

Davi de Paiva Costa Tangerino

Doutor em Direito Penal pela Universidade de São Paulo, com estágio doutoral na Humboldt Universität zu Berlin, e professor da Universidade Federal do Rio de Janeiro.

O Direito Penal como Instrumento de Justiça de Transição O caso Brasil

PRÓLOGO

Primeiramente, gostaria de agradecer o convite a mim formulado de, na condição de estudioso do direito penal, tecer algumas considerações acerca da possível relação entre direito penal e Justiça de transição. O Centro de Referência das Lutas Políticas no Brasil, denominado Memórias Reveladas, é epifenômeno da necessidade de democratização no acesso à informação, especialmente quando, em 2005, o governo federal regulamentou a transferência para o Arquivo Nacional dos acervos de importantes órgãos de repressão no re-

gime militar, a exemplo do Conselho de Segurança Nacional, da Comissão Geral de Investigações e do Serviço Nacional de Informações. Na apresentação do projeto, a então ministra-chefe da Casa Civil e hoje presidenta da República Dilma Vana Rousseff fazia consignar que “estamos abrindo as cortinas do passado, criando as condições para aprimorarmos a democratização do Estado e da sociedade. Possibilitando o acesso às informações sobre os fatos políticos do país reencontramos nossa história, formamos nossa identidade e damos mais um passo para construir a nação que sonhamos: democrática, plural, mais

justa e livre”.¹ Com efeito, se há caminho possível para que a sociedade brasileira digira os sombrios tempos da ditadura militar, esse só se pode percorrer – sem representar novos achaques ao Estado democrático de direito – por meio do tratamento público, amplo e democrático desse período histórico. Ao dar importante passo nesse sentido o Arquivo Nacional merece meus encômios e minha gratidão por poder, ainda que timidamente, me somar a essa iniciativa.

CONSIDERAÇÕES INTRODUTÓRIAS

Muitos países latino-americanos sofreram, ao longo do século XX, períodos de ditadura militar e, na maior parte dos casos, empregou-se, como estratégia de transição para a democracia, a adoção de leis de anistia, a exemplo de Brasil, Argentina, Uruguai, Chile, El Salvador, Guatemala, Haiti, Honduras, Nicarágua, Peru e Suriname. O esquecimento dos crimes (anistia e amnésia compartilham a mesma origem grega) deuse em nome de uma pacificação social, deixando impunes determinados delitos, uma vez que cometidos em períodos de exceção.²

As vítimas, diretas e indiretas, dos crimes perpetrados pelos regimes totalitários, resistiram a esse esquecimento. Primeiramente, por não poderem, muitas vezes, vivenciar o luto pela perda de alguém, especialmente nos casos de desaparecimentos forçados.³ De uma maneira mais ampla, porém, determinados segmentos

sustentavam que os referidos crimes, muito ao contrário de serem esquecidos, tinham que ser trazidos a público para que a memória deles servisse ao propósito de não se permitir que tais exceções ocorressem novamente.

Ao contrário da experiência de outros países latino-americanos, o questionamento judicial de validade da Lei de Anistia se deu apenas em 2009, três décadas após sua promulgação. Em 21 de outubro de 2008, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil ajuizou a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 153, com vistas a obter, por parte do Supremo Tribunal Federal, interpretação do parágrafo 1º do artigo 1º da lei n. 6.683/79,⁴ conforme a Constituição Federal, “de modo a declarar, à luz dos seus preceitos fundamentais, que a anistia concedida pela citada lei aos crimes políticos ou conexos não se estende aos crimes comuns praticados pelos agentes da repressão contra opositores políticos, durante o regime militar (1964/1985)”. Em 2010, o Supremo Tribunal Federal, por maioria de votos, considerou que o texto da Lei de Anistia mostrava-se compatível com a Constituição, julgando, assim, improcedente a referida arguição.

A repercussão da decisão, junto aos que desejavam ver a lei revista, foi muito negativa: o presidente da Comissão de Anistia, Paulo Abrão, se confessou decepcionado com a decisão de “amparar torturadores que atuaram a serviço da ditadura militar”; também assim a vice-presidenta do Grupo

Tortura Nunca Mais do Rio de Janeiro, Victória Grabois, que lamentou a escolha pela impunidade dos integrantes de órgãos de repressão da ditadura. Ainda apenas a título de exemplo, merece registro uma reação no campo dos militares: o brigadeiro Ivan Frota elogiou a decisão, mandando um recado: “a decisão é inteligente e justa e, acima de tudo, não vai levantar o problema de crimes piores que foram praticados por terroristas durante o governo militar”.⁵

Interessantemente, há um elemento comum entre os discursos dos militantes de esquerda e os militares: a compartilhada sensação de impunidade, ora festejada, ora lamentada.

A hipótese de que gostaria de tratar é a seguinte: a referida sensação de impunidade tem raiz em uma determinada percepção de direito penal profundamente conservadora e punitiva, e revela que o clamor por responsabilização dos agentes da ditadura pelos crimes que foram cometidos naquele período só poderia se dar mediante a imposição de sanções aflitivas àqueles agentes, remédio por excelência do direito penal.

O referido pensamento engendra uma armadilha fundamental: tomar responsabilização como sinônimo de punição em sentido forte. De maneira ampla, reforça uma concepção conservadora e punitiva de direito penal. No campo do nosso objeto de debate, mascara a importância de instrumentos de Justiça de transição que nada têm a ver com o direito penal. Por fim, na convergência dos dois aspectos

precedentes, o direito penal, em sua forma tradicional, nada tem a acrescentar na missão almejada de responsabilização, pois, retomando as palavras de Dilma Rousseff, “não promovem uma sociedade democrática, plural, mais justa e livre”.

