcas das ditaduras do Cone Sul / organizadores Enrique Serra Padrós, Carmen Lúcia da Silveira Nunes, Vanessa Albertinence Lopez, Ananda Simões Fernandes. – Dados eletrônicos – Porto Alegre: Assembleia Legislativa do Rio Grande do Sul, 2011. p. 192.

²⁵⁹ Citados por Sousa. Ver SOUSA, Arnaldo Vieira. **Lei da anistia: o Direito entre a memória e o esquecimento** / Monografia (Graduação) – Universidade Federal do Maranhão, Curso de Direito. São Luís, 2010. p. 73.

humanos durante a ditadura militar haveria uma situação de não reconhecimento do direito da proteção judicial às vítimas da ditadura.²⁶⁰

Primeiramente, no caso do Direito Penal é preciso olhar a vítima com certa ambivalência. Nem todas as demandas ou exigências podem ser cumpridas. Mesmo que a vítima queira, por exemplo, o Estado de Direito não pode instituir penas cruéis, ou pena de morte. Outro aspecto deste olhar ambivalente diz respeito à concreta participação da vítima no processo penal. A vítima está sempre em posição desvantajosa²⁶¹, e, seu pretense protagonismo é puramente simbólico, servindo somente para legitimação do poder de punir. A vítima é posta de lado, sendo lhe confiscado o conflito. Foucault²⁶², Batista²⁶³ e Zaffaroni já apontaram que o Direito Penal confiscou da vítima o conflito, afastando-a do processo de resolução do problema²⁶⁴. Assim ensina Zaffaroni:

Desde o século XIII, quando, definitivamente, deixou de ser um julgamento de partes com mediação da autoridade para converter-se em um exercício de poder no qual a autoridade suprimiu uma das partes (a vítima), e mais ainda, desde sua reformulação moderna a partir de século XVIII, o discurso jurídico-penal sempre se baseou em ficções e metáforas, ou seja, em elementos inventados ou trazidos de fora, sem nunca operar com dados concretos da realidade social.”²⁶⁵

Igualmente, nunca se percebeu uma maior proteção da vítima através da punição, mesmo porque a punição ocorre após o cometimento do crime. Tampouco a pena serve para reparar o dano sofrido. Aliás, ainda que a vítima não queira um processo, ou tenha perdoado o agressor, via de regra, ela não pode interferir e encerrá-lo, o que demonstra sua importância diminuta. Assim, é difícil conceber no modelo penal atual um espaço privilegiado para a vítima e, se ela deseja reconhecimento, como afirma Garapon²⁶⁶, será necessário um instrumento diferente.

²⁶⁰ ABRÃO, P & TORELLY, Marcelo D. **As dimensões da Justiça de Transição no Brasil, a eficácia da Lei de Anistia e as alternativas para a verdade e a justiça**. In: A Anistia na Era da Responsabilização: O Brasil em perspectiva internacional e comparada. 2011. p. 226.

²⁶¹ HULSMAN, Louk; CELIS, Jacqueline Bernat de. **Penas perdidas: o sistema penal em questão**. Niterói. LUAM, 1993. p. 154.

²⁶² FOUCAULT, Michel. **A verdade e as formas jurídicas**. 3. Ed. Rio de Janeiro: NAU editora, 2002, p. 65-66

²⁶³ Nilo Batista fala em *expropriação do conflito*. BATISTA, Nilo. **Matrizes ibéricas do sistema penal brasileiro**. 2002, p. 13.

²⁶⁴ Para mais, ver LEMOS, Clécio. **Política criminal no Brasil neoliberal**. Dissertação (mestrado). Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Faculdade de Direito. 2011. p. 24.

²⁶⁵ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas**. 2001, p. 48.

²⁶⁶ GARAPON, Antoine. **Crimes que não se podem punir nem perdoar**. 2004. pp. 135 e 138.

Talvez um instrumento parecido com o proposto pelo abolicionista Thomas Mathiesen, que procura formas de apoio às vítimas, inexistentes no modelo atual, como compensações financeiras pelo Estado, sistema de seguro, apoio econômico em casos de luto, abrigos protetivos e centros de apoio.²⁶⁷ A vítima não recebe nada no modelo atual, e, ao invés de aumentar a punição de acordo com a gravidade da transgressão, Mathiesen propõe aumentar o apoio à vítima de acordo com essa gravidade.²⁶⁸

Ressalte-se, contudo, que os instrumentos de proteção e respeito às vítimas não passam pelo processo penal. Como pontuou Salo de Carvalho²⁶⁹, não devemos confundir o escopo de garantia dos direitos individuais do réu no processo penal com o interesse social de proteção à vítima, muito menos procurar a realização da justiça social via processo penal. São esferas diferentes com interesses diferentes. Ainda Carvalho²⁷⁰, em texto recente, sobre a tragédia de Santa Maria (RS), afirma que o processo penal congela a fratura do delito e sua forma e racionalidade burocrática estabelecem uma cisão entre vítimas e autores do fato. Em momento algum do processo penal existe um espaço que permita a aproximação entre os envolvidos. O Trauma social que é o delito está artificializado, burocratizado e profissionalizado. São mais importantes os atores jurídicos (delegados, promotores, advogados, juízes) do que as vítimas e os autores do fato. Assim, ao invés de ser apresentado como problema, o processo é proclamado como solução. Por isso os protestos na cidade quando foi concedida a liberdade aos acusados através de um dos principais instrumentos democráticos: o *habeas corpus*²⁷¹.

3.3.4 Punição para proteção de bens jurídicos

²⁶⁷ CARVALHO, Salo de. **Considerações sobre as Incongruências da Justiça Penal Consensual: retórica garantista, prática abolicionista.** In: CARVALHO, Salo de. & WUNDERLICH, Alexandre. Diálogos sobre a justiça dialogal: Teses e Antíteses sobre os Processos de Informalização e Privatização da Justiça Penal. 2002. p. 136.

²⁶⁸ MATHIESEN, Thomas. **A caminho do século XXI — abolição, um sonho impossível?.** In: PASSETTI, Edson & BAPTISTA, Roberto. (orgs.). Conversações abolicionistas: uma crítica do sistema penal e da sociedade punitiva. São Paulo, IBCrim/PEPGCS-PUC/SP, 1997, p. 276.

²⁶⁹ CARVALHO, Salo de. **Considerações sobre as Incongruências da Justiça Penal Consensual: retórica garantista, prática abolicionista.** In: CARVALHO, Salo de. & WUNDERLICH, Alexandre. Diálogos sobre a justiça dialogal: Teses e Antíteses sobre os Processos de Informalização e Privatização da Justiça Penal. 2002. p. 150.

²⁷⁰ CARVALHO, Salo de. **O Problema é o Processo (e os seus Atores).** Disponível em: <migre.me/eRCBn>. Acessado em 02/06/2013.

²⁷¹ Vera Malaguti Batista põe como uma das características da *adesão subjetiva à barbárie* o “escárnio das garantias e da defesa, como se fossem embaraços antiéticos à busca da segurança pública”. BATISTA, Vera Malaguti. **Depois do grande encarceramento.** ABRAMOVAY, Pedro Vieira; BATISTA, Vera Malaguti (org). Depois do grande encarceramento. Rio de Janeiro: Revan, 2010, p. 31.

Outros autores imaginam a punição como medida de proteção de bens jurídicos especialmente tutelados pelo Estado. Marcos Zili pensa assim:

A impunidade é, sem dúvida, um mal insuportável, mormente ao envolver a prática de atos lesivos aos bens mais caros à humanidade. Protegê-los pressupõe punir os responsáveis pelos desrespeitos.²⁷²

É evidente que o Estado pode, e deve tutelar bens jurídicos tais como a vida, a integridade física e psíquica ou a liberdade. O Estado deve protegê-los e demonstrar que não se admite condutas que violem esses direitos, como aconteceu fartamente no período entre 1964 e 1985, com o adicional de que as violações eram efetuadas por agentes do próprio Estado. Isso é uma coisa. Outra coisa é pensar que a punição vai proteger esses direitos, ou bens jurídicos. O ilustre professor Juarez Tavares já assinalou que não existe constatação de que a pena sirva para proteger bens jurídicos, ao contrário, essa proteção pode ser efetivada de outros modos mais eficazes.²⁷³ Proteção significa uma atuação anterior, ou seja, antes do direito ser violado. De acordo com Maria Lucia Karam a expressão *tutela penal* é imprópria, na medida em que as leis penais incriminadoras nada protegem, nada tutelam e não evitam a ocorrência das condutas que criminalizam.²⁷⁴ A não ser que consideremos a jamais comprovada força de dissuasão da punição, colocá-la como pressuposto da proteção aos *bens mais caros à humanidade* parece um contrassenso.

