



A (in) adequação brasileira ao conceito de justiça de transição: da ADPF n. 153 ao caso Gomes Lund

Tatiana de A. F. R. Cardoso Squeff¹

Carolina Fernandez Fernandes²

Vicente José Zanchim Filho³

Eduardo Santos Crestani⁴

Tatiana do Amaral Franceschi Gomes⁵

Artigo submetido em: 18/02/2016

Aprovado para publicação em: 22/03/2016

Resumo: O presente escrito, utilizando-se do método dedutivo e com o auxílio do procedimento histórico, tem como objetivo central estudar a adequação da aplicação do conceito internacional ‘Justiça de Transição’ no Brasil, sobretudo, quanto à validade da Lei Federal n.º 6.683 de 1979 – a Lei de Anistia. Para tanto, promove um debate entre duas decisões judiciais conflitantes: a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 153, proferida pelo STF, e a sentença do caso Gomes Lund e Outros vs. Brasil, adotada pela Corte Interamericana de Direitos Humanos. E a partir do entendimento colidente adotado por esses tribunais, nasce uma nova abertura ao diálogo e à pesquisa sobre a punição penal dos crimes cometidos pelos agentes estatais durante a ditadura brasileira. Afinal, conforme a doutrina pátria, a leitura das leis brasileiras deveria ocorrer com base nos Tratados de Direitos Humanos firmados internacionalmente por esse Estado, denotando a incongruência brasileira quanto ao tema.

¹ Doutoranda em Direito Internacional pela UFRGS (2014). Mestre em Direito Público pela Unisinos, com bolsa CAPES (2012). Pós-graduada em Relações Internacionais pela UFRGS (2015), em Direito Internacional pela UFRGS (2009) e em Língua Inglesa pela Unilasalle (2008). Professora de Direito Internacional da graduação em Direito do UniRitter, da Unifin e da UFRGS. E-mail: tatiafrcardoso@gmail.com

² Mestre em Direito Público pela Unisinos (2011). Graduada em Direito pela PUCRS (2006). Pesquisadora assistente do Laboratório de Pesquisa em Bioética e Ética na Ciência do Hospital de Clínicas de Porto Alegre. Professora de Direito Civil da graduação em Direito do UniRitter. Advogada. E-mail: carolinafernandezfernandes@gmail.com

³ Pós-Graduado em Direito Processual Civil pela UFRGS (2015). Graduado em Direito pelo UniRitter (2013). Secretário de Desembargador no TJRS - 16ª Câmara Cível. E-mail: vzanchim@tj.rs.gov.br

⁴ Graduado em Direito pelo UniRitter (2014). Advogado. E-mail: eduardo.crestani@live.com

⁵ Graduada em Direito pelo UniRitter (2014). Advogada. E-mail: ati_tafg@hotmail.com

Palavras-chave: ADPF 153; Anistia; Controle de Convencionalidade; Gomes Lund; Justiça de Transição.

Brazilian (in) adequacy for transitional justice concept: The ADPF n. 153 case Gomes Lund

Abstract: The main purpose of this work is to study through the deductive method and based on the historical procedure, the adaptation of Brazil to adequate itself to the international concept 'Transitional Justice', particularly as to the validity of the Federal Law No. 6683 of 1979 – the 'Amnesty Act'. To this end, it promotes a debate between two conflicting decisions: the 'Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental' No. 153, issued by the Brazilian Supreme Court, and the Gomes Lund and Others vs. Brazil, adopted by the Inter-American Court of Human Rights. From the colliding understanding adopted by these courts, there are newer possibilities to discuss and research the criminal punishment of crimes committed by state agents during the Brazilian dictatorship. After all, in accordance to the Brazilian doctrine, Brazilian law should only be applied if not conflicting with international human rights treaties signed by the State, denoting, at the end, Brazil's inconsistency on the subject.

Keywords: ADPF 153; Amnesty; Conventionality Control; Gomes Lund; Transitional Justice.

1. INTRODUÇÃO

Discutir sobre as ditaduras militares na América Latina não é fácil, afinal, todos os países que passaram por um período de chumbo apresentam cicatrizes até os dias atuais, haja vista a massiva violação de direitos cometida pelos governos à época. O Brasil não poderia ter sido diferente: dentre os anos de 1964 e 1985 vivera uma época trágica para os direitos fundamentais e liberdades básicas do homem, dada as constantes e cruéis violações cometidas pelos militares.