ORIGENS DA ARMADILHA PUNITIVA: A FORMAÇÃO DA RACIONALIDADE PENAL MODERNA⁶

A imagem que temos hoje do direito penal, como ramo completamente autônomo do direito, foi amalgamada na obra *Dos delitos e das penas* de Cesare Beccaria. Nela, encontram-se todos os elementos que definem o direito penal absolutamente por oposição aos demais ramos do direito, por ter (i) objeto próprio, herdado do direito natural, cujo conteúdo é ditado pela razão ou pela própria natureza humana, universal; (ii) missão própria, diretamente ligada a seu objeto: a de defender o contrato social; (iii) uma sanção própria, apartada daquelas de natureza privada, patrimoniais, de natureza aflitiva, seja para reparar o mal causado (formulação retributivista), seja para inclinar a alma humana à obediência à lei (formulação preventiva); (iv) um sujeito passivo *sui generis*, a saber, a sociedade como um todo, o grupo de signatários do contrato social; (v) um sujeito ativo que age irracionalmente, que faz mau uso de sua liberdade, pois, sendo ele igual aos demais, não comete crimes por qualquer defeito constitutivo; sendo ele racional, sabe que faz o mal e sendo ele livre, escolhe fazê-lo; (vi) uma infração própria, o

delito que, para além das demais ilegalidades (e por gerar uma pena), reclama um ingrediente a mais: a culpa.⁷

Essa concepção, porém, é fruto de uma determinada evolução do conceito e de um determinado exercício de poder, mas um retorno às origens históricas do direito penal pode apontar outras imagens possíveis, quiçá mais adequadas ao fim que costumeiramente se designa ao direito penal: a proteção de bens jurídicos especialmente relevantes.

Artificialidade do conceito de crime⁸

Primeiramente, é preciso desnudar o conceito de crime, que não tem qualquer possibilidade de definição ontológica. Exemplifica-se: a reunião de dois sujeitos capazes, em torno de um objeto lícito, valendo-se de uma forma preestabelecida e estipulando um punhado de circunstâncias redundará em um contrato; o exercício de atividade periódica, executada a título pessoal, mediante pagamento, submetido à subordinação hierárquica engendrará uma relação trabalhista; a execução de ato que gere comoção social, reputado como socialmente indesejado, poderá ser uma série de coisas: uma ação meramente antissocial, uma imoralidade ou eventualmente um crime. Problematicamente, a operação inversa também não é verdadeira: é possível pensar em uma ação que não gere nenhum desassossego social, não tenha nenhuma lesividade concreta e seja, mesmo assim, um delito. É o caso da mera remessa de valores para o exterior sem comunicação ao Banco Central; a rigor, após

a liberação do teto de valores passíveis de remessa ao estrangeiro, trata-se de mera inobservância de dever administrativo. Não obstante, é tão crime, do ponto de vista conceitual, quanto o mais bárbaro dos homicídios.

Crime não traduz, portanto, um conceito, porém um rótulo, um julgamento, uma atribuição.⁹ Nesse diapasão, na medida em que ele não existe senão como construção jurídico-social, o crime terá seus contornos forçosamente sujeitos ao tempo da sua definição. Mister, porém, reconhecer que há, em sentido amplo, alguma coisa que autoriza denominar de direito penal a castração do estuprador, na China antiga,¹⁰ ou a subtração da vida do homicida, na Suméria. Trata-se, sem dúvida, da resposta dada à transgressão então sentida como particularmente grave, isto é, uma pena, assim entendida aquela sanção que impinja dor ou sofrimento. Essa indissociabilidade entre crime e pena aflitiva, constitui um elemento central da referida racionalidade penal moderna.

Mas nem sempre foi assim. Essa clivagem é fruto de um determinado desenrolar histórico, valendo, portanto, apreender como o que hoje se entende como crime era percebido em momento anterior às distinções entre direito privado e direito público, ou entre infração e delito.

Do mero inadimplemento ao crime: breve história da infração penal

É apenas com a queda do Império romano do Ocidente que uma primeira dicotomia

entre as leis se faria sentir com maior intensidade. Com as sucessivas invasões bárbaras, diversos direitos passaram a coexistir com o romano. Além disso, a Igreja passaria a ter poderes temporais por ocasião da entrega ao papa Estevão II, por Pepino, o breve, em 755, dos territórios lombardos reconquistados. Com isso, o papa teria inclusive “jurisdição penal por delegação soberana, também em relação aos delitos comuns”.¹¹ Nesse contexto, seria preciso separar as leis civis, de um lado, e as leis senhoriais e eclesiásticas, de outro.¹²

Delito, portanto, no direito germânico primitivo, era apenas aquela ação que causava um dano objetivo a uma vítima determinada. Nas palavras de Carl von Bar, “a essência de um crime não é a infração de uma lei formal ou de uma ordem, mas precipuamente a violação de um direito substantivo”. Com isso, está a se realçar duas características fundamentais dessa noção germinal de delito: (i) ela traduz a realização de um dano, de um resultado lesivo e (ii) revela que era fundamentalmente uma relação interpartes e não “a quebra da paz com a comunidade como um todo”.¹³