3.3.5 Punir

Existe ainda outra gama de autores que parecem ter naturalizado a ideia de punição. Assim, produzem um excelente discurso sobre nossos problemas decorrentes da ditadura militar, para, no fim, defender a punição dos seus agentes como solução. Assim faz Maria Rita Kehl, festejada pensadora brasileira e membra da Comissão da Verdade nacional. Kehl concebe um diagnóstico sobre a naturalização da violência

²⁷² ZILLI, Marcos. **O Último tango?**. In: Memória e Verdade: a justiça de transição no Estado Democrático brasileiro / Coordenadoras Inês Virgínia Prado Soares e Sandra Akemi Shimada Kishi. 2009. p. 115

²⁷³ TAVARES, Juarez. **Culpabilidade e individualização da pena**. In: BATISTA, Nilo; NASCIMENTO, André. (Org.). Cem anos de reprovação: Uma contribuição transdisciplinar para a crise da culpabilidade. 2011. p. 122.

²⁷⁴ KARAM, Maria Lucia. **Recuperar o desejo da liberdade e conter o poder punitivo. Escritos sobre a liberdade volume 1**. 2009. p. 29.

produzida pelo *esquecimento* da tortura. A psicanalista parece ver a não punição como esquecimento:

A impunidade não produz apenas a repetição da barbárie: tende a provocar uma sinistra escalada de práticas abusivas por parte dos poderes públicos, que deveriam proteger os cidadãos e garantir a paz.²⁷⁵

Esse esquecimento (ou impunidade) produz um sintoma social que só pode ser curado com a punição:

a reabertura do debate sobre a tortura no Brasil, com o eventual julgamento e punição de alguns torturadores comprovados, não curaria somente a sociedade civil dos efeitos da violência generalizada no país. Curaria também as próprias instituições policiais.²⁷⁶

Aqui dois comentários são importantes. A ideia de pena como cura (e cura como pena) é antiga e vem de uma fase atroz da história da criminologia. Naquele momento, após a modernização do sistema penal na passagem do século XVIII ao XIX, nos lembra Joel Birman²⁷⁷, se investiu na medicalização e na psiquiatrização do crime, o que veio a se tornar lugar-comum na metade do século XX²⁷⁸. A verdade, todavia, é que esses discursos nunca morreram, e o Estado penal contemporâneo os retoma com frequência.

A proposta de Kehl se difere disso em boa medida, já que a autora sugere um sintoma social e não um problema do indivíduo criminoso, porém sua proposta de cura só pode ter como foco o indivíduo criminoso, precisamente aquele que será punido para expurgar os males sociais. Assim, é bom olhar com desconfiança para esse tipo de argumento, apesar de não ser a intenção deste trabalho adentrar no campo da psicanálise. A segunda consideração importante diz respeito à aparente confusão entre não punição e esquecimento. O diagnóstico de que uma política de esquecimento dos atos violentos e desumanos efetuados pelo Estado brasileiro durante a ditadura produziu uma naturalização da violência atual, parece certo. Todavia, ao conferir à punição o

²⁷⁵ KEHL, Maria Rita. **Tortura e sintoma social**. In TELES, E.; SAFATLE, W.(Orgs). O que resta da ditadura: a exceção brasileira. 2010. p. 124.

²⁷⁶ KEHL, Maria Rita. **Tortura e sintoma social**. In TELES, E.; SAFATLE, W.(Orgs). O que resta da ditadura: a exceção brasileira. 2010. p. 129-130.

²⁷⁷ BIRMAN, Joel. **O Pai como lei e a lei como Pai**. In: BATISTA, Vera Malaguti & ABRAMOVAY, Pedro. Depois do grande encarceramento. 2010. p. 122.

²⁷⁸ BATISTA, Nilo. **A lei como Pai**. In: BATISTA, Vera Malaguti & ABRAMOVAY, Pedro. Depois do grande encarceramento. 2010. p. 150.

remédio para o problema, Kehl cai em um engano comum entre os teóricos da justiça de transição, que por vezes confundem anistia ou prescrição com esquecimento. Ora, o remédio para o esquecimento é a memória ou a cadeia?

3.3.5.1 Pequeno aparte sobre prescrição, anistia e esquecimento

Prescrição e anistia são categorias geralmente associadas à ideia de esquecimento. Vemos isso, por exemplo, em Sousa, onde a prescrição é uma maneira de manter perene a memória desses crimes no ordenamento jurídico²⁷⁹, sendo uma forma jurídica de uma comunidade cumprir seu dever de memória.²⁸⁰ Mesmo o princípio da anterioridade da lei penal seria uma forma jurídica do esquecimento.²⁸¹ Em Garapon, a imprescritibilidade dos crimes contra a humanidade congelaria o tempo, nos impedindo de esquecer.²⁸² Sobre a anistia ele diz que com ela ocorre um travamento do reconhecimento das vítimas. A anistia difundiria a negação das vítimas a título oficial.²⁸³ Para Janaína Teles a anistia com impunidade não introduziu o esquecimento entre as vítimas dos crimes, mas lhes dificultou o luto.²⁸⁴

Primeiro devemos diferenciar prescrição de anistia. Prescrição é causa pessoal de extinção de punibilidade, onde pelo decurso do tempo cessa a coerção penal, levando o Estado a renunciar a sua pretensão punitiva. Já disseram que toda punição tardia constitui um erro judicial.²⁸⁵ A punição recairá em uma pessoa diferente num contexto diferente, logo não se puniria mais aquele que cometeu o delito, senão outra pessoa no mesmo corpo. Devido a isso muitos autores problematizam a ideia de imprescritibilidade de crimes, não importando sua natureza ou gravidade. Zaffaroni e Pierangeli defendem que não existe fundamentação suficiente para a imprescritibilidade, por mais hediondo que seja o crime, sendo um pressuposto lógico do Estado a limitação

²⁷⁹ SOUSA, Arnaldo Vieira. **Lei da anistia: o Direito entre a memória e o esquecimento** / Monografia (Graduação) – Universidade Federal do Maranhão, Curso de Direito. São Luís, 2010. p. 58.

²⁸⁰ SOUSA, Arnaldo Vieira. **Lei da anistia: o Direito entre a memória e o esquecimento** / Monografia (Graduação) – Universidade Federal do Maranhão, Curso de Direito. São Luís, 2010. p. 59.

²⁸¹ SOUSA, Arnaldo Vieira. **Lei da anistia: o Direito entre a memória e o esquecimento** / Monografia (Graduação) – Universidade Federal do Maranhão, Curso de Direito. São Luís, 2010. p. 77.

²⁸² GARAPON, Antoine. **Crimes que não se podem punir nem perdoar**. 2004. p. 48.

²⁸³ GARAPON, Antoine. **Crimes que não se podem punir nem perdoar**. 2004. p. 172.

²⁸⁴ TELES, Janaína de Almeida. **Os herdeiros da memória: a luta dos familiares de mortos e desaparecidos políticos no Brasil**. (Dissertação de Mestrado em História Social, São Paulo, Departamento de História/FFLCH, USP, 2005), p. 8.

²⁸⁵ “Procure-se o autor do delito um quarto de século depois e já não o encontraremos; nesse sentido, toda execução penal tardia configura um erro judiciário.” BATISTA, Nilo. **Nota introdutória**. In: DIMOULIS, D. *et al.* **Justiça de Transição no Brasil: Direito, Responsabilidade e Verdade**. 2010. p.16.

temporal de resposta à sociedade, sobretudo se estamos diante da sua reação mais grave. Isso não exclui a possibilidade de um juízo de reprovação em qualquer tempo, como ocorre com os crimes da inquisição e dos nazifascistas.²⁸⁶ Portanto, com a prescrição está extinta a punibilidade, e não a memória. Continua sendo possível lembrar o que aconteceu, só não podemos mais punir.

