

revista
anistia
política **e** justiça **d**e transição

Governo Federal

Ministério da Justiça

Comissão de Anistia

REVISTA ANISTIA POLÍTICA E JUSTIÇA

DE TRANSIÇÃO

Presidente da República

Dilma Rousseff

Ministro da Justiça

José Eduardo Cardozo

Secretário-Executivo

Luiz Paulo Barreto

Presidente da Comissão de Anistia

Paulo Abrão

Vice-presidentes da Comissão de Anistia

Egmar José de Oliveira

Sueli Aparecida Bellato

Secretário Executivo da Comissão de Anistia

Muller Borges

Coordenador Geral da Revista

Marcelo D. Torelly

“Excepcionalmente a edição da Revista Anistia alusiva ao segundo semestre de 2010 foi publicada no ano de 2011, dadas restrições legais impostas pelo calendário eleitoral.”

“As opiniões contidas nos textos desta revista são de responsabilidade exclusiva de seus autores, não caracterizando posições oficiais do Ministério da Justiça, salvo se expresso em contrário.”

“As fotos contidas nesta edição pertencem ao Acervo da Comissão de Anistia e do Arquivo Nacional”

“Os nomes contidos na capa desta edição são de anistiados políticos pela Comissão de Anistia e constituem uma justa homenagem a todos que lutaram pela democracia no Brasil”

Nesta edição, trabalharam como revisores dos textos aprovados para publicação os Conselheiros Técnicos e Editoriais abaixo relacionados:

Aline Agnes Vieira Macabeu, Bianca de Moura Rodrigues Pires, Mayane Burti Marcondes Barbosa, Marcelo D. Torelly e Rosane Cavalheiro Cruz.

Conselho Editorial

Antônio Manuel Hespanha (Universidade Nova de Lisboa – Portugal), Boaventura de Sousa Santos (Universidade de Coimbra – Portugal), Bruna Peyrot (Consulado Geral – Itália), Carlos Cárcova (Universidade de Buenos Aires – Argentina), Cristiano Otávio Paixão Araújo Pinto (Universidade de Brasília), Dani Rudinick (Universidade Ritter dos Reis), Daniel Aarão Reis Filho (Universidade Federal Fluminense), Deisy Freitas de Lima Ventura (Universidade de São Paulo), Eduardo Carlos Bianca Bittar (Universidade de São Paulo), Edson Cláudio Pistori (Memorial da Anistia Política no Brasil), Enéa de Stutz e Almeida (Universidade de Brasília), Flávia Carlet (Projeto Educativo Comissão de Anistia), Flavia Piovesan (Pontifícia Universidade Católica de São Paulo), Jaime Antunes da Silva (Arquivo Nacional), Jessie Jane Vieira de Sousa (Universidade Federal do Rio de Janeiro), Joaquin Herrera Flores (*in memoriam*), José Reinaldo de Lima Lopes (Universidade de São Paulo), José Ribas Vieira (Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro), Marcelo Dalmás Torelly (Coordenador-Geral), Maria Aparecido Aquino (Universidade de São Paulo), Paulo Abrão (Presidente), Phil Clark (Universidade de Oxford – Inglaterra), Ramon Alberch Fugueras (Arquivo Geral da Cataluña – Espanha), Rodrigo Gonçalves dos Santos (Comissão de Anistia), Sandro Alex Simões (Centro Universitário do Estado do Pará), Sean O’Brien (Universidade de Notre Dame – Estados Unidos), Sueli Aparecida Bellato (Comissão de Anistia)

Conselho Técnico

Aline Sueli de Salles Santos, Ana Maria Guedes, Ana Maria Lima de Oliveira, André Amud Botelho, Daniela Frantz, Eduardo Miranda Siufi, Egmar José de Oliveira, Henrique de Almeida Cardoso, Joaquim Soares de Lima Neto, José Carlos M. Silva Filho, Juvelino José Strozake, Kelen Meregali Model Ferreira, Luana Andrade Benício, Luciana Silva Garcia, Marcia Elayne Berbich de Moraes, Márcio Gontijo, Márcio Rodrigo P.B. Nunes Cambraia, Maria Emília Guerra Ferreira, Marina Silva Steinbruch, Mário Miranda de Albuquerque, Marleide Ferreira Rocha, Muller Luiz Borges, Narciso Fernandes Barbosa, Paula Danielli Rocha Nogueira, Paulo Abrão, Prudente José Silveira Mello, Rita Maria de Miranda Sipahi, Roberta Camineiro Baggio, Roberta Vieira Alvarenga, Roberto Flores Reis, Rodrigo Gonçalves dos Santos, Tatiana Tannus Grama, Vanderlei de Oliveira, Virgínius José Lianza da Franca, Vanda Davi Fernandes de Oliveira.

Projeto Gráfico

Ribamar Fonseca

Revisão ortográfica

Alessandro Mendes

Editoração eletrônica

Supernova Design

Capa inspirada no trabalho original de Aem’Hardy’Voltz

Revista Anistia Política e Justiça de Transição / Ministério da Justiça. – N. 4 (jul. / dez. 2010). – Brasília : Ministério da Justiça , 2011.

Semestral.
Primeira edição: jan./jun. 2009.

ISSN 2175-5329

1. Anistia, Brasil. 2. Justiça de Transição, Brasil. I. Brasil. Ministério da Justiça (MJ).

CDD 341.5462

Ficha Catalográfica elaborada pela Biblioteca do Ministério da Justiça

A ANISTIA: O TERROR E A GRAÇA APORIAS DA JUSTIÇA TRANSICIONAL NO CHILE PÓS-DITATORIAL

Juan Pablo Mañalich R.

Doutor em Direito pela Universidade de Bonn (Alemanha), licenciado em ciências jurídicas e sociais pela Universidade do Chile e professor do Departamento de Ciências Penais da Faculdade de Direito da Universidade do Chile

I. INTRODUÇÃO: O DESTINO DA TRANSIÇÃO

A justiça dos tribunais pode julgar Pinochet enquanto este, por voz militar comprovada, 'pode' ter ordenado a Caravana da Morte que foi, indo de norte a sul, arrancando os olhos dos militantes da esquerda. Mas não se pode julgar Pinochet, enquanto este e seus subordinados impuseram ao país, graças aos milhares de crimes pontuais cometidos, um sistema político e econômico [...]. A justiça dos tribunais – que opera de acordo com as mesmas leis que estruturam o Estado vigente – pode-se julgar pelos 'feitos' configurados por essas leis como crimes, mas não os 'processos' que configuraram como história do Estado vigente. Não se pode, nesse sentido, operar como instrumento direto da vontade soberana do povo¹.

¹ Salazar, Gabriel: *Transición ciudadana: De la justicia estatal al tribunal de la historia (Chile, Siglo XXI)*, do mesmo, *Del poder constituyente de asalariados e intelectuales (Chile, Siglos XX y XXI)*, LOM, Santiago, 2009, pp. 278 s.

O ponto de vista que aqui se assume, pelo mesmo, é o do reconhecimento de uma oportunidade perdida. Trata-se da oportunidade representada pela possibilidade de uma demonstração política da falta de continuidade entre o tempo passado, em que os feitos do terror são registrados, e nosso tempo presente

O que se oferece a seguir – na senda marcada pelas palavras do historiador Gabriel Salazar – é uma exploração do que, no início da transição chilena, foi conhecido como a estratégia de solução jurídica do ‘problema dos direitos humanos’. O efeito primordial da imposição dessa estratégia consistiu em um favorecimento de uma compreensão da violência exercida pelas estruturas repressivas do Estado entre os anos 1973 e 1990, que constitui aquilo que aqui receberá a etiqueta de ‘o terror’, como um fenômeno estritamente delitivo, cujo ‘processamento’ por parte do discurso público cairia em totalidade sob o âmbito de competência do Direito Penal, e essa interpretação reducionista é incapaz de dar conta da dimensão desses feitos que sobrepassa a capacidade epistêmica da operação ordinária do Direito.