Como consequência direta dessa primeira concepção de delito, tem-se que à própria vítima incumbia fazer reparar o dano sofrido por meio do instituto da vingança (*Rache*), que tinha menos por objetivo a imposição de dor ou de agonia, servindo antes ao propósito de humilhação do adversário e de seu clã. Seu pano de fundo,

segundo Clarence Ray Jeffery, era a ideia de responsabilidade coletiva: “o clã como um grupo era responsável pelas ofensas de seus membros e pela recolha e pagamento do *wer*”.¹⁴

Diferentemente da concepção moderna de crime, no direito germânico primitivo as partes poderiam (e no mais das vezes de fato conseguiam) obter a paz. E o faziam por meio da composição: “para todos os tipos de lesão a direitos, ordenavam-se verdadeiros catálogos de penalidades (*Büßkataloge*), muitas vezes com minuciosas gradações dentro de cada grupo de delitos”.¹⁵ Na prática, tratava-se da compra do direito de vingança, por meio da quitação do injusto com os bens mais preciosos: armas, cavalos e gado; daí o nome que se lhe deu: *friedensgeld* (dinheiro de paz).

A indistinção entre o que hoje se reconhece como direitos penal e civil também se fazia sentir nos procedimentos judiciais, na lição de Esmein: “o processo criminal não sendo, portanto, mais do que um debate entre dois particulares, nota-se que não era necessário criar para ele uma forma especial de procedimento”.¹⁶ A leitura mais coerente da afirmação do processualista francês parece ser aquela segundo a qual, em não havendo, à época, distinção forte entre os ilícitos, todos eram tratados com um mesmo procedimento, interpartes. A reforçar o argumento, o fato de todas as jurisdições então existentes (senhorial, real e eclesiástica) administrarem, concomitantemente, leis

hoje percebidas como civis e criminais.¹⁷ Tratar-se-ia de um modelo não vertical de judiciário em que a autoridade não remove nem substitui a parte lesada. Uma forma regrada¹⁸ de conduzir uma guerra, cujo sentido não era oposto ao de justiça ou de paz, na lição de Foucault.¹⁹

Esse retrato jurídico inicial vai sofrendo paulatina alteração com o avançar da Idade Média. As três jurisdições mencionadas deixam de apenas coexistir para patrocinar um movimento de expansão umas contra as outras, por motivos econômicos (obtenção do *peacemoney*) e políticos.²⁰ Os teóricos do rei engajavam-se, assim, na elaboração de discursos que o colocassem como representante do interesse comum, a quem incumbia a segurança e a justiça. Importa-se, assim, a perspectiva de um direito imperial diretamente do *corpus juris civilis*: “o rei pode geralmente fazer tudo quanto pertença ao direito imperial”.²¹ Em princípio o rei só tinha jurisdição sobre os domínios reais e apenas se ocupava dos delitos particularmente graves. Com o tempo, todavia, “a lista (de casos reais) se alonga constantemente e não finda jamais”.²²

É nessa época que surge figura até então desconhecida em Roma: a do procurador do rei, o *praeposti in potestatibus nostris*,²³ que representava a porção vítima do rei em cada delito e era também a ele que o autor de um delito deveria reparar (além da vítima). Em se tratando de uma ofensa ao rei, não fazia mais sentido empregar um mesmo rito para as demandas civis e penais, nascendo a ação penal pública e,

via de consequência, uma forma primitiva de Ministério Público.

A concepção de delito sofre, assim, importante inflexão.

Em primeiro lugar, deixa de ser um dano causado a uma vítima específica e passa a ser um ato que, para além do ofendido, atinge o rei. Deixa de ser uma ação, passando a ser uma infração, uma das maiores invenções do pensamento medieval, na opinião de Michel Foucault. Quando o soberano, diretamente ou por meio de seu representante, o procurador, afirma que também ele foi atingido pelo injusto, o ataque passa a ser não mais dirigido a um indivíduo, porém contra a própria lei do Estado.²⁴

O delinquente, por via reflexa, deixa de ser o inimigo do clã para ser o inimigo do rei. Embora sua ação seja dirigida contra um outro sujeito, sua infração (conceito importado do pensamento de Francesco Carrara) é perpetrada contra uma autoridade central que se toma também ela como vítima: “em toda infração há um crime de lesa-majestade e no menor dos criminosos, um pequeno regicida em potencial”.²⁵

Em segundo lugar, não pode mais ser pacificado por meio da composição. Nas palavras de Harry Barnes, “o crime agora visto como uma revolta contra a autoridade pública foi encarado como um desafio aos poderes civil e eclesiástico e uma afronta ao rei. Logo, deveria ser combatido com severidade tremenda”.²⁶ Como efeito, Schmidt²⁷ delineia com clareza tal

inflexão nos reinos germânicos: tome-se como exemplo o *Landfrieden* de 1103, que pune os grandes roubos (superiores a cinco soldos) com a perda das mãos ou dos olhos e os pequenos com penas que incidam sobre a pele ou pêlos.

Com a secularização e unificação da justiça judicial, ensina Álvaro Pires, a expressão lei civil passa a designar o conjunto das leis da República (direito do soberano), em oposição às leis divinas e naturais. Hobbes, no subtítulo do *Leviatã*, assumiria a consciente tarefa de distinguir as leis da república eclesiástica e civil. E a lei penal? Ela seria uma espécie de direito de acompanhamento, no sentido de que cada proibição do direito se faz acompanhar de uma sanção, isto é, de uma lei penal.