A lei de anistia, por sua vez é lei descriminalizadora de caráter impessoal, não podendo ser destinada a pessoas individualizadas.²⁸⁷ De igual forma, em nada impede a memória dos fatos. É possível dizer que a Lei de Anistia brasileira se insere em uma lógica de esquecimento e só foi possível dentro dela, mas é errado confundir anistia com esquecimento, apesar do significado semântico da palavra. Por isso, a anistia não impede o reconhecimento das vítimas, como defende Garapon. As vítimas podem ser reconhecidas e os fatos podem ser declarados, sem punição.

A ação declaratória de que Brilhante Ustra torturou durante a ditadura militar brasileira não foi impedida pela Lei de Anistia. O mesmo pode se dizer da ação de familiares das vítimas da Guerrilha do Araguaia em face da União, com sentença determinando a quebra do sigilo das informações referentes à Guerrilha, que a União indicasse a localização dos restos mortais dos envolvidos, fornecendo o traslado e o sepultamento.²⁸⁸

E mais, como nos mostra Abrão e Torrely, a partir de 2007, a comissão de Anistia passou a formalmente “pedir desculpas oficiais” pelos erros cometidos pelo Estado. Isso, para eles, corrigiu o desvirtuamento interpretativo que dava ao texto legal (da Lei de Anistia) uma leitura economicista, tendo em conta que a anistia não poderia ser vista como a imposição da amnésia ou como ato de esquecimento ou perdão.²⁸⁹

Janina Teles acentua que a anistia não produziu esquecimento, mas dificultou o luto. Ainda assim, parece haver uma confusão. A anistia não impede o reconhecimento da vítima e do algoz, nem mesmo uma responsabilização. Impede tão somente a punição. Será que o luto precisa da punição?

²⁸⁶ ZAFFARONI, E. Raul & PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal – Parte Geral**. 2004. p. 714-715.

²⁸⁷ ZAFFARONI, E. Raul & PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal – Parte Geral**. 2004. p. 223.

²⁸⁸ MONTECONRADO, Fabíola; MOURA, Maria & ZILI, Marcos. **A Justiça de Transição – Um caminho ainda a percorrer**. In: AMBOS, Kai *et al.* Anistia, justiça e impunidade: reflexões sobre a justiça de transição no Brasil. 2010. p. 167-168.

²⁸⁹ ABRÃO, P & TORELLY, Marcelo D. **As dimensões da Justiça de Transição no Brasil, a eficácia da Lei de Anistia e as alternativas para a verdade e a justiça**. In: A Anistia na Era da Responsabilização: O Brasil em perspectiva internacional e comparada. 2011. p. 222.

É importante rever alguns conceitos e nos libertar dessa visão que confunde prescrição e anistia com esquecimento. A memória pode acontecer independentemente destas categorias. Aliás, segundo Batista, nenhum direito à memória pode ser conquistado através do processo penal,²⁹⁰ portanto, além de importante, tal libertação é necessária.

3.3.6 Punir para libertar os oprimidos

Há quem defenda a ideia de Tribunais populares para julgar e punir os agentes repressores, como o Partido da Causa Operária (PCO):

Os trabalhadores, as organizações operárias, estudantis, camponesas e democráticas devem ter claro que é apenas a luta dos oprimidos e dos setores que se colocam contra esse regime que podem efetivamente ser opor a direita e a capitulação total da “esquerda” e, sobretudo do PT que se aliaram a inimigos antigos da população brasileira, e que ainda governam o País, para estabelecer um Tribunal Popular que julgue e pune aqueles que perseguiram e oprimiram seu próprio povo em benefício de uma minoria de capitalistas e militares.²⁹¹

Apesar da aparentemente democrática ideia de tribunais populares, deve-se dizer que o sistema penal jamais esteve nas mãos das classes oprimidas, ao contrário, sempre serviu como instrumento de dominação e opressão. O saber jurídico-penal foi forjado na inquisição e seu primeiro manual se chamou *O martelo das feiticeiras* (Malleus Maleficarum), servindo para perseguir as mulheres, consideradas inferiores aos homens e mais propensas à tentação do maligno.

Depois disso foram oito séculos de carnificina, como nos ensinou Zaffaroni, e nunca o poder punitivo resolveu a conflitividade ou o problema que lhe servia de pretexto, desde satanás ao comunismo internacional, desde a sífilis até o narcotráfico, do alcoolismo aos ciganos, salvo se por solução se entenda *solução final*.²⁹² Zaffaroni também nos ensina que é menos utópico pensar em uma sociedade sem penas do que na

²⁹⁰ BATISTA, Nilo. **Nota introdutória**. In: DIMOULIS, D. *et al.* Justiça de Transição no Brasil: Direito, Responsabilidade e Verdade. 2010. p.17.

²⁹¹ CAUSA OPERÁRIA ONLINE. **Punição aos assassinos e torturadores da ditadura**. 07 de agosto de 2011. Disponível em <migre.me/eQIBF>. Acessado em 22/03/2012.

²⁹² ZAFFARONI, E. Raul. **Em Estado de Derecho sólo hay delincuentes**. In: BATISTA, Nilo; NASCIMENTO, André. (Org.). Cem anos de repressão: Uma contribuição transdisciplinar para a crise da culpabilidade. 2011. p. 266.

punição igualitária.²⁹³ O sistema penal é sempre seletivo e sempre se dirigiu às classes oprimidas. Sendo assim, seria mais importante interrompê-lo do que legitimá-lo.

3.3.7 Punir é mais importante?

Alguns pensadores procuram desviar o foco da punição e, com razão, afirmam sua menor importância. Podemos citar Inês Castilho

Colocar o foco principal sobre quem praticou as torturas ajudaria a poupar os principais responsáveis: as autoridades civis e militares que comandaram o regime de exceção, além de lideranças empresariais e mesmo representantes do corpo consular. Além de seu papel central na sustentação do regime, estes podem ter se envolvido diretamente com os órgãos de repressão.²⁹⁴

Pedro Serrano não entende como mais importante a punição real dos torturadores. Mais importante seria identificá-los, saber como atuaram, onde estão os restos das vítimas. Enfim, conhecer nossa história.²⁹⁵ Em entrevista, Alfredo Jerusalinsky²⁹⁶ nos concede uma resposta mais lúcida sobre o assunto. Ele diz ser contra qualquer tipo de violência na punição. A violência na punição seria um abuso, semearia uma agressividade e um ódio interminável, além do fato de que as punições violentas costumam ser o instrumento intimidatório preferido pelas ditaduras.

O problema é que a violência faz parte do modelo atual de punição, que tem a prisão como espaço fundamental. Isso sugere que precisamos de instrumentos diferentes e, nesse ponto, Inês Castilho e Pedro Serrano parecem acertar ao irem além da punição. A demanda por punição é, no mínimo, limitada e deveria estar no final da fila entre as demandas da justiça de transição.

Dimitri Dimoulis apresenta três razões para a insuficiência das propostas de judicializar o problema no intuito de responsabilizar civil e criminalmente os agentes da ditadura. O primeiro é que soluções repressivas, particularmente a criminalização, não

²⁹³ “Desde la perspectiva de nuestro margen, no hay razón alguna para creer que sea menos utópico un modelo de sociedad en la que no haya invulnerabilidad penal para los poderosos, que un modelo de sociedad en que se haya abolido el sistema penal” ZAFFARONI, E. Raul. **En busca de las penas perdidas**. 1998. p. 113.

²⁹⁴ CASTILHO, Inês. **Crimes da ditadura: basta punir os torturadores?** 20 de fevereiro de 2013. Disponível em < <http://migre.me/eRJm7> > Acessado em 23/04/2013.

²⁹⁵ **Lei de Anistia: “O medo falou mais alto”**.. Entrevista com Pedro Serrano. In: Memória e Justiça: quando esquecer é imoral. Cadernos IHU em formação. Ano VIII. N. 41. 2012. p. 56.

