

Transição e direito: culpa, punição, memória*

Virgílio Afonso da Silva

Professor Titular da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

"[...] there is a need for understanding but not for vengeance, a need for reparation but not for retaliation, a need for ubuntu but not for victimization"
(constituição provisória da África do Sul, 1993, cap. 16)

87↓

1. Introdução

A pergunta que guia as reflexões feitas neste breve texto poderia ser formulada da seguinte maneira: o que fazer com os crimes cometidos durante períodos autoritários? Em diversos casos - e aqui também -, responder a essa pergunta costuma implicar enfrentar outras perguntas, que a tornam ainda mais complexa. E se a conduta agora considerada criminosa não o era na época de seu cometimento? O que fazer nos casos dos crimes já prescritos? Descobrir a verdade implica necessariamente punir? Qual é a relação entre punir e fazer justiça? É possível fazer justiça sem punir?

As respostas a todas essas perguntas são determinadas por uma série de pré-compreensões teóricas, das quais apenas algumas poderão ser abordadas aqui. As principais dessas pré-compreensões dizem respeito, por exemplo, à relação entre direito e justiça,

↑87|88↓

entre direito e lei, entre justiça e punição, entre memória e verdade, entre verdade e punição. Para tentar enfrentar as perguntas formuladas no primeiro parágrafo e as

* O presente texto foi apresentado como parte da série de palestras da *Cátedra von Martius de Estudos Alemães* no primeiro semestre de 2009, na Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da Universidade de São Paulo. Agradeço a Rainer Schmidt e a Helmut Galle o convite e, a todos os presentes, as críticas e sugestões levantadas.

dicotomias que acabam de ser mencionadas, este texto adotará uma estratégia relativamente simples, mas que me parece adequada para um texto que, ao mesmo tempo, não pretende ser um texto técnico-jurídico de direito penal ou de direito constitucional,¹ nem tem como objetivo resolver qualquer dessas dicotomias - que, de resto, são dicotomias clássicas da filosofia do direito e da teoria da justiça, que não estão aí para serem "resolvidas". A estratégia escolhida pode ser dividida em dois grandes blocos. No primeiro deles, serão abordadas as principais diferenças entre duas das grandes correntes da filosofia do direito - positivismo e antipositivismo - em relação ao tema, já que a relação entre as dicotomias mencionadas e o tema central deste texto muda consideravelmente se se adotam as premissas de uma ou de outra dessas corrente jusfilosóficas. Mais do que isso: como será visto, o debate a respeito daquilo que se convencionou chamar de justiça transicional foi, por muito tempo, dominado pela dicotomia positivismo x antipositivismo que, em alguns casos, desaguava no embate radical entre esquecer totalmente e punir exemplarmente. No segundo bloco do texto (tópicos 3 a 5), procurarei mostrar outras formas de lidar com o problema, formas que se afastam do binômio culpa/punição e enfrentam a questão por meio do conceito de memória.

2. O embate entre positivismo e antipositivismo

A principal ligação entre o tema deste texto e o embate entre positivismo e antipositivismo pode ser identificada na tentativa de responder à pergunta-guia ("o que fazer com os crimes cometidos

↑ 88 | 89 ↓

durante períodos autoritários?") por meio de um recurso às dicotomias direito/justiça e direito/lei. Do ponto de vista histórico, os principais exemplos nesse sentido são aqueles nos quais está presente um dos complicadores já mencionados no início do texto: "e se a conduta agora considerada criminosa não o era na época de seu cometimento?". Em situações normais, essa última pergunta é respondida, há pelo menos dois séculos, por meio

¹ Se não por outras razões, pelo simples fato de estar inserido em uma série de palestras que pretende fomentar um debate possível entre as diversas áreas do saber.

da máxima latina *nullum crimen sine lege*:² não há crime sem lei anterior que o defina. Não importa a gravidade da conduta, se ela não era considerada crime na época de sua realização, o agente não poderá ser punido criminalmente.

Mas a história é rica em situações limítrofes, nas quais a aplicação dessa regra, ao identificar o direito estritamente à lei, parece afastá-lo da justiça. O principal exemplo recente de rompimento dessa regra - ou seja, de afastamento da identificação do direito à lei, para aproximá-lo de alguma noção de justiça mais substancial - é, com certeza, o Tribunal de Nuremberg. Em linhas gerais, o que estava em jogo naquele processo não era definir se o direito alemão nacional-socialista considerava os atos praticados como crime ou não. O parâmetro, ali, não era o direito nacional que vigia à época do cometimento dos atos, mas uma noção de justiça mais ampla, que ultrapassaria as fronteiras entre os países e estaria acima de qualquer lei estatal.

Contudo, exemplos extremos costumam explicar muito pouco.³ Os critérios utilizados para responder à maior atrocidade do

↑ 89 | 90 ↓

século XX não são necessária e automaticamente aplicáveis a toda e qualquer situação de crimes cometidos durante períodos autoritários. Nesse sentido, embora a realização do Tribunal de Nuremberg tenha sido seguida de apoio quase unânime,⁴ os mesmos parâmetros - ou parâmetros semelhantes - costumam encontrar forte resistência em outras situações. Para essas situações excepcionais, mas não extremas como o Holocausto, a aplicação ou o afastamento da regra "não há crime sem lei anterior que o defina" costuma ainda suscitar muita polêmica.