Assim, para Pufendorf (1673), o que confere eficácia às leis civis é justamente a sanção penal, sinônima de sanção jurídica, e não de pena aflitiva, em sentido moderno; Hobbes (1649), por sua vez, indica que a lei civil contém duas partes, uma distributiva e outra vindicativa ou pecuniária, “que toca ao criminoso e define as penas devidas a quem transgride as leis”; por fim, Rousseau, um século depois ainda mantém a afirmação de que “as leis criminais são, no fundo, menos uma espécie de lei do que a sanção de todas as outras”.²⁸

Essa inflexão de mundividência tem impactos decisivos na concepção do direito penal. Em primeiro lugar, o delinquente não é mais o inimigo do rei, porém o inimigo da sociedade: “o criminoso é aquele que danifica, que causa problemas para a

sociedade. O criminoso é o inimigo social (...) é o inimigo interno”.²⁹

Não basta ao inimigo da sociedade, como se passava no direito primitivo, reparar o dano ou pagar pela composição do delito. O sujeito passivo da infração passa a ter importância marginal. No *Leviatã*, Hobbes afirma que “se a lei impõe pagar uma certa soma àquele que cometeu um delito, isso não é apenas a satisfação destinada a reparar o mal que ele cometeu; esse pagamento extingue a acusação da vítima, mas não o crime do ofensor”.³⁰ Mais do que isso, não pode o mal infligido ser menor do que a vantagem advinda do crime: “esse mal não se enquadra na definição de castigo” dado que “é da natureza do castigo ter por fim o de dispor os homens a obedecer à lei”.³¹

Imbuído da guerra contra a criminalidade, assim entendida a agressão ao contrato social, o direito penal passa a ter um estatuto privilegiado. “Com tal missão”, conclui Álvaro Pires, “pode-se compreender que ele (direito penal) seja um pouco rude e mais intransigente que os outros (direitos). E pode-se compreender que ele seja obrigado a punir”.³²

A foz desse pensamento é a racionalidade penal moderna, nos termos apresentados anteriormente. Fomos formados, então, crendo que há um ramo do direito capaz de proteger bens jurídicos importantes, aqueles que permitem a coexistência humana, e que combater os inimigos de maneira eficiente e verdadeira é lhes impor sanções criminais.

Trata-se, porém, de uma falácia.

Outro direito penal é possível³⁵

Se se toma o direito penal, porém, sob outro prisma, isto é, não como o ramo do direito orientado à imposição de uma pena, e sim como aquele ramo orientado à solução de situações problema, inclusive, mas excepcionalmente por meio da pena, então o processo penal passa a ser vetor de composição de danos de relação, abrindo-se espaço para uma nova semântica da culpabilidade: não mais a reprovabilidade que exclui o sujeito da relação e o incute uma pesada culpa, porém como a assunção de responsabilidade pelo de relação, sustentada pela capacidade de empatia e envolvimento.

Para tanto, poder-se-ia reorganizar os papéis dos atores ofensor, vítima e Estado. Basta que o delito seja compreendido como uma ofensa culpável³⁴ a um bem jurídico, cujo detentor é uma vítima;³⁵ o Estado, representado no sistema de justiça criminal, deixa de ser vítima necessária de todas as infrações, e passa a ser simplesmente o mediador dos contendores rumo a uma solução do conflito. Com isso, deixa de se orientar a uma punição, confundindo-se com (ou mesmo substituindo) a vítima, e passa a se orientar à viabilização da pacificação entre vítima e ofensor.

Qual seria, portanto, a função do sistema de justiça criminal? Viabilizar soluções a situações problema em que a missão do direito penal, como poder, e da dogmática, como ciência, sejam máximas, vale dizer,

em que a manutenção do *status quo*, missão inescapável do direito penal, seja buscada evitando-se o emprego da pena em sentido forte.

Abre-se, conseqüentemente, espaço para que a sanção penal passe a ser concebida em padrões outros que o da imposição de dor. Isso porque o sistema penal deixa de ser orientado à proteção de bens jurídicos (ou prevenção de novos delitos) por meio da pena, porém à viabilização de situações problemáticas inclusive, ainda que excepcionalmente, por meio da pena. O central deixa de ser punir, mas encontrar uma solução que preserve o *status quo*, vale dizer, reafirme que determinado bem jurídico é válido (não porque ele é universalmente importante, mas pela simples circunstância de que compõe aquele grupo de bens jurídicos que o legislador, dentro do marco do Estado democrático de direito, escolheu como particularmente importante) ao mesmo tempo que contenha o poder punitivo estatal.

Quebrado o feitiço que une o delito à pena aflitiva, desaparece o encanto que condiciona o pensamento criminal dentro do marco da privação da liberdade, nascendo a possibilidade de introduzir do hermético direito penal (racionalidade penal moderna) outras soluções encontradas por outros ramos do saber, exemplificativamente, mediação, reparação, perdão, procedimentos restaurativos, penas alternativas, composição, transação etc.

A pena, destituída de qualquer função positiva, como já exposto, passa a coexistir

com outras respostas estatais que, despidas da violência do Estado, podem assumir uma função positiva: na medida em que representem uma decisão obtida pelas partes, cujo ponto gravitacional será sempre um direito (que foi ou não, justificadamente ou não, por esse ou aquele autor etc. lesionado), está-se sempre a incutir nos contendores, reciprocamente, por meio de processos dialogais, a validade de um determinado bem jurídico em uma sociedade dada. Dito de outra forma, tais decisões tendem a reforçar a democracia, na medida em que reforçam os contornos, de acordo com a percepção dos próprios contendores, do que seja o Estado democrático de direito. Do ponto de vista individual, como consequência do abandono da busca incessante por um culpado, em prol da busca de um ou mais responsáveis, abre-se espaço para um exercício ético, que poderá também ele reverter em ganhos individuais e sociais, sugerindo nova função positiva.