²⁹⁶ **A impunidade alenta o retorno da barbárie**.. Entrevista com Alfredo Jerusalinsky. In: Memória e Justiça: quando esquecer é imoral. Cadernos IHU em formação. Ano VIII. N. 41. 2012. p. 36

resolvem problemas políticos. Punir os agentes pode sinalizar a sociedade que precisamos pagar um mal com outro mal; e, com o tempo transcorrido a pena não atingiria suas finalidades, se transformando em mera retribuição. Segundo que a punição seria seletiva e atingiria poucas pessoas, sendo que uma justiça simbólica pela via do Direito Penal teria um alcance reduzido. Terceiro, os processos judiciais não são os espaços adequados para resolver problemas políticos, como a ditadura e suas causas, assim, estaríamos individualizando problemas sociais.

Com isso, Dimoulis propõe outras medidas, que podem ter efeitos mais concretos no presente, como: a) combate das práticas autoritárias que existem em todos os setores da vida social no Brasil; b) iniciativas para garantir políticas sociais eficientes; c) reforma radical dos aparelhos policiais, para erradicar as práticas policiais violentas como a tortura e execução sumária; d) experimentação de formas alternativas de democracia, uma vez que a democracia representativa não traduz os anseios das classes populares.

3.4 Abolir a pena. Aprofundar a democracia

Além dos problemas específicos na utilização do Direito Penal em nosso caso, há outra grande questão a ser enfrentada, talvez a maior de todas: a preponderância concedida ao discurso da punição. Vimos que as funções declaradas da pena não são cumpridas, nos remetendo a uma grande discussão acerca de sua legitimidade. A partir disso surgem visões indicando as funções reais da pena; aquelas que são cumpridas na prática. Dentre elas pode-se destacar rapidamente a chamada teoria negativa ou agnóstica, que nega as funções declaradas da pena com o objetivo de reduzir o poder punitivo. Assim, a função do Direito Penal seria de frear o poder punitivo, a arbitrariedade estatal e a violência institucional, para garantir o Estado Democrático frente ao “estado de polícia”. Já para a teoria “materialista” a pena deve ser compreendida como característica de uma sociedade capitalista, que dela necessita para a manutenção de seu modo de produção.

Com esses graves problemas de legitimidade, a pena vem se tornando cada vez mais uma violência inócua e desmedida, e muitas pessoas não percebem o quanto um discurso emancipador como o da Memória, pode indiretamente legitimar o instrumento

mais violento e antidemocrático do nosso tempo.²⁹⁷ Ou seja, além de não resolvermos nosso problema de memória, que como vimos é muito mais amplo, ainda investiríamos em um discurso que tem promovido o desrespeito aos direitos humanos e violações de princípios democráticos. Juarez Tavares já nos ensinou que no Estado democrático de direito, a pena não pode ser meramente repressiva, sem qualquer utilidade.²⁹⁸

Devemos ter em claro, todavia, que a pena nem mesmo é a única forma de coerção estatal. Batista e Zaffaroni nos indicam que a coerção estatal pode ser (1) a reparadora ou restitutiva, normalmente utilizada na esfera civil, onde o Estado impõe à força a satisfação de uma dívida, com a penhora, por exemplo; (2) a coerção direta ou policial, nos casos em que é necessário deter uma injustiça iminente ou que esteja em curso, caso da detenção em flagrante; (3) e por fim a punição, onde a força estatal impõe um sofrimento em função de fato pretérito.²⁹⁹

Há bastante tempo, Karam vem denunciando essa situação. Seu artigo paradigmático se chama *A esquerda punitiva* de 1994, onde a autora mostra como se desenvolveu rapidamente entre amplos setores da esquerda a ideia de estender a reação punitiva a condutas tradicionalmente impunes. Essa ideia parte de um olhar superficial e ingênuo sobre a atuação do sistema penal e não considera o papel do sistema penal como um dos mais poderosos instrumentos de manutenção e reprodução da dominação e da exclusão, característica da formação social capitalista.³⁰⁰

Segundo a autora, lutar contra o sistema punitivo é tarefa fundamental daqueles que buscam a efetivação dos direitos fundamentais e o aprofundamento da democracia. Um mundo sem o sistema penal seria inquestionavelmente mais democrático e muito melhor.³⁰¹ Como já foi dito, é mais fácil um mundo sem prisões do que igualar o sistema penal, punindo igualmente todos os setores da sociedade.

²⁹⁷ É difícil precisar quando o discurso punitivista penetrou em nosso imaginário de modo a se tornar incontornável. É certo que nossa tradição punitiva possui relação clara com o modelo de colonização escravagista. No entanto, o boom do encarceramento brasileiro se deu após a ditadura militar e a adoção de políticas econômicas neoliberais, no início da década de 1990.

²⁹⁸ TAVARES, Juarez. **Culpabilidade e individualização da pena**. In: BATISTA, Nilo; NASCIMENTO, André. (Org.). Cem anos de reprovção: Uma contribuição transdisciplinar para a crise da culpabilidade. 2011. p. 123.

²⁹⁹ LEMOS, Clécio. **Política criminal no Brasil neoliberal**. Dissertação (mestrado). Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Faculdade de Direito. 2011. p. 20-21.

³⁰⁰ KARAM, Maria Lucia. **A esquerda punitiva**. In: Discursos sediciosos – crime, direito e sociedade n. 01. 2006. p. 79.

³⁰¹ KARAM, Maria Lucia. **Abolir as prisões: um passo indispensável para a efetivação dos direitos fundamentais e o aprofundamento da democracia**. In: BATISTA, Nilo & KOSOVSKI, Ester (Org.). Tributo a Louk Hulsman. 2012. p. 81.

Cancio Meliá também aborda essa mudança de enfoque da esquerda. Ele afirma que tradicionalmente existia a forma *esquerda política- demandas de descriminalização / direita política- demandas de criminalização*. No entanto, houve uma mudança de atitude, de uma linha que identificava a criminalização de determinadas condutas como mecanismos de repressão com o objetivo de manter um sistema econômico e político de dominação para uma linha de neocriminalização especificamente de esquerda, como nos delitos de discriminação e violência contra a mulher.³⁰² De igual forma, parte da esquerda descobriu a rentabilidade eleitoral dos discursos populistas punitivos e de lei e ordem, antes a cargo da direita.³⁰³

Como nos mostra Lemos, inúmeras obras já demonstraram a correlação entre o desenvolvimento do capitalismo e o uso das prisões, como *Cárcere e fábrica*³⁰⁴, que aborda a relação entre prisão e regulação do mercado de trabalho, sugerindo que a ideia de privação de liberdade como hipótese dominante de sanção penal somente pode se realizar com o advento do sistema capitalista de produção.³⁰⁵ Batista também nos adverte que, em uma sociedade desigual, dividida em classes, o Direito Penal estará protegendo relações sociais escolhidas pela classe dominante, ainda que pretensamente universais.³⁰⁶ As missões declaradas da pena, nunca realizadas, mascarariam suas missões ocultas, efetivadas com o consentimento daqueles que investem nesse modelo.

Karam continua, afirmando que a leis penais não protegem nada, não evitam a realização das condutas criminalizadas, nem alivia as dores das vítimas, ao contrário, apenas as manipulam para se legitimar, sendo que a anulação³⁰⁷ da liberdade através da imposição de prisões é distante e estranha à ideia de democracia.³⁰⁸ Também já se mostrou que o sistema penal produz mais danos do que os crimes que pretende evitar.³⁰⁹

³⁰² MELIÁ, Manuel Cancio. ¿"Derecho penal" del enemigo?. In: JAKOBS, Gunther & MELIÁ, Manuel Cancio. *Derecho penal del enemigo*. 2003. p. 71-72.

³⁰³ MELIÁ, Manuel Cancio. ¿"Derecho penal" del enemigo?. In: JAKOBS, Gunther & MELIÁ, Manuel Cancio. *Derecho penal del enemigo*. 2003. p. 72.

³⁰⁴ MELOSSI, Dario; PAVARINI, Massimo. *Cárcere e fábrica: as origens do sistema penitenciário (séculos XVI – XIX)*. Rio de Janeiro: Revan/ICC, 2006, p. 262. Ver também RUSCHE, George; KIRCHHEIMER, Otto. *Punição e estrutura social*. 2. Ed. Rio de Janeiro: Revan, 2004; e BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do Direito Penal*. 3. Ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002.

