

**XXVIII CONGRESSO NACIONAL DO
CONPEDI BELÉM – PA**

CRIMINOLOGIAS E POLÍTICA CRIMINAL I

GUSTAVO NORONHA DE AVILA

LUANNA TOMAZ DE SOUZA

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte deste anal poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina

Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza - UFMG/PUCMG – Minas Gerais

Vice-presidente Nordeste - Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS – Sergipe

Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul

Secretário Executivo - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini - Unimar/Uninove – São Paulo

Representante Discente – FEPODI

Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro

Prof. Dr. Aires José Rover - UFSC – Santa Catarina

Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP – São Paulo

Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago da Silva - UDF – Distrito Federal (suplente)

Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa - UENP – São Paulo (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM – Santa Catarina

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR – Ceará

Prof. Dr. José Barroso Filho - UPIS/ENAJUM – Distrito Federal

Relações Internacionais para o Continente Americano

Prof. Dr. Fernando Antônio de Carvalho Dantas - UFG – Goiás

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão

Relações Internacionais para os demais Continentes

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo

Profa. Dra. Maria Aurea Baroni Cecato - Unipê/UFPB – Paraíba

Eventos:

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch (UFMS – Rio Grande do Sul)

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho (Unifor – Ceará)

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta (Fumec – Minas Gerais)

Comunicação:

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro (UNOESC – Santa Catarina)

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho (UPF/Univali – Rio Grande do Sul)

Dr. Caio Augusto Souza Lara (ESDHC – Minas Gerais)

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP – Pernambuco

C928

Criminologias e política criminal I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/CESUPA

Coordenadores: Gustavo Noronha de Avila ; Luanna Tomaz de Souza – Florianópolis: CONPEDI, 2019.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-827-1

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Direito, Desenvolvimento e Políticas Públicas: Amazônia do Século XXI

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Congressos Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. XXVIII Congresso Nacional do CONPEDI (28 : 2019 : Belém, Brasil).

CDU: 34



Conselho Nacional de Pesquisa
e Pós-Graduação em Direito Florianópolis
Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br



Centro Universitário do Estado do Pará
Belém - Pará - Brasil
<https://www.cesupa.br/>

XXVIII CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI BELÉM – PA

CRIMINOLOGIAS E POLÍTICA CRIMINAL I

Apresentação

Em uma bela tarde de novembro, coordenamos mais uma edição do Grupo de Trabalho “Criminologias e Política Criminal”. O debate do campo é cada vez mais necessário em tempos de revigoração dos discursos obscurantistas, com o questionamento das mais básicas garantias (processuais) penais. Os textos aqui compilados podem fornecer ferramentas para resistir aos autoritarismos.

Inicialmente, a discussão acerca da possibilidade de punição dos crimes cometidos por agentes públicos durante a ditadura militar é trabalhada por Cátia Liczbinski e Luciano Chaveiro. São apresentadas, neste sentido, hipóteses em ambos os sentidos com apoio na doutrina jurídica e jurisprudência.

Bruno Rotta Almeida e Taísa Gabriela Soares analisam a globalização e o direito penal do inimigo enquanto efeito colateral daquele processo planetário. Desde uma perspectiva criminológico-crítica, demonstrando que efetivamente não há uma pretensa neutralidade no punir, mas sim finalidade ocultas que se expressam nos controles contemporâneos.

Daniela Cristien Silveira Maieresse Coelho e Marcelo Nunes Apolinário trabalham as criminologias críticas contemporâneas de Loic Wacquant, David Garland e Jock Young, aproximando-as do quadro progressivo de exclusão social no Brasil.

Heron Gordillo José de Santana e Marcel Bittencourt Silva discutiram a mitigação da ação penal pública e decorrência dos acordos de não-persecução penal. A partir desta perspectiva, analisam a possibilidade de ampliação da justiça negocial em nosso contexto.

A seguir, as repercussões do direito penal do inimigo nas construções midiáticas. Após, Marcia Schlemper Wernke discute se a educação formal no cárcere pode contribuir para a reinserção social do egresso. Davi Urucu Rego e Sandro Rogério Jansen Castro apresentaram o artigo "Direito Penal em Decomposição: as consequências do punitivismo pelo direito penal". O artigo discute o esvaziamento da categoria bem jurídico-penal e sua substituição por fluxos preventivos da pena.

Juliana Horowitz e Vanessa Chiari Gonçalves discutem a persistente questão da maternidade no cárcere. Através de pesquisa empírica, realizada na Unidade Materno-infantil Madre

Pelletier, em Porto Alegre, são trabalhadas as dinâmicas de convivência e tensionamentos nas saídas.

Bruna Andrino de Lima e Paulo Agne Fayet de Souza trabalham a questão do medo e dos adolescentes em conflito com a lei. Discutem as reproduções midiáticas de uma cultura do medo e como isto influencia nas leituras político-criminais dos atos infracionais. As políticas públicas relacionadas aos adolescentes foram discutida por Jolbe Andres Pires Mendes e Ruth Crestanello.

A questão das Pessoas com Transtorno Mental (PCTM) foi discutida por Paulo Juaci de Almeida Brito, no sentido de problematizar a possibilidade, desde a concepção existencialista em Sartre, de etiquetamento ou da necessidade de contenção dessas pessoas. Também no campo da culpabilidade, foi discutida a (im) possibilidade consideração dos indígenas enquanto imputáveis, com o trabalho "A Resolução 287 do CNJ e os Direitos da Pessoa Indígena no Sistema Prisional Brasileiro".

Jeferson Ortiz Rosa apresentou o trabalho "Sociedade excludente, violência social e tecnologias da vigilância no brasil: o exemplo do sistema cellebrite", discutindo a utilização de novas de tecnologias de controle e vigilância. Também discutindo as novas tecnologias do crime temos o artigo de Amanda Tavares Borges e Priscila Mara Garcia.

O tortuoso tema da presunção de inocência e sua relação com o direito de esquecimento é trabalhada por Lidiane Moura Lopes e Marianna de Queiroz Gomes, especialmente sob o foco da necessidade de afirmação constitucional.

A partir da epistemologia feminista, Luanna Tomaz de Souza discute o conceito de violência no enfrentamento das violências contra as mulheres. É defendida a necessidade de repensar o enfrentamento exclusivamente através da lógica penal, desatrelando o conceito de violência ao de crime e contemplando as complexidades envolvidas.

Foi uma grande alegria percebermos o amadurecimento das discussões e aprofundamento dos debates criminológicos e político-criminais, consolidando os cinco anos de existência do nosso GT. Desejamos uma excelente leitura!

Belém, Primavera de 2019,

Gustavo Noronha de Avila - UNICESUMAR

Luanna Tomaz de Souza – UFPA

Nota Técnica: Os artigos que não constam nestes Anais foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals, conforme previsto no artigo 8.1 do edital do evento.
Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

A (IM)POSSIBILIDADE DE PUNIÇÃO DOS AGENTES DO REGIME MILITAR ANTE O EXERCÍCIO REGULAR DE DIREITO E A INEXIGIBILIDADE DE CONDUTA DIVERSA

THE INABILITY OF PUNISHMENT TO THE MILITARY REGIME'S AGENTS FRONT THE REGULAR EXERCISE OF RIGHT AND THE UNENFORCEABILITY OF DIVERSE BEHAVIOR

**Cátia Rejane Mainardi Liczbinski
Luciano Pineli Chaveiro**

Resumo

O Período Militar Brasileiro requer discussões sociais e jurídicas. Um aspecto não encerrado refere-se à punição dos agentes militares que cometeram crimes no regime, (tortura, sequestro) e os movimentos contra a ordem democrática (Direto à Justiça). O Poder Público e o Judiciário analisam soluções como a recepção da Lei da Anistia (ADPF 153-STF) ou a realização da Comissão Nacional da Verdade. Tem-se correntes opostas: as que defendem a punição e os que são contrários. Verificará a (im)possibilidade de punição dos agentes do Regime Militar, como o exercício regular de direito e inexigibilidade de conduta diversa. O método será o dedutivo.