A culpabilidade, até aqui entendida como mera reprovação, também alcançaria novo *status*, abrindo-se espaço para um modelo de envolvimento em detrimento do atual modelo de expiação, como bem o pondera Beristain.³⁶ Expiar é “reparar, remir (um crime, pecado ou falta) por meio da penitência ou castigo”.³⁷ Essa ideia foi desenvolvida com profundidade por Theodor Reik, para quem o direito penal está baseado em uma dupla função da pena, a saber, satisfazer: (i) uma necessidade inconsciente: “a pena oferece a satisfa-

ção das necessidades inconscientes de punição que leva a um ato proibido”;³⁸ e (ii) uma necessidade de castigo da sociedade: “a pena pacífica também a necessidade de punição da sociedade por meio da identificação inconsciente com o delinquente”.³⁹ É como se a sociedade projetasse, no delinquente, seus próprios crimes e punindo-o, encontrasse paz para seus próprios sentimentos de culpa.

A culpa pode, entretanto, assumir um novo *locus*. É possível valer-se da dimensão reparadora do sentimento de culpabilidade, notadamente em sua versão positiva formulada por Winnicott, sob a denominação de envolvimento, ou seja, “a capacidade de o indivíduo se responsabilizar pessoalmente pela destrutividade que existe dentro dele”. Envolve, afirma Sá, “maior integração dos impulsos contraditórios, maior desenvolvimento do senso de responsabilidade, e não há se falar em angústia ou ansiedade. De fato, ‘sentir-se culpado por’ tem uma conotação diversa de ‘sentir-se responsável por’”, que “sugere capacidade de se envolver, de se colocar no comando dos próprios atos”.⁴⁰ Tal conceito, acrescente-se, não é mera capacidade de responsabilização pelos atos praticados, como sinônimo de autoria. Mais uma vez ensina Sá que se trata:

antes de tudo (d)a capacidade de assumir a responsabilidade pelas pulsões instintivas que os motivaram. Não se trata unicamente de assumir a responsabilidade pela autoria do ataque feito ao outro, ou do furto, mas de assumir a

responsabilidade pelo ódio subjacente ao ataque, pela voracidade subjacente ao furto, à guisa de exemplos.⁴¹

Nos estreitos limites explicitados, pode-se aproximar a ideia de capacidade de envolver-se com aquela de responsabilizar-se, ambas movidas por uma sadia experimentação de culpa. Podem engendrar, da mesma forma, um desejo de reparação, genericamente concebível como um esforço de restauração ao *status quo ante*. Essas linhas gerais podem ser transportadas para o âmbito jurídico-penal, dando ensejo a uma nova semântica da culpabilidade que deixa de ser uma reprovação, uma rejeição, sendo antes, como propõe Dirk Fabricius, “a relação que, através da ação de um indivíduo, perde seu equilíbrio e passa a necessitar o contrabalanço pelo causador do desequilíbrio”. Trata-se de compreendê-la como “dano de relacionamento”, isto é, que o “desequilíbrio resulta da dor, do dano, do mal causado ao outro”.⁴²

OUTROS CAMINHOS DE RESPONSABILIZAÇÃO

Por tudo quanto exposto, o direito penal clássico, repressivo e expiator não desempenhará nenhuma função positiva no sentido de promover uma democrática transição política no Brasil.

Assim, o julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental n. 153, além de correta do ponto de vista dogmático, também se mostra, em meu

sentir, útil no que diz respeito aos impactos político-criminais.

Triste e empobrecedor, porém, seria secundar a ideia de que com a arguição enterram-se as possibilidades de responsabilização pelos bárbaros crimes cometidos durante a ditadura militar no Brasil. Ao contrário, fechada a porta menos rica e interessante, a do direito penal clássico, permanecem escancaradas outras, capazes sim de engendrar responsabilização, isto é, de tornar os agentes e o Estado senhores de seus atos e de suas consequências.

Paul Van Zyl define Justiça de transição como “o esforço para a construção da paz sustentável após um período de conflito, violência em massa ou violação sistemática de direitos humanos”, cujo objetivo seria “processar os perpetradores, revelar a verdade sobre crimes passados, fornecer reparações às vítimas, reformar as instituições perpetradoras de abuso e promover a reconciliação”.⁴³ Esteban Cuya, meu companheiro de mesa no I Seminário Internacional sobre Acesso à Informação e Direitos Humanos, promovido pelo Arquivo Nacional/Memórias Reveladas, chama a atenção para três de seus componentes básicos: a busca da verdade, a aplicação da justiça e a colocação em prática de medidas de reparação.

O direito à verdade como elemento da Justiça de transição

Sustentei aqui que procedimentos que promovam responsabilização (e não expia-

ção) são muito mais efetivos tanto para a conciliação dos contendores, quanto para a promoção de coesão social e respeito aos bens jurídicos.

É premissa inescapável, assim, de qualquer procedimento de responsabilização a fixação de que o fato (que se pretende imputar a alguém) de fato aconteceu e, mais, aconteceu como conseqüência da ação desejada de alguém e não como um fato incontrolável ou natural.

Decisivo, assim, a previsão do Plano Nacional de Direitos Humanos III (PNDH 3), em sua Diretriz 23, de “reconhecimento da memória e da verdade como direito humano da cidadania e dever do Estado”, dentro do Objetivo Estratégico I: “promover a apuração e o esclarecimento público das violações de direitos humanos praticadas no contexto da repressão política ocorrida no Brasil no período fixado pelo artigo 8º do ADCT da Constituição, a fim de efetivar o direito à memória e à verdade histórica e promover a reconciliação nacional”, da seguinte ação programática: a instituição de um grupo de trabalho com a missão de elaborar projeto de lei que institua Comissão Nacional da Verdade “com mandato e prazo definidos, para examinar as violações de direitos humanos praticadas no contexto da repressão política no período mencionado”.