² De forma mais completa, essa máxima tem a seguinte redação: *nullum crimen, nulla poena sine praevia lege poenali*, e é atribuída a Feuerbach (cf. Paul Johann Anselm von Feuerbach, *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland geltenden peinlichen Rechts*, Gießen: Heyer, 1801). Sobre a história dessa garantia penal, cf., por todos, Stefan Glaser, "Nullum Crimen Sine Lege", *Journal of Comparative Legislation and International Law* 24 (1942): 29-42.

³ A ideia de que casos difíceis não são bons parâmetros para casos menos limítrofes é antiga. Cf., por todos, o voto divergente de Oliver W. Holmes em *Northern Securities Co v United States*, 193 US 197, 400 (1904): "Great cases like hard cases make bad law".

⁴ Cf., no entanto, Otto Kranzbühler, "Nürnberg als Rechtsproblem", in *Um Recht und Gerechtigkeit: Festschrift für Erich Kaufmann*, Stuttgart: Kohlhammer, 1950: 219-237. Cf. também Susanne Jung, *Die Rechtsprobleme der Nürnberger Prozesse*, Tübingen: Mohr, 1992.

2.1. O positivismo

Para um positivista,⁵ a resposta às questões suscitadas costuma ser razoavelmente simples. Diante da regra de que não há crime sem lei que o defina de antemão, uma conduta não prevista como crime não pode ser punida criminalmente, não importa o quão hedionda ela for. O mesmo vale para condutas que eram consideradas como crime na época de sua realização, mas cuja punibilidade já esteja prescrita. A partir dessa perspectiva, o direito se identifica com a

↑90|91↓

lei escrita, e apenas com ela, e a relação entre direito e justiça é definida sobretudo por meio de um terceiro conceito: *segurança jurídica*. Nesse âmbito, e de forma aqui bastante simplificada, justo seria saber o que é proibido e o que é permitido, para poder agir de forma a respeitar a lei.

Ainda que essa postura de apego à letra da lei seja muitas vezes atacada como formalismo, ela é, no campo do direito penal, uma constante.⁶ Mais do que isso: a segurança expressa na anterioridade da lei penal é uma garantia fundamental de qualquer Estado de Direito, razão pela qual não costuma estar prevista apenas nos códigos penais, mas também em textos constitucionais.⁷ Isso significa que mesmo aqueles que não compartilham as premissas positivistas, e que defendem uma maior adequação do direito a padrões morais ou de justiça, tendem a aceitar a regra da anterioridade da lei penal. Isso não significa, claro, que positivistas e não-positivistas necessariamente defendam o mesmo ponto de chegada e a mesma interpretação para os casos envolvendo crimes cometidos durante períodos autoritários. Significa apenas que o ponto de partida - não há crime sem lei anterior que o defina - costuma ser compartilhado por todos. Também a regra que diz respeito à prescrição

⁵ "Positivista" é, aqui, uma clara generalização, já que existem diversas correntes dentro do positivismo. Quando aqui se fala em "positivismo" ou "positivista", quer se fazer uma referência genérica a teorias e autores que defendem a separação entre direito e moral ou ao menos a inexistência de vinculação necessária entre um e outro. De forma exemplificativa, cf. H. L. A. Hart, "Positivism and the Separation of Law and Morals (1958)", in *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Oxford: Clarendon Press, 1983: 49-87 e Hans Kelsen, *Reine Rechtslehre*, 2ª. ed., Wien: Deuticke, 1960.

⁶ No direito alemão, cf., por todos, Claus Roxin, *Strafrecht: Allgemeiner Teil*, München: C. H. Beck, 1992, p. 67 ss. (§ 5); Winfried Hassemer, *Einführung in die Grundlagen des Strafrechts*, 2ª. ed., München: C. H. Beck, 1990, p. 251 ss. (§ 27).

⁷ No caso brasileiro, cf. art. 5º, XXXIX; no caso alemão, art. 103, II.

desses (e de quaisquer outros) crimes não costuma ser negada nem afastada pelos não-positivistas. Aqui também é possível afirmar que todos partem de um ponto comum. Isso significa, portanto, que as respostas às perguntas formuladas no início deste texto não serão diferentes em razão de um ponto de partida distinto em relação ao ponto nevrálgico da anterioridade da lei penal. As interpretações tomam rumos distintos por outras razões, que serão analisadas ao longo deste texto.