Palavras-chave: Anistia, Comissão da verdade, Inexigibilidade, Conduta diversa, Regime militar

Abstract/Resumen/Résumé

The Brazilian Military Period requires sociallegal discussions. An unfinished aspect concerns the punishment of military agents who committed crimes regime and movements the democratic order (Straight to Justice). The government and the judiciary are considering solutions such as the reception of the Amnesty Law (ADPF 153-STF) or the establishment of the National Truth Commission. There are opposing currents: those that defend punishment and those that are contrary. It will verify the (im) possibility of punishment of the agents of the Military Regime, such as the regular exercise of law and the unenforceability of different conduct. The method deductive.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Amnesty, Military regime, Punishment, Unenforceability, Diverse behavior

1 INTRODUÇÃO

A História é um dos elementos propulsores do Direito. Os fenômenos históricos, ocorridos por indução ou por auxílio do ser humano obrigam o meio jurídico a uma revisão de seus conceitos para que se adapte às novas situações, protegendo a sociedade de consequências causadas pelos seus atos ou por sua omissão. Períodos históricos extremos são marcos para o avanço legislativo e um comportamento mais incisivo do judiciário. Exemplos disso podem ser observados, em um âmbito mundial, com os direitos trabalhistas após a Revolução Industrial, momento de exploração do proletariado, e com o fim da Segunda Guerra Mundial e o Julgamento de Nuremberg, resultando na Declaração Universal dos Direitos do Homem em 1948 pela Organização das Nações Unidas – ONU.

Esses fenômenos, presentes em todas as Nações em níveis variados, auxiliam na formação da sociedade e de seus costumes, gerando uma maior cobrança para que o Direito se transforme e impeça que estas situações se repitam. Tal característica pode ser vista na realidade latino-americana através de seus governos ditatoriais do século XX: após o período ditatorial, iniciava-se a denominada “Justiça de Transição”, com uma abertura democrática e a busca por encerrar um ciclo do passado.

Com o Brasil, não foi diferente. O Regime Militar Brasileiro (com alguns denominando-o de ditadura civil-militar) teve uma duração de 21 anos, de 1964 a 1985. Seus apoiadores proclamam que foi um período de avanços nunca antes observado, com o seu “Milagre Econômico”. Entre seus adversários, resultaram as cicatrizes profundas nas vítimas e no imaginário coletivo, com prisões arbitrárias, torturas e cerceamento de direitos constitucionalmente previstos. Um período sombrio e de posicionamentos variados, a Ditadura Militar brasileira resultou em um marco singular para os adeptos de ambos os posicionamentos: aqueles que desejam ardentemente seu retorno e aqueles que temem que essa vontade se concretize. Para isso, buscam a punição dos agentes militares como uma forma de impedir a reincidência de tal fenômeno, o que a Justiça de Transição denomina como “Direito à Justiça”, fase final de efetivação da transição. Verificado a busca pela concretização da Justiça de Transição na realidade Latino-Americana, é visível que a mesma torna-se obstada no Estado brasileiro por diversos fatores, sejam eles a condição dos sujeitos na prática dos atos, o momento histórico vivido, a legislação vigente no período e as correntes de pensamento controversas sobre o tema.

Desse modo, o presente artigo busca analisar os aspectos que impossibilitam a punição dos agentes do Regime Militar Brasileiro ante os fundamentos previstos do Exercício Regular de Direito e Inexigibilidade de Conduta Diversa após uma exposição do contexto histórico em

que tais ações ocorreram e de algumas ações, tanto promovidas pelo Judiciário quanto pelo Executivo, que fundamentam as discussões pró e contra a punição de tais agentes.

Nesse sentido, o primeiro tópico apresentará o aspecto histórico do período, desde os elementos que levaram os militares ao poder, na fase costumeiramente chamada de “Pré-Golpe”, compreendida entre 1964 a 1965.

O segundo, se refere não só o período histórico pós 1985, com a retorno gradual a democracia e a promulgação da Constituição Federal de 1988, como também o início das atividades de efetivação da Justiça de Transição, apresentando as leis referentes a sua aplicabilidade e os conflitos que a busca pela reconciliação nacional gerou, levando a restar apenas a fase do Direito à Justiça a ser aplicada no País.

O terceiro tópico apresentará os argumentos do exercício regular de direito e da inegibilidade de conduta diversa através da legislação e de explicações doutrinárias, elementos estes que, sob a ótica do período, sendo alguns dos fundamentos que impedem a efetivação do Direito a Justiça no Brasil.

Por fim, o último item abordará o conflito entre a ausência de punição dos agentes do Período Militar com o Direito à Justiça, trazendo não apenas os argumentos tratados nos tópicos anteriores como também os tratados internacionais, a legislação pátria, a doutrina, a jurisprudência e o percurso histórico relativo ao assunto.

O método utilizado para a pesquisa foi o Dedutivo com suporte em pesquisa bibliográfica em Doutrina, documentos e jurisprudência.

2 O REGIME MILITAR BRASILEIRO

O Período Militar não foi um fenômeno isolado na história brasileira, mas sim a consequência de uma cadeia de erros e acertos, de forças políticas e clamor popular, de sofrimentos e vitórias que resultaram em um dos períodos mais singulares do país.

2.1 O PRÉ-GOLPE

A fase que antecedeu o Golpe Militar de 1964 no Brasil não possui um marco inicial. Os próprios estudiosos divergem sobre o que culminou uma situação tão ímpar na história nacional e com marcas tão definidas. Perturbações semelhantes já haviam ocorrido em 1954, culminando no suicídio de Getúlio Vargas. Em um período de denúncias de corrupção e crimes, com a oposição efervescente apoiada pela mídia e pelo exército, buscava-se uma tomada imediata do poder, mesmo contra a ordem constitucional. Lira Neto (2014), biógrafo de Getúlio Vargas, afirma que:

[...] (19)54 é o prenúncio de 64. A execução de um golpe que estava em pleno andamento mas que naquele momento, em 1954, não pode ser concretizado pela forma como Getúlio resolveu a situação, ou seja, se matando. Mas foram os mesmos Udenistas, foram os mesmos militares – inclusive entre eles o Castello Branco – que em 64 conseguem reorganizar-se e executar o Golpe que resultou na Ditadura.

Essa condição de instabilidade e de busca contínua pelo Poder Executivo pelas figuras militares era impulsionado por elementos internacionais. Com diversos países Latino-Americanos enfrentando Regimes Ditatoriais, os militares Brasileiros formaram a sua Doutrina de Segurança Nacional (DSN) que, de acordo com Élio Gaspari (2014, p.42), buscava justificar ações repressivas sob o ideal de que vivia-se em um período de perigo eminente. Protegia então da ameaça Comunista, que tornava-se mais eloquente ao verem o país realizar acordos não visando a situação mundial de conflito, mas sim os interesses particulares. Com isso, era frequente ver o então vice presidente João Goulart em encontros diplomáticos com países africanos, a União Soviética e a China (FERREIRA; GOMES, 2014, p.22).