A constituição do grupo de trabalho não deixa dúvidas quanto ao alcance da verdade: não apenas os órgãos comprometidos com a promoção dos direitos humanos terão assento, como também o Ministério

da Defesa, porta-voz das Forças Armadas. Também os órgãos com cujas atividades o grupo de trabalho estabelecerá coordenação: para além daqueles afeitos ao tema, como a Comissão de Anistia, o grupo de trabalho criado pela portaria n. 567/MD, de 29 de abril de 2009, do ministro de Estado da Defesa.

Reunindo em grupo de trabalho – cuja composição certamente se refletirá quando do desenho da Comissão Nacional da Verdade –, representantes, diretos ou indiretos, dos principais grupos sociais que se antagonizaram durante o período do regime militar (note-se que evito propositalmente, nesse momento da análise, termos como oprimido e opressor: quando sentados à mesa para a construção da verdade, devem perder esses rótulos, sob pena de transformar a Comissão em um processo judicial de partes, o que seria lamentável já que, aqui, não se buscam condenados ou condenações, porém uma verdade oficial acerca de fatos).

Essa verdade oficial é, em meu sentir, ponto de partida de qualquer processo de Justiça de transição, e promove, *per se*, justiça.

Muitos militantes de esquerda foram considerados loucos, afetados por síndromes de perseguição, desenvolveram distúrbios psicológicos, muito frequentemente recorrendo ao suicídio. De outro lado, não são poucas as vozes que buscam um abjeto revisionismo histórico, ora buscando identificar os referidos militantes como terroristas, ora abrandando a ditadura brasileira.

É uma questão de justiça oficializar que sob a égide do Estado brasileiro incontáveis crimes foram cometidos em excesso ao que se poderia – de maneira sempre muito frágil e questionável – denominar de crimes políticos. Notadamente, é preciso que haja reconhecimento público, estatal, de que pessoas foram torturadas, sexualmente violentadas, brutalmente assassinadas; é preciso que o Brasil assuma e lamente ter fomentado o desaparecimento forçado de pessoas e a ocultação criminosa de cadáveres.

O reconhecimento do fato, e do erro, é ingrediente sem o qual não se pode promover reconciliação. Do contrário, em torno de que se reconciliariam?

A atribuição de responsabilidade como elemento central da promoção de justiça

O simples escancarar dos fatos, com a divulgação pública dos nomes dos agentes da repressão, promoverá *per se* algum grau de responsabilização.

O controle social – e é disso que falamos, em síntese, quando se fala em aplicação de sanções aos transgressores de normas – mais efetivo sempre foi e sempre será o controle social informal, “qual seja, um vasto, multiforme e organizado sistema de apelos, sanções, prescrições, usos, e estruturas concentrados para dirigir o comportamento de seus membros dentro de normas culturalmente definidas”.⁴⁴

A revelação de que A torturou B submeterá A ao escrutínio público. Ele será desnudado em seus círculos de relação, com especial importância em sua família, como um cri-

minoso de Estado. Terá de se haver com o questionamento de seus netos, amigos, funcionários etc. A mera existência de A impedirá o sucesso dos revisionistas, e manterá viva a sensação de que os torturadores não são entidades abstratas, etéreas, porém pessoas de carne e osso, quando não um vizinho. Avivará o desagradável incômodo de que o mal, ao fim e ao cabo, é infligido, massivamente, por Eichmanns.

Mas há outra dimensão da responsabilização que vem sendo tentada, em meu ver, com muito mais eficiência do que a aplicação da lei penal poderia ter e que, com a fixação da verdade pela Comissão, poderá ser mais amplamente empregada e quiçá, com maior respaldo legal: a declaração de responsabilidade civil dos agentes da repressão.

Em 2008, Janaína, Edson Luís e Maria Amélia de Almeida Teles, César Augusto Teles e Criméia Alice Schmidt de Oliveira ajuizaram ação civil declaratória, com o seguinte pedido: que o general Carlos Alberto Brilhante Ustra fosse oficialmente reconhecido como torturador. A ação foi julgada procedente pelo juiz Gustavo Santini Teodoro, da 23ª Vara Cível de São Paulo, mas posteriormente reformada e cassada.

O sítio institucional do Ministério Público Federal da 3ª Região elenca seis ações de natureza semelhante. Nelas, buscam-se providências cíveis para casos paradigmáticos da violência do Estado militar: DOI-CODI/SP, Manoel Fiel Filho, Ossadas de Perus, Desaparecidos Políticos (IML/DOPS/Prefeitura de São Paulo), Policiais Cíveis no DOI-CODI e Oban.

Infelizmente, a resistência e o conservadorismo do Poder Judiciário também se fazem sentir nesse assunto. Vale, porém, o registro, no caso das Ossadas de Perus, de que o magistrado deferiu pedido de tutela antecipada para reestruturar a Comissão Especial de Mortos e Desaparecidos Políticos, contratar laboratório especializado em realização de exames de DNA, designar equipe de profissionais do IML apenas para tais ossadas, com prazo de trabalho de 180 dias.⁴⁵ A decisão encontra-se com efeitos suspensos, por decisão do Tribunal Regional Federal da 3ª Região.