Uma semelhante interpretação já é, a esta altura, politicamente irreversível. Sendo esse o caso, então cabe sustentar, em modo de diagnóstico global, que o triunfo dessa estratégia reducionista foi traduzido em uma normalização da violência “fundacional” sobre a qual descansa o regime político associado à vigência da Constituição de 1980. Que alguns constitucionalistas haviam falado a esse respeito da “Constituição de 2005” só confirma este diagnóstico. Pois o que isso supõe é que a ordem política assim imposta chegou a ser legitimada até o ponto em que a marca de origem pretende ser desviada só pela substituição de uma assinatura.

O ponto de vista que aqui se assume, pelo mesmo, é o do reconhecimento de uma oportunidade perdida. Trata-se da oportunidade representada pela possibilidade de uma demonstração política da falta de continuidade entre o tempo passado, em que os feitos do terror são registrados, e nosso tempo presente. Pois somente a semelhante demonstração poderia ter evitado a consolidação irreflexiva do tempo do terror como um tempo em que se voltou constitutivo da nossa identidade política. E essa oportunidade deve ser tida como irremediavelmente perdida, porque hoje, dadas as nossas circunstâncias políticas, qualquer alegado a favor de uma relativização das submissões irrestritas dos feitos do terror ao regime do Direito Penal poderia ser entendido somente como um alegado a favor da impunidade. Mas que ele ao se

dar conta, em parte ao menos, de que nossa única possibilidade de resposta perante os feitos do terror foi reduzida à reação do Direito Penal. E isso significa, então, que os feitos do terror já nos pertencem, no sentido de que são *nostros* feitos².

II. A PUNIÇÃO DO TERROR

A. A PENA COMO REALIZAÇÃO DO DIREITO

“Com relação a isso, o Direito se assemelha ao do rei Midas. Assim como tudo aquilo que era tocado transformava-se em ouro, tudo aquilo ao qual o Direito se refere leva caráter jurídico”³.

Com essas palavras, Kelsen dava-se conta de que a única maneira em que o Direito pode se privar da validade jurídica é pelo paradoxo, é validando aquilo de cuja invalidação trata. Na área de Direito, agregava Kelsen, “nulidade” só pode significar “anulabilidade”⁴. Mas a observação de Kelsen é generalizável. Então, ela faz possível colocar em uma determinada perspectiva aquilo que na transição chilena foi chamado de a estratégia de “solução jurídica do problema dos direitos humanos”, que à primeira vista poderia ser entendida como uma tentativa de superação do passado por intermédio do Direito.

Mas a pergunta pela possibilidade de uma superação do passado pelo Direito encerra uma armadilha. A armadilha consiste de que a necessidade da superação do passado depende que o passado não seja, de fato, um mero passado, senão ainda presente. Tudo o que acontece, acontece no presente: o passado e o futuro somente são relevantes, simultaneamente, como horizontes temporais de operações necessariamente atuais⁵. Se o passado fosse somente passado, não haveria a necessidade de superação, pois, nesse sentido, o passado é sempre o que já foi superado por definição: o que *já passou*. Na superação do passado, somente pode se tratar da superação de um presente (ainda) perturbado pelo passado⁶.

É exatamente uma perturbação que explica a resposta ao crime pela pena. O crime expressa uma falta de reconhecimento da norma abalada como razão eficaz para a ação, e a pena declara que

2 A complexidade das premissas sobre as quais se sustenta esse diagnóstico torna-se impossível para se dar conta, neste espaço, dos pressupostos e das implicações do argumento global. Para o desenvolvimento pormenorizado das mesmas consulte Mañalich, Juan Pablo: *Terror, pena y amnistía. El derecho penal ante el terrorismo de Estado*, Flandes indiano, Santiago, 2010, *passim*.

3 Kelsen, Hans *Teoría Pura del Derecho*, Porrúa, México, 2002, p. 284.

4 *Ibid*, pp, 283 s.

5 Luhmann, Niklas: *Das Recht der Gesellschaft*, Suhrkamp, Frankfurt a.M., 1993, pp. 45 s., 110.

6 Jakobs, Günther: “¿Superación del pasado mediante el Derecho penal?”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales XLVII* (1994), pp. 137 s.

essa falta de reconhecimento – de não ser cancelada, como registra Hegel⁷ – não conta como um interrogatório da vigência da norma. Pela prestação da pena, cujo bom nome é “retribuição”, o Direito Penal faz com que se torne possível o restabelecimento coercitivo da vigência daquelas normas que são comuns aos membros de uma comunidade *enquanto* membros dessa comunidade.⁸

B. CRIMINALIDADE DE ESTADO

A reconstrução da função do Direito Penal assim (apenas) esboçada se ajusta ao que cabe chamar de “criminalidade *no* Estado”; isto é, o âmbito em que uma pessoa pode ser chamada a responder juridicamente pela infração imputável de uma norma vinculada para os cidadãos de um Estado “em forma”. Trata-se certamente de uma reconstrução idealizada, que necessariamente mostrará um déficit de ajuste ou “equilíbrio reflexivo” frente à facticidade da prática de cuja reconstrução se trata. Mas esse déficit de ajuste resulta irrenunciável se a reconstrução for entendida como portadora de uma disposição crítica.

A mesma reconstrução idealizada, no entanto, não deixou nenhum ajuste para a fenomenologia do terror estatal. Pois aproximar-se do terror desde a perspectiva da criminalidade no Estado equivale a reduzir o terror a um conjunto de feitos delitivos discretos do que a soma que pode representar uma infração massiva de normas jurídicas. Fazer justiça ao fenômeno do terror exige a tematização do mesmo, desde já, não como criminalidade no Estado, senão como criminalidade *de* Estado.⁹ Pois a criminalidade de Estado é precisamente aquela em que o Estado não constitui o “objeto do ataque”, senão a plataforma de produção da violência criminal. O terror não é, então, criminalidade política, senão – literalmente – “política criminal”; isto é, política operada criminalmente até o ponto de ter que predicar o adjetivo “criminal” da própria ação do Estado.¹⁰ Trata-se, na formulação muito adequada de Herbert Jäger, da criminalidade que é própria do estado de exceção¹¹.

A descrição de um fenômeno tal como o fenômeno puramente delitivo encerra, inexoravelmente, uma trivialização¹². Mas é crucial advertir que a trivialidade de uma descrição não faz falta. Pelo

7 Hegel, G.F.W.: *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, Suhrkamp, Frankfurt a.M., 1986, § 99.

8 Com detalhes sobre, Mañalich, *op. cit.* (nota 2), pp. 53 ss., 89 ss.

9 Véase Jakobs, Günther: “Crímenes de Estado – Ilegalidad en el Estado”, *DOXA* 17-18 (1995), pp. 137 ss.; al respecto Mañalich, *op. cit.* (nota 2), pp. 23 ss., 29 s.

10 Jäger, Herbert: “Ist Politik kriminalisierbar?”, en Lüderssen (coord.), *Aufgeklärte Kriminalpolitik oder Kampf gegen das Böse? Band III: Makrokriminalität*, Nomos, Baden-Baden, 1998, pp. 121 ss.