Apesar dessas ideias, a oposição desses movimentos vinha adquirindo cada vez mais força e possuíam seus representantes, dentre eles Leonel Brizola, cunhado de João Goulart, governador do Rio Grande do Sul e idealizador do denominado Grupo dos Onze, “organização política que deveria se transformar em instrumento de luta armada” (VILLA, 2014, p. 43). De acordo com o autor, ela buscava trazer para o lado contrário aos ideais militares pessoas já com experiências em lutas. Dentre este meio de conflito surge fato que incendeia ainda mais os movimentos articulados por ambas as posições: Jânio Quadros, presidente da República, renuncia seu mandato em 1961 e quem assume é seu vice, João Goulart, o Jango, parente de um ideário “comunista” e que se encontrava em viagem à China quando teve que retornar ao país (FERREIRA; GOMES, 2014, p.28).

Um movimento se organizou contra a posse de João Goulart, sendo inclusive sua entrada barrada no Aeroporto de Cumbica. Com todos os problemas relacionados à sua posse, Jango pode assumir seu cargo de Presidente da República com uma condição imposta por uma Junta Militar: Teria que adotar o Parlamentarismo e suas ideias deveriam ser aprovadas pelo primeiro ministro (VILLA, 2014, p.28).

Com isso a história brasileira chega em sua fase que leva ao Golpe Militar. João Goulart, cada vez mais impossibilitado de impor suas ideias, sendo por diversas vezes um conciliador entre o que desejava a direita e a esquerda, consegue que o Presidencialismo volte a vigorar no país em 1963 através de um plebiscito.

Os militares, tendo um menor controle do que antes, vendo que João Goulart buscava uma intervenção estatal maior no plano econômico e difundindo ideias de reforma agrária

(VILLA, 2014, p.34-35), começam a se articular em favor de um Golpe e da retirada do Presidente do Poder.

Enquanto isso, João Goulart discursava com sindicatos e operários, falando diretamente com as camadas mais populares, no Comício realizado na Central do Brasil. Clamando por direitos sociais contra elites, João Goulart solta mais uma fâsca sobre um movimento inflamado. Jango, por fim, realiza discurso em 30 de Abril de 1964 na Associação de Sargentos e declara que os militares superiores também deviam obediência. Não era apenas os subalternos que deveriam obediência a seus superiores, mas sim estes a outras pessoas. “O Exército dormiu Janguista e acordou revolucionário” (GASPARI, 2014, p. 84-85). Analisando o discurso do então presidente como uma afronta e uma incitação a revolta nas forças armadas, os militares colocam em prática suas vontades há muito tempo planejadas. No dia 1 de Abril, o dia da Mentira, João Goulart abandona o cargo.

2.2 O PERÍODO MILITAR BRASILEIRO (1964-1985)

A Ditadura Militar Brasileira acabou sendo um período de singularidade na História nacional. A arbitrariedade toma conta do aparato estatal em busca da criação de um Estado forte, focado em suas finalidades (ARQUIDIOCESE DE SÃO PAULO, 2009, p.59).

Com isso, em busca de legitimar seus ideais e com o intuito de demonstrar a existência dos processos democráticos, o Regime Militar realiza a edição de Atos Institucionais. Mesmo com o seu primeiro Ato tendo sido criado para ser o único, 17 são criados no período de 1964 a 1969, alterando disposições constitucionais para que as Forças Armadas tivessem um poder maior, seja na figura do Presidente da República, no Conselho de Segurança Nacional ou nos Comandantes da Marinha, Exército e Aeronáutica.

É visível a existência de posicionamentos divergentes sobre a mesma fase. Os legados de torturas e mortes permearam o aparato estatal e o cotidiano de inúmeras vítimas que, apesar de voltarem à uma democracia, ainda possuem em seu âmago as marcas físicas e psicológicas do período. Suas vítimas são as mais variadas: crianças recém nascidas, pais e mães, jovens estudantes e políticos de oposição, como é ressaltado em toda a pesquisa Brasil: Nunca Mais (ARQUIDIOCESE DE SÃO PAULO, 2009). Com isso, era comum a justificativa de que as vítimas adquiriam seus ferimentos ou faleciam em decorrência de “‘atropelamentos’, ‘suicídio’ e ‘tentativa de fuga’” (ARQUIDIOCESE DE SÃO PAULO, 2009, p.62).

O Estado, para se eximir de qualquer ligação relativa a esses atos, passa a articular e organizar grupos clandestinos responsáveis pelo “desaparecimento” daqueles contrários ao regime, camuflando suas ações em grupos que realizavam as mesmas funções que ocorriam nos

locais de tortura. Mesmo assim, ainda durante o período era comum ver ações promovidas pelos próprios poderes com o intuito de desvendar o ocorrido com essas vítimas.

Um interessante ponto sobre a questão é trazido pelo historiador Marco Antônio Villa (2014, p.67) ao demonstrar que o Poder Público ficava impossibilitado devido o protecionismo das investigações e a nebulosidade nas informações.

Corroborando a pesquisa Brasil: Nunca Mais (ARQUIDIOCESE DE SÃO PAULO, 2009, p. 64):

Um episódio que serviu para retratar fielmente a nova postura dos governantes frente a tais denúncias foi a visita do cardeal de São Paulo, D. Paulo Evaristo Arns, ao General Golbery, à frente de uma comissão de familiares de “desaparecidos políticos”. De início, o general se compromete a dar resposta sobre o paradeiro das pessoas procuradas, dentro de trinta dias; mais tarde, se omite frente à questão, enquanto o ministro da Justiça, Armando Falcão, informava pela imprensa que aqueles “desaparecidos” “jamais haviam sido detidos”.

Ademais, é importante ressaltar que, nestes atos praticados durante o Regime Militar, os próprios agentes se sentiam coagidos pelo aparato estatal a cometerem estes atos. Um dos maiores combatentes do período militar, D. Paulo Evaristo Arns, vinha em defesa dos agentes torturadores. Afirma ele que os agentes “Instados a abandonar esta terrível ocupação, respondiam: Não dá! O senhor sabe por quê!” (ARQUIDIOCESE DE SÃO PAULO, 2009, p.13). Das palavras do Cardeal pode-se verificar uma realidade: não apenas as vítimas tinham seus direitos cerceados mas também os próprios agentes. Eles praticavam atos contrários às suas vontades devido fazerem parte do aparato estatal e, caso não realizassem, correriam também o risco de tomarem o lugar das vítimas.

A disparidade entre o que era adquirido e o preço que se pagava por isso era grande. O cerceamento de direitos, a instituição do AI-5, a prática de atos arbitrários e a culminância com a Lei da Anistia em 1979 geraram um conflito que o Estado Brasileiro hoje busca solucionar.

Após 21 anos e 5 presidentes, a abertura democrática torna-se gradual. As eleições não foram diretas, mas sim indiretas. Mesmo assim, apenas pelo fato de não serem obrigados a decidir por candidatos militares, já era uma vitória de toda a sociedade. No dia 15 de Janeiro de 1985, Tancredo Neves é eleito Presidente pelo Congresso Nacional.

3 A CONSTITUIÇÃO FEDERAL BRASILEIRA DE 1988 E A JUSTIÇA DE TRANSIÇÃO

É a partir desse momento que a democracia volta, definitivamente, a imperar no Brasil após a abertura lenta e gradual realizada durante a fase final do Regime Militar, iniciando a denominada Justiça de Transição.

Os países da América Latina que sofreram regimes ditatoriais acabaram passando por um período denominado de Justiça de Transição. Essa denominação se refere a três características fundamentais que, unidas, possuem a função de amenizar os erros do passado, punir os infratores e evitar que ocorra a reincidência. Ramos e Porto (2013, p.3) apresentam quais são essas características necessárias para a concretização de uma Justiça de Transição:

a) o direito a saber ou o direito à verdade; b) o direito à justiça, c) o direito a obter reparação. O direito de saber a verdade é aquele que toda a pessoa tem, individual ou coletivamente, de buscar e encontrar um conhecimento seguro e certo sobre os fatos ocorridos nos regimes ditatoriais [sic]. O direito à justiça é aquele que toda pessoa tem em relação com o Estado e os demais seres humanos enquanto possivelmente pertence a ele. E o direito a obter reparação é aquele que toda pessoa tem de receber ressarcimento pelo dano sofrido.