↑91|92↓

2.2. Alguns exemplos

Dois casos reais e não tão distantes no tempo têm interesse especial para este texto. Um caso brasileiro, a chamada lei da anistia, de 1979;⁸ e um caso alemão, os julgamentos dos responsáveis pelas mortes de cidadãos que tentavam fugir da Alemanha Oriental ultrapassando muro de Berlim. Neste texto, o exemplo alemão tem maior interesse, porque lida mais diretamente com o problema da anterioridade da lei penal. No caso brasileiro, o foco do debate é outro: a extensão da anistia aos membros do regime e a questão da prescrição dos crimes cometidos.⁹ Dentre outras razões, esses diferentes focos são explicados pela diferença entre os crimes em jogo. No caso alemão, trata-se sobretudo de homicídios e, no caso brasileiro, embora haja mortes envolvidas, o ponto central do debate é a tortura. É por isso que, no caso brasileiro, a anterioridade da lei penal desempenha um papel menos importante, já que não se trata de discutir condutas que eram permitidas e que, em momento posterior, foram consideradas como crime. Mesmo em estados autoritários, ainda que seja prática frequente, a tortura costuma ser legalmente permitida.

Ao contrário do que ocorreu no Brasil, o Poder Judiciário alemão teve que se ocupar intensamente com questões ligadas a atos considerados injustos, praticados pelo regime da então Alemanha Oriental. As duas perguntas centrais a serem respondidas eram: (1) Qual

⁸ Lei 6.683, de 28 de agosto de 1979.

⁹ A despeito da referência à sua importância, o caso brasileiro não será aqui discutido em detalhes. O propósito do texto, em relação ao caso da lei da anistia, é sobretudo apontar o quanto uma discussão polarizada pode empobrecer o debate acerca do que fazer com o passado. Isso ficará claro na parte final do texto.

deve ser o tratamento dado aos responsáveis pela morte daqueles que tentavam fugir para a Alemanha Ocidental? e (2) Se as mortes decorrentes de tentativas de fuga para a Alemanha

↑ 92|93 ↓

Ocidental não eram consideradas como crime pela legislação da Alemanha Oriental, e se, por isso, os guardas de fronteira apenas realizavam a sua tarefa ao atirar naqueles que se recusassem a obedecer suas ordens, como fundamentar uma eventual punição, diante da regra, vigente em ambas as Alemanhas, de proibição de retroatividade da lei penal?

Nos principais casos decididos pelo Judiciário, a decisão foi pela punição dos responsáveis, tanto dos jovens guardas de fronteira quanto de seus superiores hierárquicos. Como fundamentar uma decisão como essa? Como afirmado acima, negar a regra fundamental "não há crime sem lei anterior que o defina" não parece ser uma estratégia argumentativa plausível, nem entre positivistas, nem entre não-positivistas. No caso dos primeiros, contudo, aceitar essa regra leva necessariamente à conclusão de que os atores envolvidos não poderiam ser punidos. Já para um anti-positivista, uma condenação dos envolvidos seria eventualmente possível, mas teria que ser fundamentada com base em alguma estratégia argumentativa que não negasse o respeito à regra de que não existe crime se a lei não o definir de antemão. Nas diversas instâncias pelas quais o caso passou, as fundamentações para as condenações foram variadas, mas, nas duas principais - o Tribunal Federal de Justiça (BGH) e o Tribunal Federal Constitucional (BVerfG) -, recorreu-se à chamada "fórmula de Radbruch". Ela é o elo de ligação entre a análise desses casos e o embate entre positivistas e não-positivistas.

2.3. As decisões do BGH e do BVerfG e a fórmula de Radbruch

Matar pessoas era obviamente crime na Alemanha Oriental.¹⁰ A principal discussão na jurisprudência alemã logo após a reunificação

↑ 93|94 ↓

dizia respeito, em primeiro lugar, à existência de alguma norma que tornasse a morte daqueles que tentavam fugir do país uma conduta não-punível. Em um dos principais casos

¹⁰ Nos termos dos §§ 112 e 113 do código penal da RDA.

nesse âmbito, o Tribunal Estadual de Berlim chegou à conclusão de que não havia, mesmo na Alemanha Oriental, norma que autorizasse a morte daqueles que estavam tentando fugir, pelo menos não da forma pela qual muitos deles foram mortos (sob fogo cerrado). Por isso, em uma de suas mais importantes decisões, condenou dois guardas de fronteira por homicídio.

A fundamentação do tribunal de Berlim foi rejeitada pelo Tribunal Federal de Justiça (BGH), sob o argumento de que o tribunal de Berlim havia interpretado a legislação da Alemanha Oriental a partir dos parâmetros de um Estado Democrático de Direito, o que, ainda segundo o BGH, seria uma espécie de retroatividade da lei acobertada por uma estratégia interpretativa.¹¹ Segundo o BGH, portanto, não era possível negar que havia uma norma no direito penal da Alemanha Oriental que autorizava a morte daqueles que tentavam atravessar a fronteira se essa fuga não pudesse ser impedida de outra forma. Essa norma decorria dos textos do § 17, 2, da lei sobre as competências da polícia popular, do § 27, 2, da lei sobre fronteiras, e do § 213 do código penal da RDA.¹²

Assim, na medida em que a morte daqueles que tentavam fugir era autorizada (ao menos em alguns casos) pela lei, condenar os guardas de fronteira seria uma violação da regra geral da anterioridade da lei penal. Mesmo assim, foi exatamente isso o que o BGH decidiu: pela condenação dos guardas.¹³ Mas, para fundamentar