11 *Ibid.*, p. 123.

12 Com relação ao Mañalich, *op. cit.* (nota 2), pp. 30 ss.



FONTE: ARQUIVO NACIONAL



contrário: uma descrição é trivial, precisamente, quando a mesma é tão evidentemente verdadeira que deixa de ser interessante. O relevante aqui é que o Direito Penal é necessariamente cego à dimensão dos feitos do terror que é irreduzível à sua descrição como feitos delitivos. O terror não é algo *distinto* disso, mas certamente é *algo mais*. Pois o terror encerra já no momento em que, como diria Hegel, a determinação quantitativa se torna qualitativa¹³.

Assim torna-se evidente uma dificuldade que é imanente à própria noção de crimes de Estado.

A transformação de (ao menos) uma parte da estrutura estatal em uma estrutura criminal já supõe uma supressão das condições da juridicidade da práxis desse Estado, sem que essa perda de juridicidade possa ser suficientemente tematizada, no entanto, sob o direito desse Estado: “o direito do Estado não é epistemicamente capaz de advertir a supressão do Estado de Direito.”



C. A PUNIÇÃO COMO ASSUNTO AO PASSADO

A punição traz consigo a confirmação de uma relação de copropriedade a uma comunidade cujos membros dão normas a si mesmos, tornando-se reciprocamente obrigados. Certamente, isso não é algo que possa *ser tematizado* dentro do diálogo de atribuição de responsabilidade que tem lugar em uma forma institucional do processo penal, precisamente porque não se trata de uma condição, mas de uma *pré-condição* da responsabilidade¹⁴, que permanece, pelo mesmo, invisível no contexto desse diálogo. O importante aqui, no entanto, é advertir que esta pré-condição encerra uma pressuposição posterior, ou seja: a de uma correspondência normativa entre o tempo (passado) do feito julgado e o tempo (presente) do julgamento.

Essa pressuposição se expressa da maneira como o Direito Penal define seu âmbito temporal de validade, que não deixa ser articulado como única referência ao princípio da retroatividade da lei penal. Pois desde o único ponto de vista do princípio da retroatividade, nada se opõe a que o feito julgado possa resultar punível com ajuste às normas vigentes no momento da comissão, mas no momento do julgamento a vigência já foi perdida. O único que explica a exigência de congruência normativa entre o tempo do feito e o tempo do julgamento, que se traduz no assim chamado princípio de favorabilidade¹⁵, é a necessidade “de o conteúdo expressivo do feito punível corresponder ao conteúdo expressivo do ato da punição, ao modo de um dizer e outro contradizer”¹⁶. E o que esse requisito significa é que o feito julgado tem que seguir representando um conflito no presente¹⁷, o qual, segundo o que já se sugeria, define o sentido preciso o qual cabe entender que toda punição é superação de um feito passado enquanto perturbação do presente. Assim, toda a aplicação do Direito se encerra a uma determinada compreensão do passado, do tempo dos feitos julgados, precisamente no sentido da *normalidade* do passado, isto é, da correspondência normativa entre passado e presente¹⁸.

Recentemente, pelo mesmo, é possível explicar o que realmente promete a “solução jurídica – ou mais precisamente: jurídico-penal – do problema dos direitos humanos”. Pois o conceito jurídico-penal da culpabilidade desempenha uma função de “registro na ordenação da memória coletiva”, no sentido de possibilitar uma adscrição binária do feito julgado, ou também à respectiva pessoa individual como infração imputável de uma norma, ou também à situação que o feito tomou lugar¹⁹.

14 Para essa noção, consulte Duff, R.A.: “Law, Language and Community: Some Preconditions of Criminal Liability”, *Oxford Journal of Legal Studies* 18 (1998), pp. 189 ss.

15 Geralmente com relação ao Mañalich, *op. cit.* (nota 2), pp. 195 ss.

16 Jakobs, Günther: *Derecho Penal Parte General*, Marcial Pons, Madrid, 1997, 4/49.

17 *Ibid.*, 4/50.

18 Consulte Mañalich, *op. cit.* (nota 2), pp. 38 ss.

19 Günther, Klaus: “Der strafrechtliche Schuldbegriff als Gegenstand einer Politik der Erinnerung in der Demokratie”, en Smith y Margalit (coord.), *Amnestie oder die Politik der Erinnerung*, Suhrkamp, Frankfurt a.M., 1997, pp. 48 ss., 81 ss.

E isso sugere o risco de um desconhecimento da medida em que a atribuição da culpabilidade se constitui inexoravelmente em uma ligação ao passado, que condiciona negativamente cada possibilidade de um novo começo²⁰.

III. A ANISTIA: IDIOSSINCRASIA, SIGNIFICADO E ESTRUTURA

A. A ESQUIVA DA ELUSÃO

O Decreto DL 2191, de 1978, mais conhecido como “decreto-lei de anistia”, constitui um antecedente fundamental no questionamento pelo status jurídico-penal dos feitos que representam instâncias do terror praticado pela ditadura militar chilena.

E não porque, como é óbvio, o decreto-lei de anistia simplesmente evidencia a vontade de exonerar os agentes do terror. O crucial, ao contrário, é que o DL 2191 evidencia que o regime jamais chegou a esboçar uma pretensão de legitimidade jurídica com relação ao programa de violência. Pois enquanto causa da *extinção* da responsabilidade penal, toda anistia pressupõe que as pessoas anistiadas têm responsabilidade penal comprometida nos feitos nos quais ela se encontra referida.

Isso explica que boa parte do debate jurídico em torno do “problema dos direitos humanos” tenha tendência a centrar-se na aplicabilidade do decreto-lei de anistia. Tanto a “doutrina Aylwin” como a construção jurisprudencial do mal chamado “sequestro permanente” levam a entender, precisamente, como soluções *ad hoc* que tentam esquivar falsamente o obstáculo à perseguição penal e assim à punição efetiva que representa essa anistia.

Como a “doutrina Aylwin” é conhecida por uma determinada proposta de interpretação das disposições legais, que definem as condições de oportunidade processual para a aplicação de uma anistia como causa de extinção da responsabilidade penal. Essa proposta consiste em entender o esgotamento da investigação do feito como condição necessária ao descumprimento definitivo que em todo caso a anistia há de trazer consigo. Aqui, a falácia opera pela deturpação do sentido das regras processuais pertinentes, com arranjos os quais, sendo evidente *ab initio* que o processo penal em questão em todo caso terá que concluir um descumprimento definitivo em função de uma anistia, o mesmo não deve ser levado a efeito²¹.

20 *Ibid.*, p. 84.

21 Geralmente com relação ao Mañalich, *op. cit.* (nota 2), pp. 157 ss.



A doutrina do assim chamado “sequestro permanente,” por sua parte, representa uma intenção de entender perpetrados os feitos constitutivos de sequestros nos casos muito emblemáticos de “detalhes desaparecidos” por um espaço de tempo que se estenda além do limite máximo da aplicabilidade temporal de DL 2191 – ou seja, em 10 de março de 1978 –, de modo que por todo o lapso restante os autores não puderam ver extinguida sua responsabilidade em função da anistia. Essa construção também encerra uma falácia, consistente em recorrer à característica do delito permanente que exhibe *todo* o sequestro – daí que a expressão “sequestro permanente” constituía uma redundância, em circunstâncias que por trás de toda redundância se esconde uma contradição – para investir a “carga material da prova” relativa à dimensão do crime em questão²².