³⁰⁵ LEMOS, Clécio. *Política criminal no Brasil neoliberal*. Dissertação (mestrado). Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Faculdade de Direito. 2011. p. 33.

³⁰⁶ BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao Direito Penal brasileiro*. 2011. p. 113.

³⁰⁷ Karam ressalva que a liberdade não é absoluta e pode ser restringida, mas não anulada, como acontece nas prisões.

³⁰⁸ KARAM, Maria Lucia. *Abolir as prisões: um passo indispensável para a efetivação dos direitos fundamentais e o aprofundamento da democracia*. In: BATISTA, Nilo & KOSOVSKI, Ester (Org.). *Tributo a Louk Hulsman*. 2012. p. 94.

³⁰⁹ FERRAJOLI, Luigi. *Diritto e Ragione. Teoria del garantismo penale*. 2000, p. 382.

A pena é um fazer sofrer estéril³¹⁰ e, pela lógica, se queremos evitar condutas que causam sofrimento, porque insistir na produção de mais sofrimento com a pena? Ela afirma ainda que, a transformação social ou a emancipação dos oprimidos nunca serão alcançadas se for trilhado um caminho que reproduz mecanismos violentos, excludentes, dolorosos, intolerantes, opressivos, como são os mecanismos que operam o sistema penal.³¹¹ A construção de um mundo melhor, igualmente, não pode ser almejada utilizando os mesmos métodos perversos utilizados no mundo que se quer transformar.

Assim, punir os opressores para transformar a sociedade só pode ser fruto da tradicional publicidade enganosa do sistema penal e, seu fracasso retumbante fica evidente quando olhamos para as funções reais desse sistema penal, um dos mais poderosos instrumentos de dominação.³¹² Mathiesen afirma que a irracionalidade da prisão é um dos segredos melhor guardados em nossa sociedade. As pessoas não sabem o quão irracionais são nossas prisões e são levadas a acreditar que elas funcionam. Se revelarmos o segredo destruiremos as raízes do sistema atual, dando início à sua ruína.³¹³ Tal publicidade é ainda mais enganosa quando se trata de pretensamente renovar os compromissos com o Estado democrático de direito e de efetivação da Constituição.³¹⁴

Da mesma forma, Zaffaroni tem nos alertado:

Seria muito ingênuo - para não dizer criminalmente ingênuo- que o penalismo do século XXI pretendesse ignorar que cada vez que legitima um exercício do poder punitivo está legitimando um âmbito de poder que será exercido por agências que durante mais de um século, demonstraram acabadamente a capacidade de massacrar mais ampla de toda a história humana. (Tradução nossa)³¹⁵

³¹⁰ BATISTA, Nilo. **Relembração de Louk Hulsman**. In: BATISTA, Nilo & KOSOVSKI, Ester (Org.). *Tributo a Louk Hulsman*. 2012. p. 58.

³¹¹ KARAM, Maria Lucia. **Recuperar o desejo da liberdade e conter o poder punitivo. Escritos sobre a liberdade volume 1**. 2009. p. 24-25.

³¹² KARAM, Maria Lucia. **Recuperar o desejo da liberdade e conter o poder punitivo. Escritos sobre a liberdade volume 1**. 2009. p. 24.

³¹³ MATHIESEN, Thomas. **A caminho do século XXI — abolição, um sonho impossível?**. In: PASSETTI, Edson & BAPTISTA, Roberto. (orgs.). *Conversações abolicionistas: uma crítica do sistema penal e da sociedade punitiva*. São Paulo, IBCrim/PEPGCS-PUC/SP, 1997, pp. 277.

³¹⁴ KARAM, Maria Lucia. **Recuperar o desejo da liberdade e conter o poder punitivo. Escritos sobre a liberdade volume 1**. 2009. p. 28.

³¹⁵ “*Sería demasiado ingenuo - por no decir criminalmente ingenuo - que el penalismo del siglo XXI pretendiese ignorar que cada vez que legitima un ejercicio de poder punitivo está legitimando un ámbito de poder que va a ser ejercido por agencias que durante más de un siglo demostraron acabadamente la capacidad de massacrar más amplia de toda a la historia humana.*” ZAFFARONI, E. Raul. **Em Estado de Derecho sólo hay delincuentes**. In: BATISTA, Nilo; NASCIMENTO, André. (Org.). *Cem anos de reprovação: Uma contribuição transdisciplinar para a crise da culpabilidade*. 2011. p. 253-254.

O alerta de Antonio Martins também não pode ser ignorado. A estrutura do nosso Direito Penal se manteve intacta ou recrudescer desde a ditadura³¹⁶, não se desvinculando de seu caráter autoritário, aliás, esse caráter autoritário não se deve em maior parte à ditadura, mas a própria estrutura intrínseca da pena. Sua utilização, portanto, não representaria uma ruptura, muito pelo contrário, e associar o processo penal com qualquer causa democrática parece contraditório.³¹⁷ Assim, legitimando a punição para alguns, a legitimaremos para todos, pois estaremos afirmando socialmente a pena e suas funções. Afirmando que a pena tem seu lugar social e deve ser utilizada para efeitos dissuasórios, corretivos, pedagógicos ou retributivos. Não deixaríamos entrar pela porta o que precisamos despejar pela janela?

Aparentemente existem apenas duas formas para fazer com que isso não aconteça. Mudar a legislação a ponto de criminalizar somente condutas tais como as que aconteceram na ditadura; ou aderir a teoria do Direito Penal do Inimigo de Gunter Jakobs³¹⁸, considerando os agentes da ditadura como inimigos da sociedade ou não cidadãos, para assim puni-los especificamente por esse caráter, e não pelas funções manifestas da pena. Seria uma espécie de Direito Penal do inimigo *sui generis*, não comportada em Jakobs, apesar de sua pretensa boa-fé democrática.³¹⁹ Tudo isso aceitando os problemas teóricos e políticos que tais escolhas ensejariam. Porém, não fazer isso seria aceitar a pena da forma como ela se manifesta atualmente.

Outra questão a ser enfrentada quando se trata de punição é a constatação de que as condutas descritas como crime pela lei penal são completamente diferentes. A tortura, o furto, o estelionato e o download de músicas na internet são comportamentos que produzem resultados diferentes e, em regra, possuem finalidades diferentes. A única similitude é o fato de receberem o mesmo tratamento. São crimes, e como resposta se impõe uma pena, que varia de acordo com a *gravidade* do fato. A lei penal, portanto, inclui essa miscelânea de fatos proibidos em um mesmo embrulho. Daí a segunda constatação, de que não existe uma realidade ontológica do crime³²⁰. O crime não se

³¹⁶ MARTINS, Antonio. **Sobre direito, punição e verdade: reflexos acerca dos limites da argumentação jurídica**. In: DIMOULIS, D. *et al.* Justiça de Transição no Brasil: Direito, Responsabilidade e Verdade. 2010. p. 64.

³¹⁷ MARTINS, Antonio. **Sobre direito, punição e verdade: reflexos acerca dos limites da argumentação jurídica**. In: DIMOULIS, D. *et al.* Justiça de Transição no Brasil: Direito, Responsabilidade e Verdade. 2010. p. 84.

³¹⁸ JAKOBS, Gunther. **Direito Penal do Inimigo**. Lumen Juris. 2008.

³¹⁹ Segundo Zaffaroni. ZAFFARONI, E. Raul. **O inimigo no Direito Penal**. 2007. p. 159.