↑ 94 | 95 ↓

essa condenação, o BGH - no que foi seguindo, ainda que com algumas variações, pelo Tribunal Federal Constitucional (BVerfG)¹⁴ - não afastou a vedação da retroatividade da lei penal. Pelo contrário, em diversas passagens dessa e de outras decisões semelhantes,¹⁵ o

¹¹ A esse respeito, cf. Robert Alexy, *Mauerschützen: Zum Verhältnis von Recht, Moral und Strafbarkeit*, Göttingen: Vandenhoeck & Ruprecht, 1993, p. 30, segundo o qual uma retroatividade acobertada é pior do que uma retroatividade explícita.

¹² BGH 40, 241 (243).

¹³ Algo que se repetiu também em processo contra membros do conselho de segurança nacional da RDA. Cf. BGHSt 40, 218.

¹⁴ Para mais detalhes sobre as diferenças entre ambas as decisões, cf. Robert Alexy, *Der Beschluß des Bundesverfassungsgerichts zu den Tötungen an der innerdeutschen Grenze vom 24. Oktober 1996*, Göttingen: Vandenhoeck & Ruprecht, 1997.

¹⁵ Cf. BGHSt 39, 1; 39, 168; 40, 241; 41, 101.

tribunal defende a proibição de retroação. A estratégia usada tanto pelo BGH quanto pelo BVerfG foi o recurso à chamada "fórmula de Radbruch".¹⁶

Gustav Radbruch foi um filósofo do direito cuja produção intelectual concentra-se sobretudo na Alemanha do entre guerras. Nesse período, suas ideias principais aproximavam-se das premissas centrais do positivismo jurídico, especialmente da separação entre direito e moral. Aquilo que ficou conhecido como "fórmula de Radbruch" é o produto de uma reviravolta teórica causada pela experiência da segunda guerra.¹⁷ Embora ainda continuasse fiel à prevalência do direito sobre a moral, Radbruch passou a aceitar uma exceção a essa ideia. Segundo ele,

O conflito entre a justiça e a segurança jurídica deve ser resolvido de forma que o direito positivo [...] tenha preferência mesmo que seu conteúdo seja injusto e inadequado, a não ser que a contradição entre a lei posta e a justiça atinja um nível insuportável, caso em que a lei, por ser "direito injusto", deve ceder em favor da justiça.¹⁸

↑ 95 | 96 ↓

Essa fórmula pode ser considerada como a expressão de um conceito não-positivista de direito. Ainda que existam outros exemplos mais radicais de não-positivismo, que não se limitam apenas às situações excepcionalíssimas, a fórmula de Radbruch tem a vantagem de oferecer uma válvula de escape para situações em que o apego irrestrito à lei poderia gerar um grau de injustiça insuportável, mantendo, contudo, a prevalência da lei para todos os outros casos. Com isso, tenta-se aliar um forte grau de segurança jurídica com a possibilidade de lidar com casos excepcionais como aqueles que têm que ser enfrentados em períodos de transição de regimes autoritários para regimes democráticos. Essa é uma das principais razões pelas quais os tribunais mencionados tenham recorrido a essa fórmula.

No caso concreto das mortes no muro de Berlim, o uso da fórmula de Radbruch significa o seguinte: (1) fica mantida a regra de que não se pode punir penalmente um ato

¹⁶ Cf. BGHSt 39, 1 (16); 41, 101 (105 ss.); BVerfGE 95, 96 (112 ss.).

¹⁷ Para uma breve comparação entre as duas fases da produção jurídica de Radbruch, cf. Stanley L. Paulson, "Radbruch on Unjust Laws: Competing Earlier and Later Views", *Oxford Journal of Legal Studies* 15 (1995): 489-500. Cf. também Hidehiko Adachi, *Die Radbruchsche Formel: eine Untersuchung der Rechtsphilosophie Gustav Radbruchs*, Baden-Baden: Nomos, 2006.

¹⁸ Gustav Radbruch, "Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht (1946)", in *Rechtsphilosophie (Studienausgabe)*, Heidelberg: C. F. Müller, 1999, p. 216.

que, na época de seu cometimento, não era crime; (2) a regra geral, na Alemanha Oriental era, claro, a de que atirar para matar alguém é algo punido penalmente (código penal da Alemanha Oriental, §§ 112 e 113); (3) formalmente, havia regras que estabeleciam exceções à regra geral do código penal e essas regras autorizavam a matar aqueles que tentassem fugir da Alemanha Oriental; (4) essas regras, contudo, por permitirem algo extremamente injusto, não poderiam ser consideradas como válidas, mesmo que tenham sido criadas seguindo todos os procedimentos formais para a criação de leis vigentes na Alemanha Oriental; (5) aqueles que tenham sido responsáveis por essas mortes devem, portanto, ser punidos, já que as normas que os autorizavam a matar não eram normas jurídicas, porque extremamente injustas.