A inadequação técnica dessas duas estratégias dirigidas para esquivar o preventivo efetivo da persecução efetiva penal dos crimes perpetrados pela estrutura repressiva do Estado entre setembro de 1973 e março de 1978 – o período de maior brutalidade do terror – deixa-se explicar, até certo ponto, ao menos, pelo feito de tratar-se de estratégias de elusão. O que cabe apresentar, ao contrário, é se há espaço para uma solução frontal, ou seja, uma solução que considera impugnar as bases de mesma validade do DL 2191²³.

B. A INVALIDEZ IMANENTE DA AUTOANISTIA

A esse respeito, a via mais recentemente explorada pela jurisprudência chilena consistiu em um recurso a uma determinada linha de desenvolvimento do Direito Internacional dos Direitos Humanos, que privaria de validade jurídica anistias que concernam feitos constitutivos de “graves violações de direitos humanos” – como se tal coisa fosse uma violação não grave, mas leve, de direitos humanos²⁴. A falta de flexibilidade da justificação de semelhante proscrição categórica de *toda* forma de anistia a esse respeito – tal como ela foi postulada pela Corte Interamericana de Direitos Humanos em sua sentença condenatória pronunciada contra o Estado de Chile no assim chamado “caso Almonacid,” ou também, com algumas combinações, pela Corte Suprema em sua recente e emblemática sentença pronunciada no “caso Prats” – torna-se preferível à exploração de uma via alternativa.

Essa via alternativa é referente ao caráter de autoanistia que exhibe o DL 2191²⁵. Que este constitua uma autoanistia significa que se trata de uma determinação unilateral, adotada desde

22 Com respeito ao problema, *ibid*, pp. 162 ss.

23 Apresentada essa possibilidade, e no entendimento de que o resultado pode ser, de fato, um desconhecimento da validade do DL 2191, o que de imediato aparece como problema é a satisfação eventual de outra causa de extinção da responsabilidade, ou seja: a prescrição da ação penal. Sobre ele e em detalhes, *ibid*, pp. 205 ss.

24 Criticamente a respeito a, *ibid*, pp. 171 ss.

25 Para este argumento, em detalhes, *ibid*, pp. 183 ss.

a cúpula da estrutura estatal, que pretende cancelar as consequências da punibilidade dos feitos cujas planificação e execução foram coordenadas desde a mesma cúpula. O sentido inequívoco de uma tal determinação, então, passa a ser de uma autoexoneração.

As razões que falam contra a validade de uma autoanistia afetam as condições imanentes sobre as quais descansa a pretensão de validade que toda anistia reclama para si. O ponto de partida para poder se encontrar em uma observação escassamente considerada de Kant, segundo a qual quem “ocupa o lugar mais alto no Estado não pode ser penado, senão que somente um pode libertar-se de seu domínio”²⁶. Essa proposição admite reformular-se em termos de que não pode haver adjudicação de responsabilidade penal com relação ao mesmo titular do *ius puniendi*. Isto é, posto que a responsabilidade penal seja uma responsabilidade que se impõe heteronomamente, cabe reconhecer uma exigência imanente de alteridade subjetiva entre aquele que impõe e aquele a quem se impõe a responsabilidade em questão, como condição de toda relação punitiva.

Quem (se) outorga uma autoanistia assume a posição do titular do Direito punitivo cujo exercício se renuncia em circunstâncias em que sobre esse mesmo sujeito recai o dever correlativo de suportar a respectiva prestação punitiva. O qual, na terminologia do Direito privado, teria que acarretar uma extinção dessa obrigação por “confusão” dos sujeitos ativo e passivo. Mas o outorgamento de uma anistia pressupõe, precisamente, que a obrigação de suportar a punição não foi extinta, já que do contrário a anistia precisaria de objeto. Quem se anistia a si próprio incorre, por assim, em uma contradição performativa²⁷. Logo, a única maneira de interpretar caridosamente o outorgamento da anistia em questão é atribuir um tal alcance que resulte na exclusão do autofavorecimento.

C. ANISTIA COMO AMNÉSIA?

Uma consequência decisiva do argumento precedente, que afirma a invalidez imanente de uma anistia em todo aquele âmbito em que a mesma opere como mecanismo de autoexoneração, é que essa invalidez não seria aconselhável para uma anistia que não estivesse exposta a esse mesmo preparo. Ou seja, o argumento deixa a porta aberta para a possibilidade de uma lei autêntica de anistia cuja aprovação pudesse ter lugar no marco do processo democrático. Mas a exploração dessa possibilidade traz consigo a carga de enfrentar uma série de objeções dirigidas à instituição da anistia como tal, a primeira das quais concerne o feito de que uma anistia não seria mais do que a imposição de um esquecimento coletivo.

26 Kant, Immanuel: *Die Metaphysik der Sitten*, Suhrkamp, Frankfurt a.M., 1977, B 225, p. 452.

27 Para a fundamentação detalhada desta tese, consulte Mañalich, *op. cit.* (nota 2), pp 186 ss.

A dificuldade de reconstruir a instituição da anistia, libertando-a de sua associação tradicional com a ideia de um esquecimento dos feitos anistiados, não é descartada. Pois já etimologicamente, a palavra “anistia” evoca a noção de *amnésia*. Uma apelação particularmente radical a essa evocação se encontra em um breve artigo de Carl Schmitt, publicado anonimamente em novembro de 1949:

A palavra anistia significa esquecimento e não somente esquecimento, mas também a estrita proibição de perscrutar no passado e buscar uma causa para atos ulteriores de vingança e pretensões posteriores de compensação²⁸.

A maneira em que, imediatamente a seguir, Schmitt pretendia definir o conceito de anistia é igualmente sugestiva:

A anistia é mais que uma isenção outorgada pela estrutura estatal da perseguição [penal]. Ela é um ato recíproco de esquecimento. Ela não é uma graça ou uma lembrança. Quem recebe uma anistia também tem que proporcioná-la, e quem a proporciona tem que saber que também a recebe²⁹.

Essa referência ao caráter supostamente bilateral da anistia é determinante, pois isso deixa de entrever que aquilo ao qual Schmitt está realmente apontando não é a noção de anistia, senão a noção muito distinta de reconciliação. Mas essa identificação é equivocada. Pois entendido de como o ato da graça pelo qual se renuncia ao exercício de um direito punitivo, o outorgamento de uma anistia por definição precisará daquilo que teria que ser distintivo de um processo genuíno de reconciliação, ou seja: um momento de reciprocidade.

Aqui não pode obviar-se de quão carregada retoricamente resulta a apelação de Schmitt ao caráter de (autêntica) guerra civil do conflito que deu lugar a que emergisse o conceito – e com este a instituição – da anistia na Grécia antiga³⁰. Como o caso chileno o mostra como uma extraordinária aptidão, essa é uma imagem que tende a se tornar irresistível para os partidários do regime que realizam o terror, frente ao qual necessariamente falha; no entanto, a simetria das forças implica a noção de guerra civil. O que a semelhante ideologia da reconciliação exigiria é que cada um dos “dois bandos” desse um passo à frente para combinar, como propusera Schmitt, um esquecimento combinado. É essa associação tendenciosa com a noção de “ponto final” que explica que no Chile a retórica – em estrita contraposição a uma pragmática – da reconciliação seja o monopólio natural do pinochetismo.

28 Schmitt, Carl: *Staat, Großraum, Nomos*, Duncker & Humblot, Berlin, 1995, p. 218.

29 *Ibid.*, p. 219.