³²⁰ HULSMAN, Louk; CELIS, Jacqueline Bernat de. **Penas perdidas: o sistema penal em questão**. Niterói. LUAM, 1993. p. 150.

explica por si. Não existe sociologicamente³²¹. Cada comportamento tem um valor e uma explicação. Em termos gerais, o crime não existe.³²²

Se os comportamentos são completamente diferentes, as respostas também deveriam ser. Ou corremos o risco de responder a uma tortura com fins políticos da mesma forma que se responde a um estelionato. Esse é o risco de se investir na punição, o risco de não resolver o conflito, mas tão somente suspendê-lo. Assim, analisando os casos do nacional-socialismo, Arendt, que era leitora de Kirchheimer, anotou que

As perguntas específicas devem receber respostas específicas; e se a série de crises que temos vivido desde o início do século pode nos ensinar alguma coisa é, penso, o simples fato de que não há padrões gerais a determinar infalivelmente os nossos julgamentos, nem regras gerais a que subordinar os casos específicos com algum grau de certeza.³²³

Por isso os teóricos críticos da punição propõem uma nova forma de nomear as situações existentes no Direito Penal. O crime passaria a ser *situação-problema* ou *fato indesejado*. Chamar um fato de crime significa limitar extraordinariamente as possibilidades de compreender o que aconteceu e providenciar respostas. Devemos, portanto, evitar a qualquer preço a criminalização nos campos não criminalizados.³²⁴ Não se busca a supressão da noção de responsabilidade pessoal, nem a rejeição de qualquer medida coercitiva³²⁵; e sim, a construção de soluções a partir da negociação entre os envolvidos, saindo do discurso único da punição imposto verticalmente.³²⁶

Como vemos em Karam, esse discurso afasta a investigação e o enfrentamento das causas mais profundas das situações, provocando a sensação de que, com a imposição da pena, tudo estará resolvido, e ainda, ocultando os desvios estruturais através da crença em desvios pessoais.³²⁷ Existem muitas formas de resposta aos fatos

³²¹ ZAFFARONI, E. Raul & PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal – Parte Geral**. 2004. p. 57.

³²² CHRISTIE, Nils. **Uma razoável quantidade de crime**. 2011. p. 17.

³²³ Citado por Jerome Kohn na Introdução à edição americana de ‘Responsabilidade e julgamento’. Ver ARENDT, Hannah. **Responsabilidade e julgamento**. 2004. p. 7.

³²⁴ BATISTA, Nilo. **Relembração de Louk Hulsman**. In: BATISTA, Nilo & KOSOVSKI, Ester (Org.). **Tributo a Louk Hulsman**. 2012. p. 60.

³²⁵ PRANDO, Camila. **Uma proposta de leitura abolicionista: onde Louk Hulsman e Alessandro Baratta se encontram**. In: BATISTA, Nilo & KOSOVSKI, Ester (Org.). **Tributo a Louk Hulsman**. 2012. p. 135.

³²⁶ ZAFFARONI, E. Raul & PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal – Parte Geral**. 2004. P. 59-60.

³²⁷ KARAM, Maria Lucia. **Recuperar o desejo da liberdade e conter o poder punitivo. Escritos sobre a liberdade volume 1**. 2009. p. 28.

indesejáveis. Hulsman nos aponta o modelo punitivo, o reparatório, o terapêutico e o conciliatório.³²⁸ A solução punitiva simplesmente exclui as outras possibilidades.³²⁹

Christie argumenta que no modelo atual estamos capturados pela necessidade da pena, e não podemos pensar alternativas. Para ele a pena pode até ser uma opção, mas não deve ser a única, nem a primeira. A pena deve ser usada nos casos raros em que a não utilização venha a causar um prejuízo maior.³³⁰ Para Matías Bailone essa possibilidade é raríssima, porque no melhor dos casos a pena deixa o conflito como está, e no pior termina agravando a situação.³³¹ Aos conflitos que não sabemos como resolver, mas que, como falsa solução, atribuem natureza penal, Zaffaroni³³² propõe responder com a chamada lógica do quitandeiro. Assim, se uma pessoa vai à quitanda atrás de antibióticos, o quitandeiro lhe dirá para ir à farmácia, pois só vende verduras. Os penalistas tem muito que aprender com o quitandeiro.

Já foi mencionado o caso do nazista enforcado na porta de um dos campos de concentração. Christie propõe uma saída. Um julgamento seria feito. Dia após dia, os sobreviventes relatariam o que havia acontecido e expressariam seu drama. O comandante poderia se defender, na frente dos sobreviventes e de quem mais fosse julgar. Se o Juiz fosse livre poderia proferir a seguinte sentença:

Você é obviamente responsável. Você administrou a morte de mais de um milhão de seres humanos. Você é culpado. Seus atos são moralmente repulsivos, em medida que transcende a imaginação. Ouvimos tudo o que foi dito. Todos no mundo civilizado conhecerão seus atos terríveis, praticados neste lugar lastimável. Nada mais há para ser dito ou feito. Vá, coberto de vergonha.³³³

Christie tenta pensar em maneiras de voltarmos às velhas formas de resolver conflitos. Se a culpa e a vergonha devem ser aplicadas, que seja em um modelo restaurativo, que reconstrua a casa e mantenha a comunidade³³⁴, se afastando dos ideais

³²⁸ ZAFFARONI, E. Raul & PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal – Parte Geral**. 2004. p. 59.

³²⁹ ZAFFARONI, E. Raul & PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal – Parte Geral**. 2004. p. 60.

³³⁰ CHRISTIE, Nils. **Uma razoável quantidade de crime**. 2011. p. 131.

³³¹ BAILONE, Matías. **Abolicionismo, o cómo destruir el arrogante imperio del poder punitivo**. Disponível em < migre.me/eQnAx>. Acessado em 03/02/2013.

³³² ZAFFARONI, E. Raul. **O inimigo no Direito Penal**. 2007. p. 184-185.

³³³ CHRISTIE, Nils. **Uma razoável quantidade de crime**. 2011. p. 135.

³³⁴ Para Garapon, pesa sobre o processo a reconstrução da comunidade jurídica, com o reconhecimento das vítimas, a honra à memória, a enunciação da história e o impedimento da guerra. GARAPON, Antoine. **Crimes que não se podem punir nem perdoar**. 2004. p. 17.

da lei penal.³³⁵ Próximo dessa ideia, Garapon entende que a pena não estava inteiramente ausente da Comissão da verdade da África do Sul; ela talvez tenha assumido a forma da *vergonha*, que tomou conta do grande número de pessoas que tiveram de confessar em público os seus crimes.³³⁶ Tavares também defende algo parecido, ao concluir pela ilegitimidade da pena e, considerando que a legalidade não passa de um apelo simbólico de justificação do poder, só caberia ao Estado exaurir o faro da culpa também em um procedimento simbólico, sem qualquer outra consequência. Daí teríamos uma sentença declaratória de culpa, sem a consequente imposição da pena. Essa deveria ser a única e verdadeira missão do sistema penal.³³⁷

³³⁵ CHRISTIE, Nils. **Uma razoável quantidade de crime**. 2011. p. 147.

³³⁶ GARAPON, Antoine. **Crimes que não se podem punir nem perdoar**. 2004. p. 240.

³³⁷ TAVARES, Juares. **Os objetos simbólicos da proibição: o que se desvenda a partir da presunção de evidência**. Disponível em: < migre.me/eQnOI>. Acessado em 20/04/2013.

CONCLUSÃO

1. Esse trabalho enfrentou uma série de obstáculos e acabou sendo por diversas vezes uma tentativa de pôr ordem na casa. Se fosse um processo civil usaríamos a expressão *chamar o feito à ordem*. Devemos isso às dificuldades em encontrar os argumentos certos para o debate proposto. Como vimos, existe uma confusão entre algumas categorias, como anistia, prescrição e impunidade; essas três são normalmente relacionadas à categoria esquecimento. Sendo que a Memória é muito maior do que a punição, e não pode ser instrumentalizada pelo Direito. Afinal, é a Memória que abre os expedientes que o Direito dá por encerrado, como afirmou Benjamin, e não o contrário. Cometendo equívocos parecidos, alguns autores confundem justiça com punição. Para estes, fazer justiça sobre o passado passa por responsabilizar criminalmente os agentes da ditadura. É importante frisar, igualmente, que a demanda por punição, neste caso, não passa simplesmente por um desejo de vingança das vítimas da ditadura, como afirmam alguns de seus detratores, principalmente membros das forças armadas; mesmo porque, se passaram mais de trinta anos desde a Lei de Anistia e não se noticia violências provocadas por vítimas contra antigos algozes. Tal demanda, portanto, diz respeito a uma atitude de boa-fé; ainda que na prática a punição não represente justiça, como tentei mostrar neste trabalho.