2.4. Os argumentos positivistas contra a fórmula de Radbruch

A fórmula de Radbruch, especialmente da maneira como utilizada pelos tribunais alemães nesses casos, está sujeita a uma série de

↑96|97↓

críticas. As principais delas vêm, como não poderia deixar de ser, da parte dos positivistas, que sustentam que a utilização da fórmula seria uma maneira de burlar a anterioridade da lei penal, o que comprometeria um dos valores mais importantes do direito, a segurança jurídica. Não é o caso, aqui, de analisar todas as críticas que costumam ser feitas à fórmula de Radbruch.¹⁹ Pretendo me limitar à principal delas, que é aquela que mais diretamente tem relação com a ideia de segurança jurídica. Segundo essa crítica, se se confere a todos os juízes a competência para, sob a alegação de alguma injustiça, deixar aplicar uma lei, ou afastar uma garantia essencial como a de que não há crime sem uma lei que o preveja de antemão, aumentar-se-ia a insegurança de forma inaceitável.

Como resposta, aqueles que defendem a fórmula de Radbruch argumentam que a aplicação dessa fórmula não autoriza o afastamento de qualquer lei ou qualquer garantia em qualquer caso que se identificar alguma injustiça. A fórmula claramente faz referência a

¹⁹ Para uma análise detida dessas críticas, cf. Robert Alexy, *Begriff und Geltung des Rechts*, München: Karl Alber, 1992, pp. 70-108.

"injustiça *insuportável*". É claro que seria possível argumentar que há casos em que pode haver dúvida se se trata de uma injustiça extrema ou não, e isso também aumentaria a insegurança jurídica. Mas se isso é assim, então todo e qualquer caso de dúvida na interpretação de qualquer lei - algo corriqueiro no mundo jurídico - implicaria um aumento na insegurança. Lidar com essas dúvidas interpretativas é tarefa do direito e não há nenhuma forma de eliminá-las. Talvez as dúvidas interpretativas acerca do conceito de injustiça insuportável sejam muito menores do que as dúvidas interpretativas que rondam outros conceitos jurídicos corriqueiros, como boa-fé ou ordem pública, dentre outros.

↑97|98↓

3. Problema do caso alemão: a culpa

Para além das polêmicas acerca de sua fundamentação teórica, a fórmula de Radbruch talvez não seja suficiente, nos casos de direito penal, para avaliar a culpa e, sobretudo, para fundamentar uma punição. Segundo o Tribunal Federal de Justiça (BGH), não bastaria afirmar que as leis que autorizavam as mortes no muro eram extremamente injustas e que, por isso, não eram válidas. Seria necessário também indagar se aqueles que agiam segundo essas leis - inválidas, segundo o BGH - poderiam saber que estavam cometendo algo extremamente injusto e, por isso, contrário ao direito. O BGH responde afirmativamente a essa pergunta, afirmando que até mesmo uma pessoa doutrinada poderia perceber que matar um fugitivo desarmado, por meio de fogo cerrado, seria algo infenso a qualquer forma de justificação racional e, por isso, uma violação da proibição de matar.²⁰ Ainda que de forma menos direta, o Tribunal Federal Constitucional confirmou essa conclusão.²¹

Essas decisões percorrem, portanto, a seguinte linha argumentativa: (1) matar alguém nas condições descritas é algo extremamente injusto e, portanto, contrário ao direito, mesmo que formalmente autorizado por uma lei (aplicação da fórmula de Radbruch); (2) qualquer pessoa, mesmo a mais doutrinada, seria capaz de perceber essa injustiça, ou seja, de perceber que estava cometendo um crime, mesmo que formalmente autorizada por uma lei; (3) aquele que, mesmo assim, atira para matar, é culpado e, por isso, deve ser punido.

²⁰ BGHSt 40, 241 (251).

²¹ BVerfGE 95, 96.

Essa cadeia argumentativa é polêmica em todos os seus elos. O primeiro dos elos - a fórmula de Radbruch - já foi brevemente discutido acima. O segundo elo - a evidência da injustiça extrema -

↑ 98|99 ↓

é problemático especialmente no caso de jovens guardas de fronteira (embora talvez fosse plausível para o caso dos dirigentes da RDA). O terceiro elo é ainda mais problemático, especialmente para os objetivos deste texto, porque supõe que os dois primeiros argumentos levam necessariamente à atribuição de *culpa* e à *punição*. Essa questão será discutida adiante, com base em algumas ideias defendidas por Klaus Günther.

4. Culpa e punição

Segundo Günther, o debate sobre o que fazer com crimes do passado está ofuscado e confundido pela associação que se faz entre *culpa* e *punição*, porque se pressupõe que a determinação da culpa *tem que* resultar em punição.²² Essa é, segundo ele, uma associação falaciosa. Embora a punição pressuponha culpa (quem não é culpado não deve ser punido), a recíproca não seria sempre verdadeira. Por isso, ainda segundo Günther, é melhor analisar culpa sem necessariamente pensar em procedimentos que levam a uma punição.