Os mesmos autores, por sua vez, ainda delimitam o que se busca com o “Direito à Justiça”, afirmando que “os Estados são obrigados a processar e punir os torturadores, independentemente do território onde a violação tenha ocorrido e da nacionalidade do violador e da vítima” (RAMOS; PORTO, 2013, p.5). Dessa forma, é possível se verificar que, para a conclusão da Justiça Transicional no país, é necessária a punição dos agentes que cometeram os crimes durante o período ditatorial.

Enquanto isso, no Brasil, é promulgada a Constituição Federal de 1988 (CF/88), comumente apontada como um rompimento com a ordem política do passado. Tem uma ampliação do rol dos direitos e garantias fundamentais, os quais já existiam nas constituições anteriores. No entanto, agora a sua importância é elevada, estando presente no artigo 5º da Constituição Federal e sendo considerado uma cláusula pétrea pelo artigo 60, §4º, podendo ser apenas ampliado.

Tendo adotado o constituinte como um de seus fundamentos a dignidade da pessoa humana, através do artigo 1º, III CF/88, é visto que buscou romper com os atos atentatórios a esse princípio realizados pela ordem política anterior, execrando quaisquer ameaças ocorridas à dignidade e aos direitos fundamentais. Com isso, surge a divergência sobre o seguinte fenômeno: a Constituição Federal de 1988 deve ser vista como uma forma de romper completamente com o Regime Militar ou ainda se deve utilizar de entendimentos do período para que sejam solucionados os conflitos relativos a ele?

A efetivação deste período teve seu início em 1995 com a Lei Federal nº 9.140 de 04 de Dezembro de 1995, do período do presidente Fernando Henrique Cardoso, a qual reconhece como “mortas” [sic] todos os desaparecidos políticos do período de 2 de setembro de 1961 a 15 de agosto de 1979, criando uma Comissão Especial com a atribuição de buscar informações sobre o paradeiro da pessoa e, caso comprovada a sua morte, de encontrar seus restos mortais

(BRASIL, 1995). Além disso, a própria Lei trazia duas características condizentes com os ideais almejados pela Justiça de Transição, expostos em seus artigos 3º, 10 e 11:

Art. 3º O cônjuge, o companheiro ou a companheira, descendente, ascendente, ou colateral até quarto grau, das pessoas nominadas na lista referida no art. 1º, comprovando essa condição, poderão requerer a oficial de registro civil das pessoas naturais de seu domicílio a lavratura do assento de óbito, instruindo o pedido com original ou cópia da publicação desta Lei e de seus anexos.

Parágrafo único. Em caso de dúvida, será admitida justificação judicial. [...]

Art. 10. A indenização prevista nesta Lei é deferida às pessoas abaixo indicadas, na seguinte ordem:

I - ao cônjuge;

II - ao companheiro ou companheira, definidos pela Lei nº 8.971, de 29 de dezembro de 1994;

III - aos descendentes;

IV - aos ascendentes;

V - aos colaterais, até o quarto grau.

§ 1º O pedido de indenização poderá ser formulado até cento e vinte dias a contar da publicação desta Lei. No caso de reconhecimento pela Comissão Especial, o prazo se conta da data do reconhecimento.

§ 2º Havendo acordo entre as pessoas nominadas no caput deste artigo, a indenização poderá ser requerida independentemente da ordem nele prevista.

§ 3º Reconhecida a morte nas situações previstas nas alíneas b a d do inciso I do art. 4º desta Lei, as pessoas mencionadas no caput poderão, na mesma ordem e condições, requerer indenização à Comissão Especial. (Redação dada pela Lei nº 10.875, de 2004)

Art. 11. A indenização, a título reparatório, consistirá no pagamento de valor único igual a R\$ 3.000,00 (três mil reais) multiplicado pelo número de anos correspondentes à expectativa de sobrevivência do desaparecido, levando-se em consideração a idade à época do desaparecimento e os critérios e valores traduzidos na tabela constante do Anexo II desta Lei.

§ 1º Em nenhuma hipótese o valor da indenização será inferior a R\$ 100.000,00 (cem mil reais).

§ 2º A indenização será concedida mediante decreto do Presidente da República, após parecer favorável da Comissão Especial criada por esta Lei. (BRASIL, 1995).

A lavratura da certidão de óbito da pessoa desaparecida soluciona um caos presente no direito civil do período: como seria feita a transmissão dos bens se a pessoa, ainda que desaparecida, não havia sido atestada como falecida? E como poderia seu cônjuge contrair novo casamento estando ainda casado pela lei? Desse modo, a possibilidade de ser registrado o óbito do desaparecido solucionava diversas complicações legais do campo cível e econômico.

Os artigos 10 e 11, por sua vez, apresentam expressamente o Direito de Obter Reparação almejado pela Justiça de Transição. Informa que todos estes que requererem a indenização, tendo familiares considerados desaparecidos e mortos, receberam, no mínimo, a quantia mínima de R\$100.000,00 (cem mil reais) de indenização. E sua base de cálculo era efetuada em relação ao número de anos que a vítima ainda teria de acordo com a expectativa de vida da população, multiplicado pelo valor de R\$3.000,00 (três mil reais).

A Lei, em seu artigo 12, informava que a família tinha direito a indenização ainda que a vítima fosse encontrada com vida, não sendo necessário o ressarcimento aos cofres públicos pela quantia recebida, exceto em casos de comprovada má-fé (BRASIL, 1995).

No ano de 2002, com o então presidente Luís Inácio Lula da Silva, a Lei expandiu o número de vítimas abrangidas, dando o direito de indenização para todos os desaparecidos no período de 2 de setembro de 1961 a 5 de outubro de 1988, dia da promulgação da Constituição Federal de 1988.

Apenas 13 anos depois é que passou a ser discutida no Brasil a efetivação de mais uma fase da Justiça de Transição: O Direito à Verdade e à Memória. Tal direito teve como propulsor a decisão do Supremo Tribunal Federal - STF na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF 153, arguida em 2008 pela Ordem dos Advogados do Brasil e julgada em 2010. Com argumentos que serão mais abordados nos capítulos posteriores, o pleno do STF decidiu, por 7 votos contra 2, que a Lei da Anistia, Lei 6.683 de 1979, foi recepcionada pela Constituição Federal de 1988, sendo que os crimes comuns, como o homicídio e a tortura, praticados pelos agentes se configuram como crimes políticos, descritos na lei.

Essa questão havia se agravado devido a notificação do Estado brasileiro pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos em 2008 sobre o “Caso Lund e outros vs. Brasil”, referente à inércia do País em investigar os desaparecidos na guerrilha do Araguaia (RAMOS, 2012, p. 17), sendo então submetida a jurisdição da Corte Interamericana de Direitos Humanos em 2010, a qual proferiu uma decisão judicial para que fosse instaurada a Comissão da Verdade.

No ano seguinte é então sancionada a Lei 12.528/11 (BRASIL, 2011), com a função de instituir a Comissão Nacional da Verdade – CNV. Possuindo caráter meramente investigatório e não judicial, sua função é buscar informações sobre as violações de direitos humanos ocorridas desde 1946 até a promulgação da Constituição de 1988. De acordo com Ramos (2012, p.17), tem:

o objetivo de promover o esclarecimento circunstanciado dos casos de torturas, mortes, desaparecimentos forçados, ocultação de cadáveres e sua autoria; recomendar a adoção de medidas e políticas públicas para prevenir a violação de Direitos Humanos, e promover a efetiva reconciliação nacional a fim de que aqueles fatos não se repitam.