Por fim, é preciso registrar que já existem importantes iniciativas em curso com vistas à promoção de justiça, no sentido aqui empregado, merecendo destaque a Comissão de Anistia, que vem promovendo, dentre outros, reparação aos perseguidos políticos em geral.

CONCLUSÕES

O Brasil precisa e merece se reconciliar com seu passado.

O simples fato de uma candidata à Presidência da República, presa e torturada no regime militar, ter esse acon-

tecimento usado contra si, com ares de terrorista, mostra como ainda não fizemos nossa lição de casa nesse assunto.

Os instrumentos de Justiça de transição, bastante tardios no Brasil, chegaram em momento tal que o direito penal já não mais pode ser empregado. Do meu ponto de vista, isso não é uma perda, pois o direito penal tem efeito puramente simbólico e não serve nem à responsabilização, nem à reconciliação.

Bem verdade que seria possível pensar em outro direito penal, cujas linhas gerais apresentei aqui. A reconstrução da pena, porém, serviu antes à sensibilização do leitor, à artificialidade em tomar-se o clamor por responsabilização como um clamor por punição.

Acredito que as medidas de busca da verdade, de um lado, e de reparação do outro, seja pela via judicial, seja pela via da Comissão de Anistia, de outro lado, servem com maior eficiência a esse intento, sublinhando desde já o papel decisivo que a Comissão Nacional da Verdade terá na consolidação desse processo.

N O T A S

1. Disponível em: <http://www.memoriasreveladas.arquivonacional.gov.br>. Acesso em: 13 nov. 2010.
2. PERRONE-MOISÉS, Cláudia. Leis de anistia em face ao direito internacional: desaparecimentos e direito à verdade. In: PIOVESAN, Cláudia. *Direitos humanos, globalização econômica e integração regional: desafios do direito constitucional internacional*. São Paulo: Max Limonad, 2002, p. 287.
3. A Assembleia Geral da ONU, na resolução n. 47/133, de 18 de dezembro de 1992, assim definiu o desaparecimento forçado: detenção, prisão ou traslado de pessoas contra a sua vontade, ou privação da liberdade dessas pessoas por alguma outra forma, praticada por agentes governamentais de qualquer setor ou nível, por grupos organizados ou por particulares atuando em nome do governo ou com seu apoio direto ou indireto, com sua autorização ou com seu consentimento, e que se neguem a revelar o destino ou o paradeiro dessas pessoas ou a reconhecer que elas estão privadas da liberdade, subtraindo-as, assim, da proteção da lei.
4. Art. 1º. É concedida anistia a todos quantos, no período compreendido entre 2 de setembro de 1961 e 15 de agosto de 1979, cometeram crimes políticos ou conexos com estes, crimes eleitorais, aos que tiveram seus direitos políticos suspensos e aos servidores da administração direta e indireta, de fundações ligadas ao poder público, aos servidores dos Poderes Legislativo e Judiciário, aos militares e aos dirigentes e representantes sindicais, punidos com fundamento em atos institucionais e complementares.

§ 1º. Consideram-se conexos, para efeito deste artigo, os crimes de qualquer natureza relacionados com crimes políticos ou praticados por motivação política.
5. *Estado de São Paulo*, versão eletrônica de 30 de abril de 2010, um dia após o julgamento pelo Supremo Tribunal Federal.
6. DEBUYST, Christian; DIGNEFFE, Françoise; LABADIE, Jean-Michel; PIRES, Álvaro P. *Histoire des savoirs sur le crime & la peine*. Montreal: De Boeck, 1996, v. 1, p. 4-51.
7. TANGERINO, Davi. *Culpabilidade*. Rio de Janeiro: Campus Elsevier, 2010, p. 36-37.
8. Idem, ibidem, p. 13 e ss. O tema foi aprofundadamente tratado.
9. Assim o sugeria, aliás, sua etimologia. Álvaro Pires chama atenção para a semântica da palavra crime, que se origina do vocábulo latino (*crimen*), que significava, em sua origem, decisão judicial. *Crimen*, por sua vez, remonta ao *krimein* (grego), cuja tradução é julgar, escolher, separar. "A palavra crime não designa diretamente uma ação, um ato ou um comportamento particular, mas, sobretudo, o ato de julgar um comportamento dentro dos contornos de um processo institucional de natureza judiciária" (DEBUYST, Christian et al., op. cit., p. 16-17).
10. ZAFFARONI, Eugenio Raul. *Manual de derecho penal*. Parte general. Buenos Aires: EDIAR, 1999, p. 143.
11. MANZINI, Vincenzo. *Tratatto di diritto penale italiano*. 5. ed. Torino: UTET, 1981, t. I, p. 64.
12. SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. 170 anos e legislação penal brasileira: as luzes na Constituição de 1824 e no Código Criminal do Império. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 8, v. 32, out.-dez. 2000, p. 167.
13. VON BAR, Carl. *History of continental criminal law*. New York: Augustus M. Kelley, 1968, p. 65.
14. JEFFERY, Clarence Ray. Crime in early English society. *The Journal of Criminal Law, Criminology and Police Science*, Chicago, v. 47, n. 6, mar./abr. 1957, p. 647-666.
15. SCHMIDT, Eberhard. *Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege*. Göttingen: Vandenhoeck&Ruprecht, 1965, p. 24-25.
16. ESMEIN, A. *Histoire de la procédure criminelle en France: et spécialement de la procédure inquisitoire depuis le XIII siècle jusqu'a nos jours*. Paris: Topos Verlag AG: Vaduz e Librairie Edouard Duchemin, 1882, p. 44.
17. Idem, ibidem, p. 3.
18. Tanto era regrada que conhecia limites. Tissot exemplifica que a vingança de um homicídio deveria respeitar a inviolabilidade do domicílio do assassino, barreira que, se franqueada, deveria ser punida com a sanção pecuniária reservada ao homicídio cometido sem premeditação. Havendo indícios de que a vingança tivesse sido premeditada, dobrava-se a reprimenda (ESMEIN, A., op. cit., p. 44).