No entanto, em 1979, através da edição da Lei de Anistia, começou-se a debater a possibilidade não só de alteração quanto à forma de governo, como também da viabilidade de punir os indivíduos que tolheram os direitos humanos alheios em meio à repressão. Ocorre que a decisão tomada fora de que a referida lei *proibira* a punição de quaisquer indivíduos envolvidos direta ou indiretamente aos crimes cometidos durante a ditadura – decisão essa que se mantém hodiernamente no plano brasileiro, tendo tido a mesma a sua constitucionalidade confirmada pela mais alta Corte nacional.

Posição essa que, entretanto, não se coaduna à Justiça de Transição, para a qual além de buscar a verdade, devem-se introduzir mudanças nas instituições ligadas aos

tempos de chumbo, reparar as vítimas em sua memória aos fatos, e punir os envolvidos. E é nesse dilema onde justamente está inserida a problemática do presente trabalho: como fazer o Brasil adequar-se à Justiça de Transição considerando a sua constitucionalidade?

Para responder a tal questionamento, o presente trabalho não irá apenas expor uma evolução dos acontecimentos históricos que levam do sistema ditatorial à democracia, como também irá narrar a Ação de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) de n. 153, cujo objeto era justamente verificar se a referida Lei da Anistia – conjunto normativo considerado essencial para a transição – havia sido recepcionada pela Constituição Federal de 1988.

Na sequência o texto direcionar-se-á a análise do caso *Gomes Lund e outros vs. Brasil*, mais conhecido como ‘Guerrilha do Araguaia, julgado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos. Isso porque, nesse caso, o Brasil é questionado quanto a não realização da Justiça de Transição em seu território de forma completa, já que, ao não declarar a inconstitucionalidade da Lei de Anistia, não é possível punir indivíduos que tenham cometido crimes durante a ditadura militar. Após, direcionando-se ao final, o texto irá abordar os desdobramentos do referido caso no plano doméstico, já que ela tentou fazer com que o Brasil seguisse a mesma linha que os demais países no continente, revogando as suas referidas leis.

Para tanto, utilizando-se do método dedutivo e com o auxílio dos procedimentos histórico, bibliográfico e documental, será realizada uma revisão crítica da literatura jurídica existente sobre o tema, a fim de explicar o motivo pelo qual a resposta brasileira às violações de Direitos Humanos ocorridas durante a ditadura militar não é adequada ao conceito de ‘Justiça de Transição’.

2. A ‘LEI DE ANISTIA’ NO CONTEXTO TRANSICIONAL BRASILEIRO: ENTRE A SUA RECEPÇÃO PELA CONSTITUIÇÃO À SUA INCOMPATIBILIDADE AOS TRATADOS INTERNACIONAIS.

O processo de transição no Brasil, inicialmente, caracterizava-se pelo forte controle do regime sobre a democracia, que nascia de forma insurgente. Em meio a manifestações populares reivindicando aprovação de uma lei de anistia “ampla, geral e irrestrita”, que

alcançasse todos a todos, mesmo aqueles envolvidos em luta armada, o regime ditatorial valeu-se de mecanismos o discurso do medo⁶, para manter-se no controle da transição.⁷

Apesar disso, com a crescente resistência populacional, não poderia o governo mais ignorar esses sentimentos; porém, ao invés de aceitar a proposta de anistia plena, disseminou a ideia de que a anistia restrita era o caminho natural a seguir.⁸ Assim, em julho de 1979, o Congresso Nacional, então composto por um terço de parlamentares indicados pelo Poder Executivo, aprovou o projeto da ‘Lei de Anistia’ transformando-o em Lei – Lei Federal n. 6.683/79 – a qual contemplaria a anistia de forma “parcial”. Esta, como expresso no artigo primeiro da referida lei, objetivava apenas anistiar os opositores políticos do Regime Militar, excluindo, porém, os agentes públicos em razão da natureza “comum” dos crimes por eles cometidos à sua época.⁹