Após dois anos de pesquisas, a Comissão teve suas atividades encerradas no dia 10 de dezembro de 2014, seis dias antes do esgotamento do prazo definido em lei. Cumprindo o disposto legal, a CNV disponibilizou documentos durante toda a sua vigência, informando a sociedade sobre as investigações e descobertas de suas atividades, como o assassinato de

Juscelino Kubitschek, a perseguição ao cineasta Glauber Rocha, o envolvimento de militares na morte da ativista e estilista Zuzu Angel, a confirmação de que João Goulart não havia sido assassinado, dentre outros fatos. Em seu encerramento, ainda, disponibilizou três relatórios contendo todos os pareceres e conclusões as quais a Comissão havia chegado.

O primeiro relatório traz textos sobre a Comissão Nacional da Verdade, sua origem, o histórico de outros países, delimitações legais, funções e trabalhos. Traz explicações históricas sobre o Estado brasileiro desde 1946, pormenorizando o pensamento político do período e contextualizando as ações e práticas cometidas. Aborda as instituições de repressão, como por exemplo o Departamento de Ordem Política e Social – Dops e o Sistema Nacional de Informações – SNI, as violações de direitos humanos e os crimes cometidos durante o período pelos militares, encerrando o volume com recomendações a serem adotadas pelo Poder Público.

Seu segundo relatório, apesar de ser mais curto – contém 416 páginas – é mais aprofundado, dividindo as violações dos direitos humanos por gêneros: no meio militar, dos trabalhadores, dos camponeses, nas igrejas cristãs, nos povos indígenas, na universidade, em relação aos homossexuais. Ainda trata sobre os civis que auxiliaram no regime militar e aqueles que foram contrários às violações dos direitos humanos.

Seu último volume, o mais abrangente dos três – cerca de duas mil páginas – apresenta todos os mortos e desaparecidos do período que foi possível obter informação, com detalhes sobre o seu histórico e a forma de desaparecimento. Essa fase da Justiça de Transição sobre o Direito à Verdade e à Memória trouxe consigo o controverso e polêmico tema da última fase, ainda não efetivada no Brasil: O Direito à Justiça, nos termos utilizados pela própria Justiça de Transição, ou a punição dos militares que cometeram crimes no Período Militar. No primeiro relatório publicado pela CNV, no capítulos das recomendações de ações ao Público, dentre outras, constaram:

[1] Reconhecimento, pelas Forças Armadas, de sua responsabilidade institucional pela ocorrência de graves violações de direitos humanos durante a ditadura militar (1964 a 1985);

[2] Determinação, pelos órgãos competentes, da responsabilidade jurídica – criminal, civil e administrativa – dos agentes públicos que deram causa às graves violações de direitos humanos ocorridas no período investigado pela CNV, afastando-se, em relação a esses agentes, a aplicação dos dispositivos concessivos de anistia inscritos nos artigos da Lei no 6.683, de 28 de agosto de 1979, e em outras disposições constitucionais e legais;

[3] Proposição, pela administração pública, de medidas administrativas e judiciais de regresso contra agentes públicos autores de atos que geraram a condenação do Estado em decorrência da prática de graves violações de direitos humanos; (COMISSÃO NACIONAL DA VERDADE, 2014, p.964-967).

A arguição da ADPF 153 e as recomendações realizadas pela CNV buscam afastar a incidência da Lei de Anistia, Lei 6.683/79, nos crimes praticados pelos próprios agentes do Período Militar, a qual obsta a concretização da Justiça de Transição no País, com a punição dos militares, alcançando a última fase, o Direito à Justiça. No entanto, apesar dessa corrente, outros argumentos pesam em prol das figuras estatais que praticaram atos atentatórios ao ser humanos impedindo que seja-lhes aplicada uma punição: O exercício regular de um direito e a inexigibilidade de conduta diversa.

4 O EXERCÍCIO REGULAR DE DIREITO E DA INEXIGIBILIDADE DE CONDUTA DIVERSA

Exposto o tema, seu percurso histórico e o conflito existente entre os fatos ocorridos no Período Militar e a efetivação do Direito à Justiça, torna-se necessário expor os argumentos que fazem com que o debate se torne delicado visto que ambos os posicionamentos possuem argumentos legais de grande peso, inclusive com garantias constitucionais. Desse modo, o presente tópico apresentará dois argumentos, dentre vários existentes, que impedem a efetivação da Justiça de Transição no País: o Exercício Regular de Direito e a Inexigibilidade de Conduta Diversa.

4.1 O EXERCÍCIO REGULAR DE DIREITO

Por se tratar de uma punição, ou seja, da aplicação de uma penalidade para os agentes que cometeram crimes durante o Período Militar, as questões devem ser analisadas, além da ótica constitucional, sob a ótica penal, verificando as legislações pertinentes.

O Exercício Regular de Direito é apresentado como uma excludente de ilicitude, ou seja, os atos praticados pelo agente, seja em defesa de um direito ou, como aborda Fernando Capez, na prática de um fato típico, mas cuja ilicitude inexistente visto a característica subjetiva do agente que pratica o ato (CAPEZ, 2011, p.317). Guilherme de Souza Nucci (2013, p.293, grifo do autor) complementa a definição dada por Fernando Capez, informando que “a expressão *direito* deve ser interpretada de modo amplo e não estrito, afinal, cuida-se de excludente de ilicitude e não de norma incriminadora”.

É um princípio decorrente da ordem constitucional, presente no artigo 5º, inciso II, o qual afirma que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei” (BRASIL, 1988).

Mas de que modo tal dispositivo autoriza os agentes militares de seu período a praticarem atos como a tortura, o desaparecimento forçado e as prisões? Para compreender a

questão, é necessário relembrar o contexto histórico esboçado no capítulo anterior: o mundo se encontrava em uma situação de conflito e o Brasil estava em um período de exceção, com a população e o Governo Militar, em um primeiro momento, buscarem eliminar as “forças subversivas” que assolavam o país.

Com isso, a própria Constituição Federal previa a relativização dos Direitos e Garantias Fundamentais como forma de garantir o bem estar da nação, como é possível observar nos artigos a seguir, presentes na Constituição Federal de 1967:

Art. 150. [...]

§ 5º - É plena a liberdade de consciência e fica assegurado aos crentes o exercício dos cultos religiosos, **que não contrariem a ordem pública** e os bons costumes. [...]

§ 8º - É livre a manifestação de pensamento, de convicção política ou filosófica e a prestação de informação sem sujeição à censura, salvo quanto a espetáculos de diversões públicas, respondendo cada um, nos termos da lei, pelos abusos que cometer. É assegurado o direito de resposta. A publicação de livros, jornais e periódicos independe de licença da autoridade. **Não será, porém, tolerada a propaganda de guerra, de subversão da ordem ou de preconceitos de raça ou de classe** (BRASIL, 1967, grifo nosso).

A Emenda Constitucional Nº 1 de 17 de Outubro de 1969, a qual alterava grande parte do texto constitucional (com alguns estudiosos considerando-a inclusive como uma nova constituição), ainda trazia um novo parágrafo no bojo do artigo 153, o referente aos direitos e garantias fundamentais, o qual informa:

§ 11. Não haverá pena de morte, de prisão perpétua, de banimento, ou confisco, **salvo nos casos de guerra externa, psicológica adversa, ou revolucionária ou subversiva, no têrmos que a lei determinar**. Esta disporá, também, sobre o perdimento de bens por danos causados ao erário, ou no caso de enriquecimento ilícito no exercício do cargo, função ou emprêgo na Administração Pública, direta ou indireta (BRASIL, 1969, grifo nosso).