30 Com relação ao Mañalich, *op. cit.* (nota 2), pp. 51 s.

D. A ANISTIA COMO GRAÇA COM FORMA DE LEI

Que o outorgamento de uma anistia não pode ser entendido como um ato ao momento de reciprocidade que seja intrínseco, senão, pelo contrário, como um ato necessariamente unilateral, deixa-se argumentar com a análise das variantes do exercício do Direito de graça oferecido por Binding, cuja premissa aqui é que “a regra é a inimiga da individualidade”³¹. Por essa razão, acrescenta Binding, o exercício de uma prerrogativa de graça tampouco pode reconduzir a uma noção de julgamento, dado que o outorgamento de uma liberação por graça não é suscetível de entender-se em termos da aplicação imparcialmente justa de uma regra geral³². Essa última observação é fundamental enquanto sugere que o domínio da graça não é o

Um ato de graça em sentido estrito, também quando pode aparecer na forma de uma anistia (“imprópria”), representa exatamente o contrário a um julgamento de absolvição, dado que pressupõe, efetivamente, um julgamento condenatório

da validade geral que caracteriza a lei como forma pragmática de norma jurídica, senão o da particularidade³³, que é o que explica por que Binding observa que “nada seria mais equivocado do que querer determinar *a priori* os motivos para seu exercício”³⁴.

Ao contrário da compreensão da anistia como ato de graça, não obstante, normalmente esgrimir o feito de que a anistia, a diferença do indulto, sempre se configura ao modo de uma lei. Mas isso desconhece que o sentido em que uma anistia é lei não é o mesmo sentido em

que são, por exemplo, as normas que definem as condições gerais – positivas e negativas – da responsabilidade penal. Uma anistia conserva a *forma* única, mas não a *sustância* da lei³⁵. O qual teria que resultar suficientemente óbvio se na definição repara-se que a anistia seria “uma forma de legislação penal que se caracteriza por excluir a pena com efeito retroativo”³⁶. Porque toda lei de anistia tem que operar, *ex definitione*, com efeito retroativo torna-se claro que ela não se ajuda ao paradigma de forma jurídica associada à noção de lei que é própria da tradição do Estado de Direito.

31 Binding, Karl: *Handbuch des Strafrechts*, Scientia Verlag, Aalen, 1991, p. 860.

32 *Ibid*, pp. 862 s.

33 Para isso, consulte Mañalich, *op. cit.* (nota 2), pp. 115 ss..

34 Binding, *op. cit.* (nota 31), p. 864.

35 Consulte Mañalich, *op. cit.* (nota 2), pp. 141 ss.

36 Pérez del Valle, Carlos: “Amnistía, constitución y justicia material” *Revista Española de Derecho Constitucional* 61 (2001), pp. 187 ss., 194.



Então, a anistia conta como ato de graça que assume a única forma de lei. Agora, todo ato de graça representa uma renúncia ao exercício de um Direito punitivo *lato sensu*³⁷. A identificação do Direito específico o cujo exercício se renuncia pelo ato de graça correspondente torna possível, seguindo a Binding, diferenciar duas formas básicas, ou seja: a *abolição*, de uma parte, e a *graça no sentido estrito*, de outra, que respectivamente representam uma renúncia ao direito ao exercício da ação penal e uma renúncia ao direito (judicialmente estabelecido) à execução da pena já imposta. Logo, o distintivo da anistia não pode ser encontrado na especificidade da classe de ato de graça que ela representa, senão exclusivamente em que ela assuma (somente) a forma jurídica de uma lei especial retroativa, seja para o outorgamento de uma *abolição* ao modo de uma “anistia própria”, seja para um outorgamento de graça no sentido estrito ao modo de uma “anistia imprópria”³⁸.

A proposta anterior é importante porque sugere que a diferença juridicamente fundamental entre uma anistia como *abolição* (ou “anistia própria”) e uma anistia como graça em sentido estrito (ou “anistia imprópria”) tem que ser encontrada no sentido pragmático de uma e outra forma de renúncia. Pois quando o Estado renuncia, mediante um ato de graça *stricto sensu*, à execução de uma pena já judicialmente imposta, o que se faz é renunciar de forma direta e que não reflita ou indiretamente – como no caso de uma *abolição* – à reafirmação da autoridade do Direito. E nesse ponto emerge a consideração que é importante para o argumento aqui desenvolvido. Um ato de graça em sentido estrito, também quando pode aparecer na forma de uma anistia (“imprópria”), representa exatamente o contrário a um julgamento de absolvição, dado que pressupõe, efetivamente, um julgamento condenatório.

IV. A GRAÇA FRENTE À JUSTIÇA

A. IRRACIONALIDADE DA GRAÇA?

O ataque ilustrado ao reconhecimento jurídico de uma prerrogativa de graça sobrevive, no entanto, como um lugar comum na teoria penal contemporânea. A citação obrigatória a esse respeito se encontra, novamente, em Kant:

*O direito de graça (ius aggratiandi) para com o criminal – de atenuação ou de liberação completa da pena – é o mais obscuro entre todos os direitos do soberano, que demonstra assim o brilho de sua soberania cometendo, no entanto, injustiça em seu grau mais elevado*³⁹.

37 Binding, *op. cit.* (nota 31), pp. 863 ss.

38 Sobre isto Mañalich, *op. cit.* (nota 2), pp. 144 ss., 150 ss.

39 Kant, *op. cit.* (nota 26), B 236, pp. 459 s.

Kant complementava suas breves disquisições com respeito ao direito de graça adicionando, no entanto, que o mesmo “é o único que merece o nome de direito de majestade”, algo que Hegel complementaria, advertindo que se trata aqui de “um dos mais altos reconhecimentos da majestade do espírito”⁴⁰.

Cabe supor, agora, que é essa associação do direito de graça com a posição inequívoca do soberano que explica a recusa liberal ao seu reconhecimento. (O próprio Kant, de fato, propusera limitar seu alcance aos crimes de lesa-majestade, pois só aqui teria o soberano legitimidade para perdoar um atentado cometido – estritamente – em sua contraposição). No exercício do direito de graça manifesta-se a satisfação do último critério que distingue a atribuição de soberania como tal: enquanto a decisão carente de base jurídica prévia, irredutivelmente subtraída do domínio do universalmente válido, também quando se assume a forma – e somente a forma – de lei, o ato de graça se deixa entender como uma determinação que suspende o regime do juridicamente previsto, introduzindo a *exceção*, em circunstâncias em que a exceção é, desde ponto de vista do Direito, aquilo que não é suscetível de subsunção jurídica⁴¹. O crucial assim é que para a decisão soberana não pode haver um “suposto de feito” que determine as condições de sua “procedência” ou “admissibilidade” jurídica, de tal maneira que o exercício de uma prerrogativa de graça não pode se ver constrangida ao modo de um regime de uma estrita atribuição de competências no sentido da tradição do Estado liberal de Direito⁴².

Até certo ponto, a razão para a resistência liberal ao reconhecimento de uma prerrogativa soberana de graça pode ser encontrada no feito de que esta somente se entende como um ressaibo da posição do monarca absoluto, característica do antigo regime, a qual precisaria de toda justificação sob um paradigma (pós-)ilustrado. Mas esse lugar comum dificilmente pode ser estimado como resolução. Pois não há razão alguma pela qual, no marco de um paradigma democrático de justificação do poder político, não poderia haver espaço para reconhecer ao soberano, isto é, ao povo que atua pelos seus órgãos representativos, uma prerrogativa de graça similar. Isso, na medida em que o distintivo de um paradigma democrático não é – como quisera entender o que o Böckenförde chama a tradição do “Estado constitucional material” – uma dissolução da pergunta pelo soberano, mas sim a recondução de sua resposta ao povo e às suas estruturas de representação imediata⁴³.