Levar esse argumento a sério - algo que muitas vezes não ocorre - abre espaço para ampliar um debate que, em grande parte dos casos, fica restrito à dicotomia extrema entre punição exemplar ou perdão total (com conseqüente esquecimento). O próprio debate entre positivistas e não-positivistas, brevemente explorado na primeira parte desse texto, parece pressupor um cenário puramente dicotômico. E foi esse debate dicotômico - *esquecer* x *punir* - que deu o tom nos debates acadêmicos e judiciais na Alemanha reunificada e também no atual debate brasileiro sobre a lei de anistia.

↑ 99|100 ↓

²² Cf. Klaus Günther, "Der strafrechtliche Schuldbegriff als Gegenstand einer Politik der Erinnerung in der Demokratie", in Gary Smith & Avishai Margalit (orgs.), *Amnestie oder Die Politik der Erinnerung in der Demokratie*, Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1997, p. 50.

Esta parte final deste texto pretende salientar que as alternativas são muito mais ricas do que essas (especialmente quando se insere o elemento *memória* no debate) e que não há uma resposta correta e única, sempre baseada no "tudo ou nada", para todos os casos.²³ Cada realidade exige uma resposta pensada para essa mesma realidade, algo que o debate jurídico, seja no direito penal, seja na teoria do direito, costuma olvidar. Dentre as variáveis envolvidas, que podem guiar a definição da melhor resposta nessa ou naquela direção, podem ser citadas aqui algumas, como: (1) Elementos culturais, já que cada povo lida de forma diversa com seu passado; (2) Grau de injustiça dos atos cometidos; (3) Tempo decorrido entre as injustiças e o debate sobre como lidar com elas; (4) Efeitos do passado no presente e no futuro: esquecer gera harmonia ou tensão? Punir exemplarmente gera satisfação ou acirra os atritos?

Algumas dessas variáveis têm relação direta com a forma como pode e deve ocorrer a *atribuição de culpa* por injustiças ocorridas no passado. Os dois extremos das possibilidades de atribuição de culpa são ocupados, de um lado, pela atribuição *legal* (via processo penal) e a atribuição *informal* (pela população).

Atribuições informais de culpa - que costumam ocorrer exatamente quando o direito afasta-se da questão, por exemplo, por meio de uma "ordem geral de esquecimento" (anistia) - podem, em alguns casos, gerar um processo irracional de punição, feito pela própria sociedade.²⁴ Quando isso acontece, a ideia de busca de

↑ 100 | 101 ↓

harmonia por meio do esquecimento, da anistia (da não-atribuição de culpa) cai totalmente por terra.

²³ Para um breve resumo de algumas das principais alternativas sobre como lidar com a questão no âmbito jurídico, cf., por exemplo, Ivan Simonovic, "Dealing with the Legacy of Past War Crimes and Human Rights Abuses: Experiences and Trends", *Journal of International Criminal Justice* 2 (2004), pp. 701-710.

²⁴ A não ser nos casos em que o grau de injustiça foi mínima ou nos casos em que, por razões culturais (ou às vezes também políticas), entende-se que, independente do que tenha acontecido, o mais importante é apenas olhar adiante e não para o passado, segundo o mote "viver bem é a melhor vingança" (cf., por exemplo, Gábor Halmai & Kim Lane Scheppele, "Living Well is the Best Revenge: the Hungarian approach to judging the past", in A. James McAdams (org.), *Transitional Justice and the Rule of Law in new Democracies*, Notre Dame: University of Notre Dame Press, 1998, pp. 155-184; Elin Skaar, "Truth Commissions, Trials: Or Nothing? Policy Options in Democratic Transitions", *Third World Quarterly* 20: 6 (1999), pp. 1109-1128).

É por isso que Günther insiste na necessidade de algum tipo formal e racional de atribuição de culpa.²⁵ E, embora essa atribuição racional de culpa não precise ser feita necessariamente por meio do direito (ela pode, por exemplo, ser feita por meio da historiografia), Günther insiste que a *atribuição legal* de culpa é necessária, como um elemento da construção da memória coletiva.²⁶ Essa atribuição legal de culpa é incompatível com o esquecimento e, por isso, incompatível também com a anistia em seu sentido tradicional, que interrompe (ou impede o início de) todo e qualquer processo legal de averiguação de culpabilidade.

Por isso, Günther termina seu texto com a afirmação de que "a exigência de punição exemplar e incondicional pode ser uma exigência muito grande; mas a demanda por anistia e esquecimento pode ser algo brando demais".²⁷

5. Conhecer o passado e construir a memória coletiva

A partir dessa ideia, parece-me possível concluir que é a *dissociação entre culpa e punição* - associada à constatação de que punição exemplar e esquecimento total²⁸ são apenas os extremos de um contínuo

↑ 101 | 102 ↓

de possibilidades acerca de como lidar com o passado e com a memória - pode abrir as portas para um debate mais frutífero sobre formas intermediárias de se lidar com o problema, cada uma adequada a cada realidade, com base nos elementos que mencionei anteriormente: cultura, grau de injustiça, harmonização e tempo.