Entretanto, a pressão social voltou a crescer com o aumento das evidências de que as mortes e desaparecimentos eram levados a cabo por agentes estatais deliberadamente, levando-se a questionar a legalidade dessa Lei, sob o argumento de que ela viola preceitos fundamentais assentados na Constituição de 1988, não tendo sido, portanto, recepcionada pela atual Carta Magna brasileira, gerando fortes discussões no âmbito do Direito Constitucional pautadas em argumentos ético-jurídicos, especialmente quanto à violação da dignidade da pessoa humana, tida como o “fundamento de todo o sistema universal de direitos humanos e do sistema constitucional brasileiro instaurado em 1988”.¹⁰

Com isso, nesse ponto, busca-se compreender a justiça transicional brasileira, debatendo-se sucintamente alguns dos principais textos normativos que impulsionaram a difusão da violência durante a ditadura no Brasil a fim de contextualizar-se o surgimento da ‘Lei de Anistia’ pátria, bem como expor os argumentos que levaram a propositura de uma Ação de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF), na tentativa

⁶ Cf. WERMUTH, Maiquel Ângelo D. Medo, direito penal e controle social. **Revista Da Faculdade De Direito**. Uberlândia, UFU, v. 39, n. 1, 2011.

⁷ ABRÃO, Paulo. **Justiça e Memória: Direito à justiça, memória e reparação: a condição humana nos estados de exceção**. Editora IFIBE, 2012, p. 203 e ss.

⁸ GENRO, Luciana K. **Direitos Humanos: o Brasil no banco dos Réus**. São Paulo, LTr, 2012, p. 31.

⁹ *Idem*, p. 35; BRASIL. **Lei Federal n. 6683**. 1979. Concede anistia e dá outras providências. Art. 1(§1º).

¹⁰ OAB- CONSELHO FEDERAL. **Petição inicial da Arguição De Descumprimento De Preceito Fundamental n. 153**. 2008. p. 11. Disponível em: <www.conjur.com.br/2008-out-21/leia_acao_oab_anistia_torturadores>. Acesso em 16 dez. 2015.

de estabelecer a obrigação de julgar todos aqueles que cometeram crimes de lesa-humanidade¹¹ na época ditatorial nacional.

2.1 Da Ditadura à Democracia: o fim das violações de direitos humanos pela introdução da ‘Justiça de Transição’ no Brasil?

Quando se objetiva desenvolver uma pesquisa acerca da justiça transição brasileira, imperativo citar que a ditadura militar brasileira foi muito restritiva no que tange ao gozo dos direitos fundamentais dos cidadãos que habitavam o país. Por meio dos Atos Institucionais, diversos direitos inerentes à pessoa, positivados nas Cartas Constitucionais brasileiras anteriores, foram violados sob o pretexto da ameaça comunista. Nesse sentido, a título exemplificativo, impende ressaltar algumas dessas restrições impostas a partir das suas edições, de modo que se contextualize, mesmo que superficialmente, os Anos de Chumbo vividos no Brasil.

Inicialmente, cabe citar o Ato Institucional n. 01, imposto em 09 de abril de 1964 pela Junta Militar, cassando os direitos políticos de inúmeras pessoas, dentre elas 102 (cento e dois) brasileiros, dentre os quais estavam Goulart, Brizola, Jânio Quadros, Miguel Arraes e Luís Carlos Prestes.¹² Em que pese esse mesmo documento ter instituindo eleições para 03 de outubro de 1965, o general Humberto de Alencar Castelo Branco, empossado em 11 de abril de 1964 para terminar o mandato de cinco anos já iniciado em 31 de Janeiro de 1961 por Jânio Quadros, não só teve seu mandato prorrogado, como também suspendera as eleições estabelecidas, levando a edição do Ato Institucional n. 02 em 27 de outubro de 1965.¹³

Este Ato, ao seu turno, aboliu a Constituição de 1946, alegando que parte de seus dispositivos eram incompatíveis com o regime e ampliou os poderes designados ao

¹¹ O conceito de crimes contra a humanidade (ou de lesa-humanidade) tivera a sua primeira previsão no Acordo de Londres, de 08 de agosto de 1945, “que instaurou o tribunal militar para o julgamento dos maiores crimes de guerra, conhecido por Tribunal de Nuremberg”. No entanto, foi com o advento do Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional de 1998 (promulgado no Brasil pelo Decreto n. 4.388/02), especificamente em seu artigo 7, que os crimes de lesa-humanidade vieram a ser completamente definidos. MAZZUOLI, Valério de Oliveira. Crimes da ditadura militar: a ADPF 153 e a Corte Interamericana de Direitos Humanos. GOMES, Luiz Flávio; MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Crimes da Ditadura Militar: uma Análise à Luz da Jurisprudência Atual da Corte Interamericana de Direitos Humanos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 88.