40 Hegel, *op. cit.* (nota 7), § 282.

41 Agamben, Giorgio: *Homo sacer. El poder soberano y la nuda vida*, Pre-Textos, Valencia, 1998, pp. 27 ss.; o mesmo, *Estado de excepción*, Adriana Hidalgo, Buenos Aires, 2004, pp. 23 ss.

42 Consulte Mañalich, *op. cit.* (nota 2), pp. 135 ss.

43 Así Böckenförde, Ernst-Wolfgang: *Staat, Nation, Europa*, Suhrkamp, Frankfurt a.M., 1999, pp. 133 ss.

No entanto, a persistência de semelhante representação de uma suposta incompatibilidade entre uma prerrogativa soberana de graça e a tradição do Estado de Direito é inteiramente congruente com o feito, estritamente simétrico, de que de acordo com certa tradição liberal – mesmo quando não kantiana – a justificação retribucionista da pena estatal tende a ser tida por uma empresa que há de ser descartada, seja por exigências de secularização supostamente incompatíveis com esse marco de justificação, seja em função da suposta prioridade da justiça distributiva frente à justiça retributiva⁴⁴. Ele se encontra em sua máxima expressão na sugestão de que a desapareição da ideia de uma “pura retribuição carente de fins” acarretaria que a instituição da anistia deva ser liberada do “componente irracional da graça”⁴⁵. O problema fundamental é o mesmo em ambos os casos: a hipótese liberal da heteronomia do exercício do poder político quer na fundamentação da pretensão punitiva, quer na renúncia da mesma. Por isso, a defesa pós-metafísica de uma teoria da retribuição tem que estar associada a uma teoria democrática da legislação, que torna possível entender que a censura categórica que se expressa na punição é uma censura ultimamente fundada na autonomia de quem pratica o autogoverno. E o mesmo há de valer, então, *mutatis mutandis*, para o exercício de uma prerrogativa de graça que eventualmente possa deixar sem efeito uma punição retributivamente justa, isto é, merecida.

B. O PARADOXO DA GRAÇA

O problema que assim se apresenta, no entanto, consiste no que caberia denominar “o paradoxo da graça”: ou esta é reconduzida à lógica da justiça, com a qual sua relevância categorial desaparece, ou é entendida por oposição à justiça, com a qual seu exercício resulta ser, como dizia Kant, uma forma de injustiça obscena⁴⁶. O dilema se explica pelo feito de que a graça se localiza no limite exterior do domínio do direito, cujo exercício não se deixa ser interpretado, em consequência, como um momento interno à realização da justiça, o qual é, como registra Hart “a mais jurídica das virtudes”⁴⁷. E isso significa: um ato de graça não pode ser interpretado como uma operação de justiça retributiva, porque o efeito é, precisamente, remover uma consequência punitiva que resulta merecida desde o ponto de vista da justiça. O ato de graça, antes, somente poderia ser compreendido ao modo de uma *instrução* no domínio da justiça⁴⁸.

44 Com referência direta à teoria da justiça de Rawls, consulte Scheffler, Samuel: “Justice and Desert in Liberal Theory,” *California Law Review* 88 (2000), pp. 965 ss. Consulte também Zaibert, Leo: *Punishment and Retribution*, Ashgate, Aldershot, 2006, pp. 155 ss.

45 Marxen, Klaus: *Rechtliche Grenze der Amnestie*, C.F. Müller, Heidelberg, 1984, p. 13.

46 Com relação ao Mañalich, *op. cit.* (nota 2), pp. 117 ss.

47 Hart, H.L.A.: *El Concepto de Derecho*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1963, p. 208.

48 Así Duff, R.A.: “The Intrusion of Mercy,” *Ohio State Journal of Criminal Law* 4 (2007), pp. 361 ss., 364 s., 370 ss.

E assim nesse sentido resulta acertado se voltar sobre a compreensão da anistia como amnésia. Enquanto a operação do “poder do espírito para tornar sucedido algo que não foi sucedido”⁴⁹, como propõe Hegel, o ato de graça produz a invisibilidade desse intrometimento *para o direito*. A amnésia é aqui, exclusivamente, amnésia jurídica, e a sua necessidade poderia ser encontrada, ironicamente, na neutralização de uma possível amnésia política.

O anterior exige exploração, com algo mais profundo, do que se esconde atrás do achado do paradoxo da graça. E para isso cabe dirigir o olhar ao que possivelmente constituía a formulação mais radical desse paradoxo, ou seja, no *Proslogion* de Anselmo de Canterbury, quem se perguntava, ou melhor, perguntava perplexo a Deus: “como pode ser, então, justo que castigue aos maus e ser justo também que os perdoem?”⁵⁰.

O contexto dessa pergunta está constituído pela tentativa de Anselmo de demonstrar a necessidade da existência de Deus pela sua formação particular do assim chamado “argumento ontológico”: se for verdade que Deus, para além de sua natureza genuína, em todo o caso conta como aquele algo maior com o qual nada pode ser pensado, então o ateu – ou como o chama Anselmo, “o insensato” – se contradiz quando pretende dizer que é possível pensar que Deus não existe⁵¹. Pois então Deus já não seria pensado como aquele maior com o qual nada pode ser pensado, dado que algo que já existiu necessariamente – isto é, que existiu em qualquer mundo possível – seria em todo o caso maior do que algo cuja existência fosse somente contingente.

A partir dessa inferência, Anselmo prepara um exercício de compatibilização dos atributos que correspondem a Deus enquanto aquele maior ao qual nada pode ser pensado, por exemplo, de sua onipotência e sua bondade infinita. E é precisamente nesse contexto de especificação dos atributos divinos, no sentido de assegurar sua compatibilidade recíproca, que Anselmo tematiza o paradoxo da graça frente à atribuição de justiça infinita de Deus. E a perplexidade de Anselmo se encontra primariamente referida ao feito de que Deus “perdoa os maus e se compadece com a justiça deles”⁵².

O problema está, no entanto, em que Deus salva os justos, afirma Anselmo, “com a justiça que os corresponde,” enquanto que libera os injustos “da justiça que os condena,” em circunstâncias em que a justiça com que salva os primeiros exigiria, ao mesmo tempo, que condenasse os segundos. Portanto, inquiriu Anselmo, “como pode ser justo que castigue os maus e ser justo

49 Hegel, *op. cit.* (nota 7), § 282.

50 Anselmo de Canterbury: *Proslogion*, Tecnos, Madrid, 1998, p. 26 [cap. XI].

51 Com detalhes Mañalich, *op. cit.* (nota 2), pp. 117 ss.

52 Anselmo, *op. cit.* (nota 50), p. 22 [cap. IX].

também com que os perdoe?” A resposta que Anselmo oferece descansa no que caberia chamar de a onipotência da justiça de Deus:

Quando castigas aos maus é justo porque eles merecem, mas quando os perdoa também é justo, não porque mereçam, mas porque é digno de sua bondade. Então, perdoadando os maus é justo conforme a ti e não conforme a nós, assim como é misericordioso conforme a nós e não conforme a ti [...]. Assim, tu és justo não porque nos destes o que merecemos, mas porque fazes o que é digno de ti⁵³.