Talvez o exemplo mais conhecido no sentido de construir um caminho próprio sejam as chamadas "comissões de verdade e reconciliação", como as sul-africanas. Embora não seja possível atribuir uma única razão para que a África do Sul tenha escolhido esse caminho, é possível sustentar algumas hipóteses, com base nos quatro elementos acima expostos. A primeira delas tem a ver com o grau de injustiça do regime que ficou conhecido como

²⁵ Cf. Klaus Günther, "Der strafrechtliche Schuldbegriff", p. 86.

²⁶ Ibidem, p. 83.

²⁷ Ibidem, p. 89.

²⁸ Seja por meio de anistia, seja por meio da crença de que vedação de retrocesso da lei penal implica a necessidade de esquecimento.

apartheid. Um nível tão elevado de injustiça, perpetrada por décadas a fio, não parece ser compatível com o estabelecimento de uma anistia, no sentido de esquecimento total do passado. Uma anistia, nesse caso, poderia implicar aquilo que foi chamado por Günther de "atribuição informal de culpa", que facilmente pode levar a uma punição também informal - e descontrolada - daqueles que forem considerados culpados. Construir o futuro, no caso sul-africano, era (e continua sendo) uma tarefa incompatível com o esquecimento do passado. Assim, ao mesmo tempo em que esquecer poderia gerar mais tensão do que harmonia, punir exemplarmente poderia acirrar ainda mais os atritos, algo também incompatível com a construção de um futuro comum.²⁹ A esse fato soma-se o último dos elementos mencionados anteriormente: a cultura. Esse elemento é bem resumido pelo último capítulo da constituição provisória da África do Sul, de 1993, que serviu de epígrafe para

↑ 102|103 ↓

este texto: "há uma necessidade de compreensão, mas não de vingança, uma necessidade de reparação, mas não de retaliação, uma necessidade de *ubuntu*, mas não de vitimização".³⁰

Não é o caso aqui de analisar todas as polêmicas que cercaram e ainda cercam o funcionamento e os resultados das comissões de verdade e reconciliação na África do Sul.³¹ O que se pretende é apenas mostrar como a ideia de *memória* (aliada, em alguns casos, a

²⁹ Cf., nesse sentido, Desmond Tutu, *No Future Without Forgiveness*, New York: Doubleday, 1999, p. 21: "enquanto os aliados puderam fazer suas malas e voltar para casa depois de Nuremberg, nós, na África do Sul, tínhamos que viver uns com os outros". Cf. também Simone Martins Rodrigues Pinto, "Justiça transicional na África do Sul: restaurando o passado, construindo o futuro", *Contexto Internacional* 29: 2 (2007): 393-421.

³⁰ Na tradução feita pelo juiz Mahomed, da Corte Constitucional da África do Sul, na decisão *S. v. Makwanyane* (1995), *ubuntu* implica "o ethos de uma capacidade instintiva de amar o próximo; a felicidade e a satisfação envolvida no reconhecimento de sua humanidade inata" (§ 263). Nas palavras do juiz Madala, *ubuntu* implicaria a necessidade de um "sopesamento entre os interesses da sociedade e do indivíduo, para a manutenção da lei e da ordem, mas não para a desumanização e degradação do indivíduo" (§ 250), implicaria também reconhecer a humanidade até mesmo daquele que comete os crimes mais hediondos (§ 244). Cf. também Bronwyn Leebaw, "Legitimation or Judgment? South Africa's Restorative Approach to Transitional Justice", *Polity* 36: 1 (2003), pp. 39-42.

³¹ Para alguns exemplos das críticas feitas a essas comissões, cf. François Du Bois, "Nothing but the Truth: the South African Alternative to Corrective Justice in Transitions to Democracy", in Emílios Christodoulidis & Scott Veitch (orgs.), *Lethal Law: Justice, Law and Ethics in Reconciliation*, Oxford: Hart, 2001, pp. 91-114; Olivia Lin, "Demythologizing Restorative Justice: South Africa's Truth and Reconciliation Commission and Rwanda's Gacaca Courts in Context", *ILSA Journal of International & Comparative Law* 12 (2005), pp. 41-85.

algum conceito de *verdade*) pode ser um importante - e, no Brasil, muitas vezes olvidado - elemento da chamada justiça de transição. Em geral, o que se quer com essas comissões é conciliar a manutenção da memória com a promoção da harmonia, em detrimento da punição individualizada de determinados culpados.³² Averigua-se a culpa sem que isso necessariamente leve a punições criminais exemplares. Muitas vezes, condiciona-se uma eventual não-punição à colaboração com o *estabelecimento e a fixação de uma*

↑ 103 | 104 ↓

memória coletiva. Quem se recusa a participar da construção dessa memória, pode ser punido pelo que fez, caso tenha feito algo. Quem tem algo a contar, ajuda na construção da memória e pode, em determinados casos, ficar livre de punição.

Assim, ao contrário da anistia, que pretende apagar o passado e bloquear a construção de uma memória, ao confundir o não-estabelecimento de punições com a recusa a investigar a culpa, existem outras formas *legais* de construir o passado e a memória, para que se possa começar a encarar o futuro.