Esta lei, informada pelo parágrafo 11, é a denominada “Lei de Segurança Nacional” - LSN. Tendo várias redações, a legislação específica a que este período se refere é o Decreto-Lei Nº 898, de 29 de setembro de 1969. Alguns exemplos da autorização que a Constituição possibilitou à legislação infra-hierárquica:

Art. 25. Praticar atos destinados a provocar guerra revolucionária ou subversiva:

Pena: reclusão, de 5 a 15 anos.

Parágrafo único. Se, em virtude deles, a guerra sobrevém:

Pena: prisão perpétua, em grau mínimo, e morte, em grau máximo. [...]

Art. 28. Devastar, saquear, assaltar, roubar, sequestrar, incendiar, depredar ou praticar atentado pessoal, ato de massacre, sabotagem ou terrorismo:

Pena: reclusão, de 12 a 30 anos.

Parágrafo único. Se, da prática do ato, resultar morte:

Pena: prisão perpétua, em grau mínimo, e morte, em grau máximo. [...]

Art. 39. Incitar:

I - A guerra ou à subversão da ordem político-social;

II - A desobediência coletiva às leis;

III - A animosidade entre as Forças Armadas ou entre estas e as classes sociais ou as instituições civis;

IV - A luta pela violência entre as classes sociais;

V - A paralisação de serviços públicos, ou atividades essenciais;

VI - Ao ódio ou à discriminação racial:
Pena: reclusão, de 10 a 20 anos. (BRASIL, 1969)

No entanto, os atos praticados pelos agentes militares, na visão da época, não eram atos criminosos visto que a própria Constituição Federal e a Lei de Segurança Nacional não apenas os permitiam a praticarem tais atos como também os obrigavam a realizá-los, visto que a sua desobediência também configuraria crime previsto na própria LSN. A própria tortura, o crime que mais marcou o Período Militar Brasileiro, nem sequer existia no Código Penal, sendo adotado pelo ordenamento jurídico apenas com a Lei 9.455/97. Como aponta Franco, Lira e Felix (2011, p.194):

Apesar [...] de ter o Brasil ratificado, respectivamente, em 28.09.1989 e em 20.07.1989, a Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos e Degradantes, de 1984, e a Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura, de 1985, assumindo o compromisso internacional de considerar delitos em seu direito penal, todos os atos de tortura e as tentativas de praticar atos desta natureza, nenhuma providência foi seriamente adotada até março de 1997 para atender quer ao texto constitucional, quer aos compromissos internacionais.

Desse modo, os agentes que praticavam atos cruéis, desumanos e degradantes, que feriam a Dignidade da Pessoa Humana estavam amparados pela Constituição Federal. O Pacto de San José da Costa Rica, que reafirmava no plano internacional os direitos humanos fundamentais só passou a ter vigor no Brasil no ano de 1992, com o Decreto Nº 678, de 6 de Novembro de 1992. As ações atentatórias ao ser humano eram lícitas visto uma deficiência na legislação brasileira, algo que impossibilita a punição dos agentes.

Além disso, outra excludente de ilicitude, vinculada a esta, teve um efeito ainda mais grave, pois agredia não só as vítimas como também os seus agentes: a inexigibilidade de conduta diversa.

4.2 DA INEXIGIBILIDADE DE CONDUTA DIVERSA

A Exigibilidade de conduta diversa, no Direito Penal, é fator determinante da culpabilidade do indivíduo. Desse modo, sendo inexigível que o agente pudesse reagir na devida situação de modo diferente ao ocorrido, imediatamente inexistente sua culpa, conforme presente no artigo 22 do Código Penal: “Se o fato é cometido sob coação irresistível ou em estrita obediência a ordem, não manifestamente ilegal, de superior hierárquico, só é punível o autor da coação ou da ordem.” (BRASIL, 1940).

Essa coação pode ser tanto física (uma agressão, propriamente dita), quanto moral, sendo proferidas ameaças ao sujeito ou com este sentindo-se ameaçado. Mesmo tendo noção da gravidade das atitudes viam-se forçados a perpetuarem as mesmas práticas. Ademais, não

tinham uma forma de esquivar-se da situação: caso se negassem a praticar os atos poderiam ser considerados suspeitos de serem coniventes com os “subversivos”, os “comunistas”, o “mal que impera na sociedade” e serem colocados na mesma posição. De torturadores seriam os torturados. De agressores, passariam a ser os agredidos.

Os militares tinham noção das práticas realizadas nos estabelecimentos prisionais. Thomas Mack, em depoimento dado à CNV, informou das ameaças sofridas: “Ameaça de mandar para o DOPS. O DOPS torturava mesmo! Torturava! Ameaça de prender a minha esposa! [...] Isso era as três [...]. Vamos dizer os três braços da tática deles de fazer falar!” (COMISSÃO NACIONAL DA VERDADE, 2014, p.377). De que forma poderiam lutar contra um sistema sem serem atingidos por ele?

O subordinado, visto a sua própria posição hierárquica, ainda mais no ambiente militar, caracterizado pelo cumprimento de ordens, acaba acatando as instruções de seu superior cegamente visto não lhe ser habitual o fato de questionar as ordens a si impostas. Desse modo, acaba sendo inexigível que atue de modo diverso.

5 A AUSÊNCIA DE PUNIÇÃO AOS AGENTES DA DITADURA MILITAR E O DIREITO À JUSTIÇA

É possível observar, com a análise dos tópicos anteriores, que ainda não foi efetivada o ciclo transicional brasileiro almejado pela Justiça de Transição visto que há o conflito entre o direito daqueles que cometeram crimes no Período Militar terem sido anistiados através da Lei 6.683/79 e os tratados e organizações internacionais cujo Brasil é signatário que buscam a efetivação dos direitos humanos no País.

A condenação do Brasil pela Corte Interamericana de Direitos Humanos é uma consequência do ato realizado pelo Estado brasileiro em 10 de dezembro de 1998, quando se submeteu à sua jurisdição através do Decreto Nº 4.463 de 8 de novembro de 2002, conforme dispõe o seu primeiro artigo:

Art. 1º É reconhecida como obrigatória, de pleno direito e por prazo indeterminado, a competência da Corte Interamericana de Direitos Humanos em todos os casos relativos à interpretação ou aplicação da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José), de 22 de novembro de 1969, de acordo com art. 62 da citada Convenção, sob reserva de reciprocidade e **para fatos posteriores a 10 de dezembro de 1998** (BRASIL, 2002).

Desse modo, como bem aponta Oliveira e Cardoso (2012, p.24), a CIDH é incompetente para o julgamento dos assuntos relacionados ao Período Militar visto ter a

competência de análise apenas dos fatos posteriores a 1998, não sendo abrangidos os crimes contra os direitos fundamentais praticados no Período Militar.

Além disso, como os próprios autores comentam, “a Corte entendeu [...] que os atos contínuos ou permanentes perduram no tempo enquanto o fato continua caracterizando ainda a responsabilidade internacional” (OLIVEIRA; CARDOSO, 2012, p.24). Tal posicionamento é correto, visto que o próprio Ordenamento Jurídico Brasileiro confirma que, nos casos dos crimes permanentes (como o sequestro, por exemplo), aqueles que se prolongam no tempo, só tem o seu término com o fim da permanência (NUCCI, 2012, p.185), ou seja, com a soltura da vítima ou com a sua morte. No entanto, a competência da CIDH nos casos do Período Militar não se aplica visto a existência da Lei 9.140/95, já mencionada, que declarou como mortas as pessoas desaparecidas, primeiramente, de 1961 a 1979, e em seguida, até 1988. Desse modo não há mais o que se questionar a permanência visto já ter sido decretada, por força de lei, o óbito dos desaparecidos. A mesma Corte afirma que o Estado Brasileiro permaneceu inerte em relação as violações ocorridas neste período.