19. FOUCAULT, Michel. La verité et les formes juridiques. In: _____. *Dits et écrits*. Paris: Gallimard, 1974, t. II, p. 538-646.
20. DEBUYST, Christian et al., op. cit., p. 19-20.
21. ESMEIN, A., op. cit., p. 22.
22. Idem, ibidem, p. 23.
23. Idem, ibidem, p. 8.
24. FOUCAULT, Michel, op. cit., p. 580.
25. FOUCAULT, Michel. *Surveiller et punir: naissance de la prison*. Paris: Gallimard, 1975, p. 57.
26. BARNES, Harry Elmer. *The story of punishment*. Boston: The Stratford Company, 1930, p. 52.
27. SCHMIDT, Eberhard, op. cit., p. 57. Para o caso francês, esclarece Esmein que para o retorno ao *status quo ante* seria preciso a punição rigorosa do inimigo: "o sistema de composições pecuniárias havia desaparecido; os delitos eram, de acordo com sua gravidade, punidos com penas aflictivas cruéis, ou com multas que aproveitavam aos senhores". Cf. ESMEIN, A., op. cit., p. 43.
28. DEBUYST, Christian et al., op. cit., p. 27-30.
29. FOUCAULT, Michel. La verité et les formes juridiques. In: _____. *Dits et écrits*, op. cit., p. 590.
30. DEBUYST, Christian et al., op. cit., p. 37.
31. Idem.
32. Idem, ibidem, p. 48.
33. De maneira mais aprofundada, TANGERINO, Davi, op. cit., p. 216 e ss.
34. Emprega-se a expressão culpável ainda sem definir-lhe conteúdo, que será feito apropriadamente, apenas para evitar a sensação de que dela abrir-se-ia mão.
35. Havendo, portanto, hipóteses em que o Estado venha a ser a vítima direta de um delito, como no caso de delitos tributários.
36. BERISTAIN, A. Aproximación jurídica, criminología, victimiologica y teologica a los jovenes infractores. *Derecho Penal y Criminología*, Bogotá, v. 37, n. 11, p. 127-150, 1989 apud SÁ, Alvinio Augusto de. Algumas ponderações acerca da reintegração social dos condenados à pena privativa de liberdade. In: _____. *Criminologia clínica e psicologia criminal*. São Paulo: RT, 2007, p. 144.
37. AULETE, Caldas. *Dicionário contemporâneo da língua portuguesa*. Rio de Janeiro: Delta, 1964. v. 2.
38. REIK, Theodor. Geständniszwang und Strafbedürfnis. In: MOSER, Tilmann (org.). *Psychoanalyse und Justiz*. Frankfurt: Suhrkamp, 1971, p. 133.
39. Idem, ibidem, p. 133-134.
40. SÁ, Alvinio Augusto de. Privação emocional e delinquência. In: _____. *Criminologia clínica e psicologia criminal*. São Paulo: RT, 2007, p. 73.
41. Idem, ibidem, p. 75.
42. FABRICIUS, Dirk. *Folter und unmeschliche Behandlung in Institutionen: Feldeffekte und Schuldfähigkeit als kriminogene Faktoren*. Hamburg: Merus, 2006, p. 39.
43. VAN ZYL, Paul. Promovendo a justiça transicional em sociedades pós-conflito. *Revista Anistia Política e Justiça de Transição*, n. 1, p. 33, jan.-jun. 2009.
44. HOLLINGSHEAD, A. B. Controle social. In: PIERSON, Donald. *Estudos de organização social*. São Paulo: Martins, 1979, t. II, cap. 23, p. 397.
45. Processo n. 2009.61.00.00.025169-4, 6ª Vara Federal Cível de São Paulo.

R E S U M O

O clamor vivenciado no Brasil com a responsabilização dos agentes estatais pelos crimes cometidos durante a ditadura militar vem sendo entendido sempre como punição por meio do direito penal. A decisão do STF na ADPF n. 153 mostrou que o direito penal não pode mais ser empregado. Sustenta-se ser possível e até mais desejável outros instrumentos de responsabilização.

Palavras-chave: responsabilização; pena; culpa.

A B S T R A C T

The claim for the responsibility of public agents who committed crimes during the Brazilian dictatorship has been usually understood as a claim for criminal responsibility. The Supreme Court decision based on the ADPF n. 153 showed, however, that criminal law is no longer an option due to the amnesty pardon that was granted in 1979. I here sustain that it is both, possible and desirable, to use other instruments of responsibility in the civil realm.

Keywords: responsibility; penalty; guilt.

R E S U M É N

El grito vivió en Brasil para la rendición de cuentas de los funcionarios estatales por delitos cometidos durante la dictadura militar siempre ha sido entendida como un castigo a través de la ley penal. La decisión de la Suprema Corte en ADPF n. 153 mostraron que el derecho penal ya no puede ser empleado. Se afirma que es posible y deseable para la mayoría de los demás instrumentos de rendición de cuentas.

Palabras claves: rendición de cuentas; pena; culpa.

Recebido em 18/1/2011

Aprovado em 2/2/2011