Se estivermos abertos a esses caminhos alternativos entre a vingança e o esquecimento, talvez descubramos que, também no Brasil, o futuro não pode ser encarado sem memória e que há ainda muitos passados esperando por acontecer.

6. Bibliografia citada

Adachi, Hidehiko. *Die Radbruchsche Formel: eine Untersuchung der Rechtsphilosophie Gustav Radbruchs*. Baden-Baden: Nomos, 2006.

Alexy, Robert. *Begriff und Geltung des Rechts*. München: Karl Alber, 1992.

_____. *Der Beschluß des Bundesverfassungsgerichts zu den Tötungen an der innerdeutschen Grenze vom 24. Oktober 1996*. Göttingen: Vandenhoeck & Ruprecht, 1997.

_____. *Mauerschützen: Zum Verhältnis von Recht, Moral und Strafbarkeit*. Göttingen: Vandenhoeck & Ruprecht, 1993.

³² Nesse sentido, o enfoque sul-africano se distingue com clareza do enfoque alemão no trato dos crimes cometidos na antiga RDA. Para uma boa comparação entre ambos os enfoques, cf. Maryam Kamali, "Accountability for Human Rights Violations: A Comparison of Transitional Justice in East Germany and South Africa", *Columbia Journal of Transnational Law* 40 (2001): 89-142.

- Du Bois, François. "Nothing but te Truth': the South African Alternative to Corrective Justice in Transitions to Democracy", in Emilios Christodoulidis & Scott Veitch (orgs.), *Lethe's Law: Justice, Law and Ethics in Reconciliation*. Oxford: Hart, 2001: 91-114.
- Feuerbach, Paul Johann Anselm von. *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland geltenden peinlichen Rechts*. Gießen: Heyer, 1801.
- Glaser, Stefan. "Nullum Crimen Sine Lege", *Journal of Comparative Legislation and International Law* 24 (1942): 29-42.
- Günther, Klaus. "Der strafrechtliche Schuldbegriff als Gegenstand einer Politik der Erinnerung in der Demokratie", in Gary Smith & Avishai Margalit (orgs.), *Amnestie oder Die Politik der Erinnerung in der Demokratie*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1997: 48-89.
- Halmai, Gábor & Kim Lane Scheppele. "Living Well is the Best Revenge: the Hungarian approach to judging the past", in A. James McAdams (org.), *Transitional Justice and the Rule of Law in new Democracies*. Notre Dame: University of Notre Dame Press, 1998: 155-184.
- Hart, H. L. A. "Positivism and the Separation of Law and Morals (1958)", in *Essays in Jurisprudence and Philosophy*. Oxford: Clarendon Press, 1983: 49-87.
- Hassemer, Winfried. *Einführung in die Grundlagen des Strafrechts*. 2^a. ed. München: C. H. Beck, 1990.
- Jung, Susanne. *Die Rechtsprobleme der Nürnberger Prozesse*. Tübingen: Mohr, 1992.
- Kamali, Maryam. "Accountability for Human Rights Violations: A Comparison of Transitional Justice in East Germany and South Africa", *Columbia Journal of Transnational Law* 40 (2001): 89-142.
- Kelsen, Hans. *Reine Rechtslehre*. 2^a. ed. Wien: Deuticke, 1960.
- Kranzbühler, Otto. "Nürnberg als Rechtsproblem", in *Um Recht und Gerechtigkeit: Festschrift für Erich Kaufmann*. Stuttgart: Kohlhammer, 1950: 219-237.
- Leebaw, Bronwyn. "Legitimation or Judgment? South Africa's Restorative Approach to Transitional Justice", *Polity* 36: 1 (2003): 23-51.
- Lin, Olivia. "Demythologizing Restorative Justice: South Africa's Truth and Reconciliation Commission and Rwanda's Gacaca Courts in Context", *ILSA Journal of International & Comparative Law* 12 (2005): 41-86.
- Paulson, Stanley L. "Radbruch on Unjust Laws: Competing Earlier and Later Views", *Oxford Journal of Legal Studies* 15 (1995): 489-500.
- Pinto, Simone Martins Rodrigues. "Justiça transicional na África do Sul: restaurando o passado, construindo o futuro", *Contexto Internacional* 29: 2 (2007): 393-421.
- Radbruch, Gustav. "Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht (1946)", in *Rechtsphilosophie (Studienausgabe)*. Heidelberg: C. F. Müller, 1999: 211-219.
- Roxin, Claus. *Strafrecht: Allgemeiner Teil*. München: C. H. Beck, 1992.

- Simonovic, Ivan. "Dealing with the Legacy of Past War Crimes and Human Rights Abuses: Experiences and Trends", *Journal of International Criminal Justice* 2 (2004): 701-710.
- Skaar, Elin. "Truth Commissions, Trials: Or Nothing? Policy Options in Democratic Transitions", *Third World Quarterly* 20: 6 (1999): 1109-1128.
- Tutu, Desmond. *No Future Without Forgiveness*. New York: Doubleday, 1999.