O que aqui intervém é o reconhecimento de uma assimetria insuperável entre o padrão de justiça humana e o padrão de justiça divina, que para a consciência humana não parece como justiça, senão como misericórdia, isto é, como *graça*. O que se esconde atrás dessa assimetria é que o único padrão de justiça divina é colocado pelo próprio Deus, e por isso Deus perdoa, desviando-se do padrão de justiça humana, para ser “digno de si”:

O fundamental é que Anselmo conclua que, mesmo podendo vislumbrar por que é justo que Deus perdoe, já que é justo que Deus “seja [...] bom de tal modo que perdoar também é [...] bom”, ele não modifica, como recordava Anselmo a Deus, que “nenhuma razão entende por que, entre aqueles que são igualmente maus, salva por tua suma bondade estes mais que aqueles, enquanto por tua suma justiça condena aqueles mais que estes”⁵⁴.

C. A GRAÇA ENTRE A TEOLOGIA E A POLÍTICA

O que a conclusão de Anselmo sugere é que a graça não reconhece padrão algum que possa constituir-se em um critério geral de correção de seu exercício. Essa é a definição de graça: que “entre os que são igualmente maus”, alguns são castigados pela justiça, enquanto outros são liberados do castigo por misericórdia. Assim, a justiça jamais é servida pela graça, a não ser que a graça possa, então, derrotar a justiça⁵⁵. E não há razão alguma para pensar que, como ação *estatal* – e não a divina –, a graça perdeu sua conotação paradoxal do ponto de vista da justiça. Um ato de graça que adotará a forma de uma lei de anistia, por que assim poderia ser entendido, parafraseando Anselmo, como uma demonstração de que o Estado é digno de si mesmo.

A questão que se apresenta com virulência nesse ponto concerne a aceitabilidade da analogia que subtrai essa última paráfrase. Em que medida cabe extrair consequências para nossa compreensão

53 *Ibid.*, p. 26 [cap. X].

54 *Ibid.*, p. 28 [cap. XI].

55 Duff, *op. cit.* (nota 48), p. 387.

das instâncias de graça soberana a partir de alguns esboços de especulação teológica com respeito à graça como atributo divino? Essa pergunta pertinente resulta especialmente frente à concepção hegeliana do direito de graça⁵⁶. Pois para Hegel, o direito de graça do soberano, enquanto um dos mais altos reconhecimentos da majestade do espírito, entende-se como um “reflexo das próprias determinações de uma esfera mais alta”⁵⁷, o qual corresponde com sua tese de que, frente à justiça, que tem seu lugar no mundo terreno, “a graça tem que vir de fora”⁵⁸. O fundamental aqui é Hegel sustentar que o direito de graça desprende da soberania porque “somente nesta se dá a realização do poder do espírito de converter o sucedido em não sucedido e destruir o crime em perdão e em esquecimento”⁵⁹.

Essa proposição parece ser sumamente conflitiva frente ao complemento inserido junto ao parágrafo respectivo de suas *Orientações fundamentais da filosofia do Direito*, em que se lê o seguinte:

O outorgamento de graça é a liberação de pena que, no entanto, não cancela o direito. Antes, esse subsiste e o contemplado segue sendo tão criminal como antes; a graça não declara que ele não tenha cometido [o] crime. Esse cancelamento da pena pode ter lugar pela religião, pois o que já aconteceu pode ser convertido em não sucedido pelo espírito no espírito. Enquanto este é realizado no mundo, somente pode ter seu lugar na majestade e somente pode dar-se na decisão carente de fundamento⁶⁰.

Essa passagem constitui uma fonte de genuína perplexidade exegética. Pois aqui se afirma, de um lado, que a liberação de pena em que se traduz o exercício do direito soberano de graça não elimina o feito de que o crime correspondente efetivamente foi cometido, de modo que seu autor, acrescenta Hegel, “segue sendo tão criminal como antes”. Mas Hegel sustenta, por outro lado, que (somente) na majestade do soberano se atualiza a possibilidade terrena de transformar o já acontecido em não acontecido, ou seja, “pelo espírito no espírito”. Logo: em que sentido cabe afirmar, simultaneamente, que em virtude da graça o crime não é acabado, apesar de que nela se realiza o poder de transformar o sucedido em não sucedido?

A resposta oferecida a Hegel é pela, novamente, contraposição entre os domínios da graça e da justiça. Pois esta última, especificada como justiça retributiva, se encontra inevitavelmente

56 Com detalhes Mañalich, *op. cit.* (nota 2), pp. 127 ss.

57 Hegel, *op. cit.* (nota 7), § 282.

58 Hegel, G.W.F.: *Die Philosophie des Rechts. Vorlesung von 1821/22*, Suhrkamp, Frankfurt a.M., 2005, § 99.

59 Hegel, *op. cit.* (nota 7), § 282.

60 *Ibid.*



referida à culpabilidade do autor objetivada no crime. Recentemente, a graça, e não a justiça, é capaz de pôr a vontade objetivada no feito na perspectiva da vontade do autor “em sua generalidade.”⁶¹ Ele, porque somente a graça, e não a justiça, é capaz de dar conta da totalidade das obras de um sujeito e referir-se, assim, à sua vontade “em sua generalidade.”⁶²

Mas aqui se torna determinante que a graça transforme, desse modo, o acontecido em não acontecido, como afirma Hegel, “pelo espírito no espírito”. A graça não supre, porque nada pode ser feito, a efetividade do feito criminal – daí que a anistia e o indulto constituam as causas de *extinção* (e não de exclusão) da responsabilidade penal, e que a primeira, apesar da persistência do lugar comum correspondente, não “apague o crime.”⁶³ Mas a diferença da punição como realização do retributivamente justo, pelo qual se responde ao feito superando-o pela contradição, de tal modo que o direito se reconcilia consigo mesmo, a graça não constitui uma resposta ao feito em seus próprios fins, senão mais uma renúncia à essa resposta. Enquanto o autor do *feito* merece – em sua dignidade – receber uma resposta para isso em seus próprios fins, o autor do ato de graça se mostra sobre o feito e a necessidade de sua refutação, isto é, mostra-se digno de nada mais que *si mesmo*, renunciando ao entrar no diálogo da punição.

Assim resulta-se possível determinar o sentido em que o exercício do direito soberano de graça se corresponde com uma decisão “carente de fundamento”. Isso não quer dizer que o exercício do direito de graça tenha resultado arbitrário, no sentido de *irracionalmente* arbitrário. Antes do que se trata é que a graça não se resulta constrangida pela lógica da justiça, e por isso, sob determinadas circunstâncias, sua operação pode ser expressiva de uma vontade soberana de suspensão do direito.

V. A JURIDIFICAÇÃO DO TERROR

Neste ponto cabe retomar a tese de Anselmo, segundo a qual, pela graça, Deus se mostra digno de si mesmo. Pois algo similar cabe dizer, *mutatis mutandis*, do exercício de uma prerrogativa soberana de graça. Pela graça, o titular do *ius puniendi* se mostra digno de si mesmo, e somente de si mesmo, precisamente pelo momento irredutivelmente soberano que distingue a graça como suspensão da lógica da necessidade jurídica. Isso é significativo (ao se) dar uma olhada no caso chileno. Pois dado o silêncio que domina a discussão com respeito às responsabilidades pelo terror, que é um silêncio mediado pela aplicação ordinária do direito aos feitos do terror, o que a transição chilena arrisca deixar como legado é a consolidação crítica do terror como

61 Hegel, *op. cit.* (nota 58), § 99.

62 Consulte Arendt, Hannah: *Responsabilidad y juicio*, Paidós, Bacerlona, 2007, p. 123: “Não se perdoa o assassinato, senão o autor, sua pessoa tal como se apresenta com suas circunstâncias e intenções”

63 Com relação ao Mañalich, *op. cit.* (nota 2), pp. 150 ss.





PICHAÇÃO EM RUA DO RIO DE JANEIRO. 14 DE AGOSTO DE 1979

FONTE: ARQUIVO NACIONAL

um momento genuinamente constituinte de nossa identidade coletiva e, mais precisamente, como um episódio de violência fundacional.