Os mesmos autores, por sua vez, ainda trazem à tona o último argumento que impede que os crimes ocorridos no Período Militar sejam julgados por uma Corte Internacional: O Pacto de San José da Costa Rica determina, em seu artigo 46, que a Corte apenas analisará os temas em que já tenham sido esgotados todos os recursos internos de seu país (OLIVEIRA; CARDOSO, 2012, p.25). Desse modo, os embargos de declaração interpostos na ADPF 153, por exemplo, impedem o questionamento do tema pela CIDH. Sendo então visto que a Corte Interamericana é incompetente para a análise da matéria que leve à punição dos agentes da Ditadura, resta analisar os argumentos que obstam a aplicação da Justiça de Transição sob o ponto de vista interno.

Primeiramente, a própria Lei de Anistia, Lei 6.683 de 1979. Anistiando os crimes cometidos no período, a lei possibilitou, como exposto pelo Procurador Geral da República no julgamento da ADPF 153, “uma transição pacífica e harmônica, capaz de evitar novos conflitos” (BRASIL, Supremo Tribunal Federal, 2010, p.9-10). E essa intenção é também observados em todas as legislações posteriores relativas ao tema, inclusive as posteriores à Constituição de 1988, como por exemplo o artigo 2º da já citada Lei 9.140/95, o qual informa que “A aplicação das disposições desta Lei e todos os seus efeitos orientar-se-ão pelo princípio de reconciliação e de pacificação nacional” (BRASIL, 1995).

Como o próprio Ministro Eros Grau declara em seu voto (BRASIL, Supremo Tribunal Federal, 2010, p.39-40), deve ser interpretada a Lei de Anistia de acordo com o seu período, confirmando que foi vontade de um acordo político, formulado por agentes políticos, ou seja,

o Poder Legislativo, não sendo função do Judiciário, ainda mais decorridos diversos anos da redação e promulgação da Lei, alterar o seu texto normativo, sendo dever exclusivo do legislativo realizar as alterações devidas.

Ademais, vale ressaltar que a redução da abrangência da Lei da Anistia para os militares resultaria em uma insegurança jurídica. A própria Constituição Federal de 1988 determina, em seu artigo 5º, inciso XXXVI, que “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada” (BRASIL, 1988). Verifica-se então o que Ingo Wolfgang Sarlet (2009, p.233-235) determina como “vedação do retrocesso”: após um direito ser adquirido, o mesmo não pode ser retirado visto que a insegurança jurídica, que acabará causando levará a uma instabilidade no ordenamento, sendo uma garantia ao indivíduo.

Ainda que seja observado que não há direito adquirido em relação à Constituição Federal, conforme o posicionamento do Supremo Tribunal Federal na análise do Recurso Especial nº n. 94414 –SP, verifica-se que a atual Constituição Federal não representou um rompimento completo com a ordem jurídica anterior, como abordam as discussões expostas nos capítulos anteriores. Essa conclusão se deve à análise dos seguintes incisos do artigo 5º da Constituição:

- XLIII - a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem;
- XLIV - constitui crime inafiançável e imprescritível a ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático (BRASIL, 1988).

Sendo o Poder Constituinte originário absoluto, mesmo tendo a vedação do retrocesso que aponta a doutrina, aqui se verifica que há a conivência do Estado brasileiro com os atos praticados. A tortura e o terrorismo são crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça, anistia ou indulto. No entanto, não são imprescritíveis. Desse modo, tendo decorridos mais de 20 anos do término do Período Militar, os crimes cometidos estão prescritos. Por se tratar de uma norma que tem o caráter punitivo, deve-se analisar de modo restrito. Assim sendo, se o inciso não traz a informação de que estes crimes são imprescritíveis, considerar-se-á o melhor ao indivíduo, não podendo ser feita analogia em prejuízo.

Além disso, o inciso seguinte informa que é crime inafiançável e imprescritível a ação de grupos armados contra a ordem constitucional e o Estado Democrático. No entanto, não informa que ele é insuscetível de graça ou anistia. Do mesmo modo que dito no parágrafo anterior, a análise em benefício então determina que os autores de crimes com estas

características foram abarcados pela Lei de Anistia. O texto constitucional apenas possibilitou que os fatos ocorridos não possam ser repetidos na nova ordem jurídica pós 1988.

Mas mesmo que a Lei de Anistia não abarcasse aqueles que cometeram crimes no Período Militar, deve-se analisar a condição do indivíduo na prática do ato. E é nesse quesito que encontram-se os argumentos trabalhados no capítulo anterior: O Exercício Regular de Direito e a Inexigibilidade de Conduta Diversa. Estando os militares em cumprimento de suas funções, ou seja, incluindo-se também um aspecto de estrito cumprimento do dever legal, e sendo-lhes inviável agir de modo diverso em razão do conhecimento sobre o que ocorria com aqueles contrários ao governo, não há razão para lhes seja imputada uma penalidade.

A pena busca retribuir o mal causado pelo agente, de forma mais humana (afinal, aquele que cometeu um homicídio não será condenado a pena de morte), mas também respeitando outras características. E é nas finalidades especiais que se conclui que a aplicação de pena aos que cometeram atos ilícitos no Regime Militar seria ineficaz e inviável.

No ponto especial negativo, é visto que o agente não cometerá novo crime por não se encontrar em outro momento histórico, político e social, como ressaltado no voto do Ministro Eros Grau na ADPF 153 (BRASIL, Supremo Tribunal Federal, p.21), existindo leis que reforçam a ilicitude dos atos praticados no passado e tornando-os abjetos. Além disso, ele não precisa ser ressocializado, como define o ponto especial positivo pelo fato de que o próprio decurso do tempo se encarregou de tal função: tendo decorrido mais de 50 anos do afastamento de João Goulart do cargo de Presidente da República e 30 anos da eleição de Tancredo Neves de forma indireta, é praticamente impossível que, mesmo que o militar tenha cometido o crime por vontade própria, continue com o mesmo pensamento, considerando correto o ato praticado.

Por fim, a Justiça de Transição brasileira busca a efetivação de uma única fase: o direito a justiça. O termo “Justiça”, por si só, é muito relativo. Por vezes, o justo pode ser não aplicar a pena para aqueles que cometeram um crime, visto a sua situação no momento atentatório.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Brasil, no século passado, passou por transformações que marcaram a sociedade e que transformaram o ambiente histórico e jurídico para o que vivemos hoje. Com manifestações populares, políticas e militares, a retirada de presidentes do poder, a instituição de juntas militares, a formação de um aparato estatal repressivo e a prática de crimes atentatórios à Dignidade da Pessoa Humana foram situações que ainda hoje se discutem e procura-se uma solução.

Para tanto, há a busca da efetivação da denominada “Justiça de Transição” no País, caracterizada pelo Direito à Reparação, Direito à Verdade e Direito à Justiça. Com o Direito à Reparação tendo sido garantido através da Lei 9.140/95, reconhecendo como mortas as pessoas desaparecidas de 1961 a 1988, indenizando seus familiares, decorreram mais de 15 anos até se buscar efetivar outra fase, o Direito à Verdade, o qual foi cumprido com a implantação da Comissão Nacional da Verdade, cujas atividades foram encerradas em 2014.