Infelizmente, o debate sobre responsabilização criminal dos agentes da ditadura militar brasileira (1964-1985), em regra, se restringe a avaliar se a Lei de Anistia é válida ou não; ou mesmo se ela deve ser reinterpretada. Isso dificulta a discussão sobre as funções da pena. Uma das explicações para esse fato é a naturalização da punição como resposta à condutas consideradas indesejáveis, o que tem se alastrado para vários setores da sociedade, incluindo aqueles que pensam a importância da memória para a produção de justiça. Parece ser essa a explicação para as demandas por criminalização da homofobia e da violência contra a mulher. Demandas que veem a punição como instrumento interessante a ser utilizado pelos oprimidos. É evidente, entretanto, que cada caso possui uma resposta e esse trabalho não tentou responder a questão envolvendo a homofobia e o feminismo; apesar da minha descrença na utilização do Direito Penal nesses casos.

2. Evidentemente a ditadura militar brasileira produziu atrocidades clamorosas, e qualquer forma de minimização dos acontecimentos do período é uma falta de respeito

para com aqueles que lutaram e sofreram, e também para com a própria democracia. Esta menção tem importância porque é comum ver comparações entre as ditaduras latino-americanas, e afirmações de que uma foi mais ou menos violenta do que a outra. Assim, devemos afirmar claramente que não é possível pactuar com a violência estatal promovida pelo regime de exceção, que causou a morte, o desaparecimento e a tortura de centenas de brasileiros. Precisamos lutar para que nada parecido volte a se repetir. A questão, a partir disso, diz respeito à quais instrumentos utilizar. A punição dos agentes estatais responsáveis pelas violações tem sido um dos instrumentos mais demandados pela literatura de transição e por indivíduos e movimentos sociais envolvidos com o tema. Sabemos que é normal a busca por respostas para casos como esse, e que tem sido mais normal ainda que essa busca recaia no Direito Penal.

3. Tentei mostrar que sem memória das injustiças não há justiça possível. A Memória produz justiça a partir de uma atividade hermenêutica: considerar no presente as injustiças passadas. Logo, essa atividade passa pela recordação dos fatos, mas deve ir além. O pensador da memória deve manter a luta daqueles que se foram. Apenas assim suas mortes não terão sido em vão. Manter essa luta indica que somente com o aprofundamento da democracia estaremos fazendo jus à memória dos oprimidos pela ditadura. Dessa forma, é necessário afastar qualquer instrumento que impeça a democracia e o respeito aos direitos fundamentais, senão nossa transição falhará.

Isso significa que, caso se aposte na função simbólica da punição para o caso de agentes da ditadura, deve-se deixar claro neste discurso o que o sistema penal tem representado para a população pobre brasileira, sob risco de se legitimar o sistema como um todo.³³⁸ Ou seja, ainda que se admita a punição para alguns como forma de justiça, é preciso denunciar a tragédia que a punição tem provocado em níveis internacionais e nacionais. Quero ressaltar isso porque, se alguns autores se omitem nessa crítica, outros parecem deixar claro que apostam na pena sem discriminação, indo além da punição aos agentes da ditadura. Aliás, nosso sistema carcerário talvez seja o maior local de torturas no Brasil hoje, sem falar na superlotação e nas péssimas condições das prisões, que produzem tratamento desumano e degradante. Desejar um mundo melhor condenando pessoas a essas situações parece incongruente. Alguns dirão que defendem a punição “humanizada”, sem torturas ou tratamentos desumanos e degradantes. Ótimo. Então

³³⁸ Outro risco de aceitar somente uma função simbólica da pena seria enxergar o homem como meio, um instrumento para a simbolização, e não como fim em si. A “coisificação” do homem afasta o caráter de pessoa, no qual se assenta a ideia de direitos humanos.

vamos defender a punição somente quando nosso sistema carcerário for “humanizado”. Até esse dia chegar nosso dever é, no mínimo, denunciar tal situação antes de demandar mais prisões.

4. Analisei o caso das punições aos criminosos do nazismo para mostrar que nem sempre um processo judicial culminando com a punição de agentes violadores é a melhor ou mais importante resposta aos acontecimentos passados. Naquele momento outros caminhos mais importantes não foram tomados, como a depuração da administração pública, a preocupação com as vítimas e a participação popular na transição. A conclusão que alguns autores chegaram foi a de que os processos do pós-guerra não nos ajudaram a entender o problema, por mais que eles tivessem seu lugar naquele momento. Aliás, os processos criminais contra agentes nazistas nas décadas de 1940 e 1950 podem ser considerados como avanços; porém argumentar o mesmo modelo nos dias de hoje, após a *criminologia crítica*, o *garantismo penal*, o *abolicionismo penal* e, sobretudo, após o *boom* do encarceramento em massa, não parece a mesma coisa.

5. Portanto, há alguns perigos em se investir na ideia de punição para esses agentes, e em nosso caso, tentei apresentá-los. No modelo punitivo atual a vítima não tem qualquer centralidade; a busca pela memória e verdade pode ser feita em outros lugares mais adequados; a resposta penal possui normalmente a pretensão de esgotar o conflito, quando na verdade apenas o suspende; a pena não serve para dissuadir nem educar e sempre será uma resposta violenta. Existe, assim, uma quantidade importante de perigos inerentes à resposta penal, normalmente deixados de lado pela maioria dos teóricos da justiça de transição, que falam em punição de forma natural e sem objeções.

6. Mostrei que um julgamento pode impedir uma análise mais ampla sobre os fatos, e parece claro que seria mais importante para uma transição democrática que descobríssemos as figuras que estavam *por detrás* do regime militar brasileiro, concedendo suporte político e financeiro. Essas pessoas e organizações possuem responsabilidades políticas muito maiores do que aqueles que colocaram a “mão na massa”. Com a abertura de arquivos secretos poderemos descobrir, por exemplo, que cassar os direitos televisivos de uma grande emissora pode ser mais importante do que punir cem ou duzentos agentes. Se é que já não sabemos. Poderemos descobrir que fazer isso pode provocar um efeito simbólico maior do que a punição jamais teve, basta ver o quanto somos ambientados por mídias que apoiaram o golpe militar de 1964. Afinal, de

que adianta punir agentes da ditadura se a sociedade continuar apoiando mecanismos autoritários?

7. Na prática, uma possível punição neste caso, atingirá um número reduzido de pessoas e os processos podem se arrastar por anos. A função simbólica do Direito Penal, por isso mesmo, será reduzida, além do mais, o que se quer demonstrar com a pena pode ser feito de outras formas. Admite-se, portanto, que algum efeito a pena produzirá, mas sua importância para a não repetição provavelmente será muito pequena. Sendo assim, seria arriscado investir em um modelo que tem produzido violações de direitos humanos e medidas antidemocráticas, para, ao final, receber poucos efeitos positivos em troca. E pior, como efeitos negativos, poderíamos acabar por passar a mensagem equivocada de que a punição é importante, atrapalhando o necessário processo de superação do sistema penal. Além do mais, se tais efeitos simbólicos são alcançados de outras maneiras, parece prescindível a utilização da punição.

8. Por falar em superar o sistema penal, vimos também que a abolição das prisões é uma demanda imprescindível ao aprofundamento da democracia. O encarceramento em massa hoje é resultado de uma vitória hermenêutica e política da burguesia; assim como foi a ditadura militar. Não estaremos deixando entrar pela porta o que deveríamos expulsar pela janela?

9. Apesar deste trabalho não ter como foco central o debate sobre anistia e prescrição, cabe um pequeno comentário. Faz parte da ideia de democracia o respeito às *regras do jogo*; ou seja, violar regras formais, ainda que pretensamente para fazer justiça, pode pôr em ruínas o Estado Democrático de Direito. Por isso, qualquer demanda por revisão/anulação/reinterpretação da Lei de Anistia e, sobretudo, pela imprescritibilidade dos crimes, deve ser feita com muita cautela. Se sabemos que as torturas, os desaparecimentos e os assassinatos cometidos pelo regime militar não eram, de modo algum, autorizados pela lei da época; por outro lado, sabemos também que, por ser o instrumento mais severo de controle social, o Direito Penal possui limites e condições para atuação. Como afirmado, a impunidade desses crimes pode ser o preço a ser pago por aqueles que desejam viver no Estado Democrático de Direito, com o respeito às normas jurídicas.