Na medida em que a punição se articula como a resposta – retributivamente justa – aos feitos do terror, o único que alcança a ser tematizado em cada instância de persecução e julgamento é o objetivo da vontade criminal isolada que se expressa no feito respectivo punível (aqui deveria ser suficientemente ilustrativo o problema perene de demonstrar judicialmente a “conexão” de Pinochet com os feitos da DINA – como se a hipótese originária fosse a desconexão, exigida, no entanto, pela presunção de inocência). Isso não obsta, certamente, a que sobre a base da coleta de cada uma das sentenças condenatórias pronunciadas cabe extrair uma generalização que dá conta da massividade dos crimes cometidos pelos agentes do Estado em pouco menos de duas décadas. Mas o que então teremos não é muito mais do que uma recontagem e uma estatística.

A razão pela qual poderia chegar a ser imprescindível resistir a essa redução dos feitos do terror a uma soma de feitos delitivos é, tal como já se foi insistido, que desse modo o terror não chegue a ser apreendido como tal, enquanto este transcende a lógica da razoabilidade que caracteriza a operação ordinária do direito. E aqui tem que advertir que esta última expressão é pleonástica: toda operação do direito, enquanto operação do *direito*, é ordinária, porque o direito não é capaz de conter – mesmo que sim, eventualmente, de mencionar – a exceção, isto é, uma genuína interrupção de sua própria vigência.

O item anterior sugere uma determinação possível do último sentido político da estratégia judicial de solução do “problema dos direitos humanos”. Trata-se de um rito que comemora a operação efetuada a custo das vítimas (“empíricas”) do terror, em cujo marco a violência perpetrada sobre elas adquire o significado de uma violência fundacional, isto é, uma violência sobre a qual está fundada a compreensão prevalecente sobre o modo de ser de nossa vida política. E a razão para ele já deveria ser óbvia: a compreensão dos feitos do terror como soma dos feitos delitivos discretos estranha a afirmação implícita de uma correspondência normativa entre o tempo do terror e o nosso tempo, que assim se converte no tempo dos filhos do terror. Pois como já nos



ensinava Kelsen, o direito é como o rei Midas: a aplicação (“ordinária”) do direito aos feitos do terror nos impede de tomar distância deles, os quais passam a ser, mesmo que seja ao modo de retribuição jurídica, feitos nossos.

Contra o que parece ser um axioma das forças políticas pretendidamente críticas do “legado do governo militar”, a estratégia reducionista da punição irrestrita não foi capaz de reverter esse assentamento do terror como violência fundacional acontecida no marco de uma “gestão histórica”. Dificilmente tem um cenário estrategicamente mais favorável que o atual para aqueles que apoiaram firmemente, mas sem chegar a “sujar as mãos de sangue”, o regime que perpetrou o terror, e que hoje esgrimem essa precisa circunstância para separar-se do mesmo. Que tais pessoas que façam parte dos quadros que hoje administram o Estado não deveriam surpreender no absoluto. Pois parecia que o destino da transição chilena foi, no último termo, possibilitar o branqueamento da responsabilidade daqueles que hoje podem comodamente sustentar que “os excessos” perpetrados ao amparo da ditadura que eles servilmente apoiaram se explicariam como nada mais que feitos criminais individualmente imputáveis a Manuel Contreras e seus sequazes.

E aqui não é possível deixar de mencionar o que com toda a probabilidade constitua a última demonstração do destino da transição chilena como processo de banalização da violência perpetrada pela maquinaria repressiva da ditadura: a qualificação do homicídio do senador Jaime Guzmán – o principal ideólogo da ditadura militar de Pinochet – como um crime de lesa-humanidade, tal como sugeriria o ministro em visita Mario Carroza em seu relatório emitido com data de 8 de setembro do ano passado, no marco da tramitação do recurso de amparo interposto pelo imputado Francisco Enrique Villanueva Molina. Os termos favorecidos pelo juiz Carroza para sustentar a dita qualificação resultam sumamente ilustrativos no que aqui interessa. Consequente reparar aquilo que não poderia ser cumprido, por razões técnicas, o prazo de prescrição da respectiva ação penal, o juiz Carroza acrescentou que “um crime da natureza como o que se investiga pela repercussão que provoca pode ser daqueles que foram definidos como lesa-humanidade, e por assim, são imprescritíveis.”

Nem a própria Corte de Apelações de Santiago, que recusou o recurso de amparo em questão, nem a Corte Suprema que em definitivo confirmou essa última sentença, recusando assim o recurso de apelação interposto contra a sentença da Corte de Apelações, se pronunciaram a respeito da qualificação sugerida pelo juiz Carroza em seu relatório. Mas é altamente expressivo do último significado dos muitos “processos bem-sucedidos de justiça transicional” chilenos que o juiz que ao mesmo tempo investiga, no tempo presente, os feitos relativos à morte do presidente Salvador Allende sustentou que o homicídio de Guzmán, perpetrado em 1º de abril de 1991, haveria constituído um crime de lesa-humanidade “pela repercussão” que o mesmo

provocara. Pois se é, de fato, a repercussão provocada por um determinado feito delitivo que o converte em um crime de lesa-humanidade, então já sabemos que é o decisivo para que as assim chamadas “violações de direitos humanos”; imputáveis às agências de tortura e extermínio que atuaram ao amparo da junta militar e com o beneplácito de muitos poucos que ainda defendem a Constituição de Pinochet, recebam essa mesma qualificação: o decisivo, haveria que dizer, é que as “violações dos direitos humanos” têm uma determinada *repercussão*.

Seria imaginável que neste ponto se levantara a objeção de que, por essa via, se estaria atribuindo importância excessiva à compreensão explicada por nada mais que um juiz da República para estabelecer um argumento de caráter geral com respeito ao último significado da estratégia de solução jurídica ao problema dos direitos humanos. Mas ele supunha mal interpretar o argumento. Pois não se trata aqui de que o conteúdo do relatório do juiz Carroza sirva de *premissa* para o argumento global que aqui foi relatado. Trata-se, então, de que o conteúdo do relatório do juiz Carroza parece ser a cristalização da tese que repousa sobre o dito argumento global: a única maneira de submeter o terror à operação do direito é privando-o de tudo aquilo que o converte em inacessível para o direito, isto é, trivializando o terror até o ponto de reduzi-lo a aquilo que qualquer instância de terror pode ter em comum com o mais pedestre feito delitivo: uma certa repercussão que o mesmo provoca.

No relatório do juiz Carroza é possível identificar, por assim, a explicação do destino da transição chilena. A estratégia política de relegar o processamento do terror ao fórum judicial assegurou a clausura de qualquer possibilidade de interrogação política com respeito ao que quisera chamar de “significado *constitucional* do terror”. As vítimas do terror passarão à história como relíquias pela cuja comemoração se sublimará, talvez *ad aeternum*, a violência sobre a qual descansa a *ordem* imposta pela Constituição de 1980 – a Constituição de Pinochet – cuja origem terrífica, com toda probabilidade, terá que ficar arquivado junto com uma coleção de expedientes de processos judiciais em cujas máscaras não figurarão os nomes de boa parte de quem hoje administram e usufruíam dessa mesma *ordem*.