No entanto, a última fase que concluiria o ciclo transicional, o Direito à Justiça, tornou-se obstada pela existência da Lei 6.683/79, a Lei de Anistia, que anistiou aqueles que cometeram crimes no período. Com sua validade reafirmada pela Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 153, as instituições internacionais buscaram efetivar a última fase através de seus poderes garantidos pelos tratados internacionais nos quais o Brasil é signatário, o qual ainda assim não se tornou eficaz visto a sua incompetência para os fatos, a realização de ações pelo Poder Público em relação a Ditadura Militar e o não esgotamento de recursos internos.

Sendo necessário então discutir a matéria ante o direito pátrio, a punição fica impossibilitada devido as características do Período Militar: os agentes eram cumpridores das leis, agindo, na visão da época, em defesa nacional contra influências externas, principalmente comunistas, elemento presentes em diversos países vizinhos. E aqueles que fossem contrários a realizarem os atos designados cometeriam crime de desobediência e corriam o risco de serem considerados também subversivos.

O Constituinte foi conivente com a Lei de Anistia e com a legislação posterior reconhecendo a culpa do Estado pelos crimes ocorridos neste período, há então a validade da Anistia concedida, com dispositivos que asseguram que os agentes permaneçam sem uma punição, seja validando essa benesse concedida como também não tornando seus crimes imprescritíveis, não sendo possível a punição pelo longo período de tempo decorrido.

Se a Justiça de transição busca o “Direito a Justiça”, considerando a relatividade deste termo, justo pode ser a não aplicação de uma punição aos agentes visto a sua inviabilidade, com o longo decurso do tempo sendo uma punição para aquele agente que cometeu crimes e se arrependeu de seus atos ou aquele que, pela maturidade adquirida nos anos decorridos, vê os atos que praticou como algo abjeto, não repetindo-os caso tivesse uma nova oportunidade. Há também os amparos legais que protegem os indivíduos que tiveram que cometer atos em um período singular da história nacional, sendo que a própria legislação tanto da época como posterior reconhecem a culpabilidade do Estado na prática dos atos e a singularidade do Período, existindo uma legislação draconiana, a qual não existe mais, para os atos ocorridos.

Caso então seja considerado justo não haver uma punição, a Justiça de Transição acaba tendo a sua última fase concluída, encerrando o ciclo transicional brasileiro.

7 REFERÊNCIAS

ARQUIDIOCESE DE SÃO PAULO. **Brasil: Nunca mais**. 38.ed. Vozes: São Paulo, 2009.

BRASIL. **Constituição Federal (1967)**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm>. Acesso em: 30 jul. 2015.

_____. **Constituição Federal (1988)**. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 30 jul. 2015.

_____. **Decreto Nº 4.463, De 8 de Novembro de 2002:** Promulga a Declaração de Reconhecimento da Competência Obrigatória da Corte Interamericana de Direitos Humanos, sob reserva de reciprocidade, em consonância com o art. 62 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José), de 22 de novembro de 1969. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4463.htm>. Acesso em: 30 jul. 2015.

_____. **Decreto-Lei Nº 898, De 29 de Setembro de 1969:** Define os crimes contra a segurança nacional, a ordem política e social, estabelece seu processo e julgamento e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1965-1988/Del0898.htm>. Acesso em: 30 jul. 2015.

_____. **Decreto-Lei Nº 1.001, De 21 de Outubro de 1969:** Código Penal Militar. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del1001.htm>. Acesso em: 30 jul. 2015.

_____. **Decreto-Lei Nº 2.848, De 7 de Dezembro de 1940:** Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 30 jul. 2015.

_____. **Emenda Constitucional Nº 01, De 17 de Outubro de 1969:** Edita o novo texto da Constituição Federal de 24 de janeiro de 1967. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc_antecedente1988/emc01-69.htm>. Acesso em: 30 jul. 2015.

_____. **Lei Nº 9.140, De 04 de Dezembro de 1995:** Reconhece como mortas pessoas desaparecidas em razão de participação, ou acusação de participação, em atividades políticas, no período de 2 de setembro de 1961 a 15 de agosto de 1979, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9140compilada.htm>. Acesso em: 30 jul. 2015.

_____. **Lei Nº 12.528, De 18 de Novembro de 2011:** Cria a Comissão Nacional da Verdade no âmbito da Casa Civil da Presidência da República. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12528.htm>. Acesso em: 30 jul. 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. **ADPF 153 DF**. Relator: EROS GRAU. Julgamento 24.04.2010. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=612960>>. Acesso em: 30 jul. 2015.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal – Parte Geral: Volume I**. 15. ed. Saraiva: São Paulo, 2011.

COMISSÃO NACIONAL DA VERDADE. **Relatório da CNV: Volume I**. 2014. Disponível em: <http://www.cnv.gov.br/images/pdf/relatorio/volume_1_digital.pdf>. Acesso em: 30 jul. 2015.

FERREIRA, Jorge; GOMES, Angela de Castro. **1964**. 1. ed. Civilização Brasileira: Rio de Janeiro, 2014.

FRANCO, Alberto Silva; LIRA, Rafael; FELIX, Yuri. **Crimes Hediondos**. 7. ed. Revista dos Tribunais: São Paulo, 2011.

GASPARI, Élio. **As ilusões Armadas: A ditadura envergonhada**. 2. ed. Intrínseca: Rio de Janeiro, 2014.

MOREIRA, José Carlos. **A memória política brasileira à Luz da Constituição de 1988. Entrevista Especial com José Carlos Moreira**. In: Unisinos. Disponível em: <<http://www.ihu.unisinos.br/entrevistas/524151-a-memoria-politica-brasileira-a-luz-da-constituicao>>. Acesso em: 30 jul. 2015.

NETO, Lira. **“O suicídio de Getúlio adiou o golpe militar para 1964”, diz escritor**. In: Bol. Disponível em: <<http://videos.bol.uol.com.br/#view/o-suicidio-de-getulio-adiou-o-golpe-militar-para-1964-diz-escriptor-04028C9B3460CC915326>>. Acesso em 30 jul. 2015.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal**. 9.ed. Revista dos Tribunais: São Paulo, 2013.

_____. **Manual de Direito Penal**. 8.ed. Revista dos Tribunais: São Paulo, 2012.

OLIVEIRA, Carla Mariana Aires; CARDOSO, Diogo Barbosa. **A Justiça de Transição e a Busca da Implementação da Comissão da Verdade no Brasil**. 2012. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=eddeb82df22554fa>>. Disponível em: 30 jul. 2015.

RAMOS, Taís; PORTO, Claudinei Caetano. **A (Im)possibilidade da responsabilidade do Estado pelas chances perdidas pelas vítimas do Regime Militar Brasileiro**. 2013. Disponível em: <www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=4ab3564cc099eb3b>. Acesso em: 30 jul. 2015.

RAMOS, Taís. **A justiça de transição e a revitalização da democracia em face das violações de direitos humanos decorrentes do regime militar brasileiro**. 2012. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=9715d04413f296ea>>. Acesso em: 30 jul. 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais:** Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10. ed. Livraria do Advogado: Porto Alegre, 2009.

SCHWARTZ, Germano. **Direito e Rock:** O BRock e as expectativas normativas da Constituição de 1988 e do Junho de 2014. 1. ed. Livraria do Advogado: Porto Alegre, 2014.
SECRETARIA DE DIREITOS HUMANOS. Portaria Nº 1.265, De 14 de Junho de 2011.
Diário Oficial da União, Brasília, DF, 15 jun. 2011, Seção 1. Disponível em:
<<http://pesquisa.in.gov.br/imprensa/jsp/visualiza/index.jsp?jornal=1&pagina=2&data=15/06/2011>>. Acesso em 30. Jul. 2015

VILLA, Marco Antônio. **Ditadura à Brasileira – 1964-1985:** A democracia golpeada à direita e à esquerda. 1. ed. Leya: São Paulo, 2014.