10. Por fim, com esse trabalho procurei problematizar a forma como os pensadores da transição democrática brasileira tem abordado a ideia de punição aos agentes da ditadura. Tentei apresentar suas ideias e confrontá-las, para verificar se suas demandas são atingíveis através do processo penal. Coloquei também que a demanda

atual por punição possui um viés conservador e antidemocrático, que aparentemente não está no nível dos desejos daqueles que pensam a memória da ditadura brasileira. Certamente pessoas compromissadas com a democracia e com o respeito aos direitos humanos.

Mostrei que o povo jamais teve controle do poder punitivo, ao contrário, em todo tempo foi massacrado por ele. Não parece interessante pôr nas mãos desse poder descontrolado uma história tão rica e bela como a história da resistência à ditadura brasileira. Se chegou nossa hora de mostrar o quanto somos democráticos e queremos um país diferente, o debate sobre punitivismo é um bom lugar; já disseram que podemos medir nossa democracia analisando a forma como tratamos nossos presos. Não tenho dúvidas de que esse debate é muito caro e estratégico para os pensadores comprometidos com os oprimidos. Ademais, quando o assunto é encarceramento, seus críticos atualmente estão em posição de inferioridade na sociedade.

Com isso, quero concluir com três indicações para o debate: primeiro, a ideia de punição aos agentes da ditadura brasileira possui problemas suficientes para, no mínimo, desconfiarmos de sua necessidade e importância; segundo, se queremos punilos, precisamos antes denunciar a falência do nosso sistema penal, senão investiremos em um discurso que produz mais violações de direitos humanos e; terceiro, tal desejo deve figurar no final da fila das demandas de nossa transição democrática, já que possuímos mecanismos mais importantes para se investir no momento.

REFERÊNCIAS

ABRÃO, P; TORELLY, Marcelo D. **As dimensões da Justiça de Transição no Brasil, a eficácia da Lei de Anistia e as alternativas para a verdade e a justiça**. In: A ANISTIA na Era da Responsabilização: o Brasil em perspectiva internacional e comparada. Brasília: Ministério da Justiça, 2011.

AGAMBEN, Giorgio. **O que resta de Auschwitz**. São Paulo: Boitempo Editorial, 2008.

AMBOS, Kai *et al.* **Anistia, justiça e impunidade**: reflexões sobre a justiça de transição no Brasil. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

ARENDT, Hannah. **Eichmann em Jerusalém**: um relato sobre a banalidade do mal. São Paulo: Companhia das Letras, 1999.

_____. **Responsabilidade e julgamento**. São Paulo: Companhia das Letras, 2004.

ASSUMPCÃO, Marla; BECHER, Franciele. Por que não esquecer? Memória, verdade, justiça e suas implicações para a democracia brasileira. In: PADRÓS, Enrique Serra (org.) et al. **Memória, verdade e justiça**: as marcas das ditaduras do Cone Sul. Porto Alegre: Assembleia Legislativa do Rio Grande do Sul, 2011. p. 268-269.

BATISTA, Nilo. **Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro**. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

_____. **Punidos e mal pagos**: violência, justiça, segurança pública e direitos humanos no Brasil de hoje. Rio de Janeiro: Revan, 1990.

_____; NASCIMENTO, André. (Org.). **Cem anos de reprovação**: uma contribuição transdisciplinar para a crise da culpabilidade. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

_____; KOSOVSKI, Ester (Org.). **Tributo a Louk Hulsman**. Rio de Janeiro: Revan, 2012.

BENJAMIN, Walter. **Magia e Técnica, Arte e Política**. São Paulo: Brasiliense, 1984. (Obras escolhidas, v.1).

CHRISTIE, Nils. **Uma razoável quantidade de crime**. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

DIMOULIS, D. et al. **Justiça de Transição no Brasil**: Direito, Responsabilidade e Verdade. São Paulo: Saraiva, 2010.

SILVA FILHO, José C. B. M. **Memória e reconciliação nacional: o impasse da anistia na inacabada transição democrática brasileira**. In: A ANISTIA na Era da Responsabilização: o Brasil em perspectiva internacional e comparada. Brasília: Ministério da Justiça, 2011.

- GAGNEBIN, Jeanne-Marie. **Lembrar Escrever Esquecer**. São Paulo: Editora H34, 2006.
- GARAPON, Antoine. **Crimes que não se podem punir nem perdoar**. Lisboa: Piaget, 2004.
- GONÇALVES, Joannisval B. **Tribunal de Nuremberg 1945-1946: a gênese de uma nova ordem internacional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- KARAM, Maria Lucia. **Recuperar o desejo da liberdade e conter o poder punitivo**. Escritos sobre a liberdade volume 1. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.
- LEVI, Primo. **Os afogados e os sobreviventes: os delitos, os castigos, as penas, as impunidades**. São Paulo: Paz e Terra, 2004.
- _____. **Si esto es un hombre**. Barcelona: Muchnik Editores, 2002.
- LOWY, Michael. **Walter Benjamin: aviso de incêndio: uma leitura das teses “Sobre o conceito de história”**. São Paulo: Boitempo, 2005.
- MATE, Reyes. **Contra lo políticamente correcto: política, memoria, justicia**. Buenos Aires: Altemira, 2006.
- _____. **La herencia del olvido. Ensaio em torno de la razón compassiva**. Madrid: Errata Naturae Editores, 2008.
- _____. **Meia-noite na história: comentário às teses de Walter Benjamin “Sobre o conceito de história”**. São Leopoldo, RS: Ed. UNISINOS, 2011.
- _____. **Memoria de occidente. Actualidad de pensadores judíos olvidados**. Rubí (Barcelona): Anthropos Editorial, 1997.
- _____. **Nuevas teologías políticas: Pablo de Tarso em la construcción de Occidente**. Rubí (Barcelona): Anthropos Editorial, 2006.
- SANTOS, Boaventura de Sousa. **Introdução a uma ciência pós-moderna**. 3.ed. Porto: Afrontamento, 2000.
- _____. **Para um novo senso comum: a ciência, o direito e a política na transição paradigmática**. São Paulo: Cortez, 2000.
- SIKKINK, Kathryn. **The Justice Cascade: how human rights prosecutions are changing world politics**. Nova York: Norton & Company, 2011.
- SOARES, Inês V. P; Kishi, Sandra, A. S. (Coord.). **Memória e Verdade: A Justiça de Transição no Estado Democrático brasileiro**. Belo Horizonte: Fórum, 2009.
- SOUSA, Arnaldo Vieira. **Lei da anistia: o Direito entre a memória e o esquecimento**. 2010. 88f. Monografia (Graduação em Direito) – Universidade Federal do Maranhão, São Luís, 2010.

SOUZA, Sávvia Cordeiro de; GÓMEZ, José María. **A justiça de transição brasileira: Lei 6.683/79 e a luta contra uma política de esquecimento.** Rio de Janeiro, 2012. 162p. Dissertação de Mestrado - Departamento de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro.

SUCASAS, Alberto; ZAMORA, José A (Ed.). **Memoria – Política- Justicia em diálogo com Reyes Mate.** Madrid: Editorial Trotta, 2010.

TELES, Edson; SAFATLE, Vladimir (Org.). **O que resta da ditadura: a exceção brasileira.** São Paulo: Boitempo Editorial, 2010.

TODOROV, Tzvetan. **Los abusos de la memoria.** Barcelona: Paidós, 2000.

TORELLY, Marcelo D. **Justiça de Transição e Estado Constitucional de Direito: perspectiva teórico-comparativa e análise do caso brasileiro.** Belo Horizonte: Fórum, 2012.

VENTURA, Deisy. **A interpretação judicial da Lei de Anistia brasileira e o Direito Internacional.** In: A ANISTIA na Era da Responsabilização: O Brasil em perspectiva internacional e comparada. Brasília: Ministério da Justiça, Comissão de Anistia; Oxford: Oxford University, Latin American Centre, 2011.

ZAFFARONI, E. Raul, BATISTA, Nilo. ALAGIA, Alejandro. SLOKAR, Alejandro. **Direito Penal Brasileiro: Primeiro volume – Teoria Geral do Direito Penal.** Rio de Janeiro: Revan, 2003.

_____. **Em busca das penas perdidas.** 5.ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001.

_____. **O inimigo no Direito Penal.** . Rio de Janeiro: Instituto Carioca de Criminologia-Revan, 2007. (Pensamento Criminológico, n.14).