¹² MUNTEAL FILHO, Oswaldo; FREIXO, Adriano de; VETAPANE, Jacqueline. **Tempo negro, tempsetado sufocante: Estado e Sociedade no Brasil do AI-5**. Rio de Janeiro: Ed. PUC-Rio, 2008, p. 16

¹³ *Idem*, p. 16-17.

Presidente da República, colocando o país nas mãos da Justiça Militar, permitindo que o poder Executivo legislasse por meio de Decreto-lei, bem como a interviesse nos Estados e Municípios, intensificando o autoritarismo.¹⁴ E mesmo com a edição da Constituição de 1967, cujas origens estão no Ato Institucional n. 04 de dezembro de 1966 convocando o Congresso Nacional para elaborá-la, os direitos tornavam-se cada vez mais exíguos, eis que por meio dela incorporaram-se os Atos Institucionais e complementares já existentes, criando desta maneira uma hierarquia constitucional centralizada, seguida pela Lei de Imprensa, que censurava a liberdade de pensamento e informação.¹⁵

A violência extremada, de fato, chegou com a entrada em vigor do Ato Institucional n. 05 editado pelo Ministro da Justiça Luís Antônio da Gama e Silva, que dava o poder de cassar mandatos, intervir em estados e municípios e suspender direitos políticos de qualquer pessoa, ao Presidente da República, além de instituir a tortura nas práticas estatais, muito em razão de greves operárias e de manifestações estudantis levadas a cabo em outubro de 1966, quando da chegada de Costa e Silva ao poder por meio de eleições indiretas.¹⁶ A saber, o Ato Institucional n. 05 suspendeu o *Habeas Corpus* para os crimes políticos e proibiu protestos por motivos políticos, censurou jornais oposicionistas ao regime militar, bem como livros e obras revolucionárias.¹⁷

Quando Costa e Silva foi afastado vítima de um derrame em agosto de 1969, o controle do país foi assumido por outra Junta Militar¹⁸, acelerando “a escalada repressiva”, inclusive, institucionalizando “a tortura, que se tornaria uma prática comum nos porões da ditadura” e permitindo a “pena de morte para os casos de guerra externa psicológica, revolucionária ou subversiva” por meio do Ato Institucional n. 14.¹⁹ Emílio Garrastazu Médici, o terceiro General-Presidente, empossado em 30 de dezembro de 1969, daria “início àquele que talvez tenha sido o período mais repressivo da história do Brasil”, uma

¹⁴ BUENO, Eduardo. **Brasil: Uma História: Cinco Séculos de Um País em Construção**. São Paulo: Leya, 2010, p. 386.

¹⁵ *Idem*, p. 387-388.

¹⁶ NETO, Cláudio Pereira de Souza; SARMENTO, Daniel. Binenbojm, Gustavo. **Vinte Anos da Constituição Federal de 1988**. Rio de Janeiro: Ed. Lumens, 2009, p. 511; MUNTEAL FILHO; FREIXO; VETAPANE, *op cit.*, p. 119-121.

¹⁷ *Idem*, p. 388 e 391.

¹⁸ Não obstante, a Constituição de 1967, outorgada pelo próprio regime militar, previa que, em tal situação, o vice-presidente (no caso, Pedro Aleixo, que era civil, e não militar) assumiria o cargo de presidente – fato esse que só viria a ser alterado com o Ato Institucional n. 16, que declarava vagos os cargos de presidente e vice. BUENO, *op cit.*, p. 391-392.

¹⁹ *Idem*, p. 391.

vez que a linha-dura aplicada na nação, que até então atuava às escondidas, personificava-se na pessoa do chefe do regime, tornando todos os atos de barbaridade mais explícitos.²⁰

Assim, cresciam na década de 1970 os grupos de resistência armada de esquerda como a Aliança Nacional Libertadora (ANL), a Vanguarda Popular Revolucionária (VPR), o Movimento Revolucionário Oito de Outubro (MR-8) e a Vanguarda Armada Revolucionária Palmares (VAR-Palmares).²¹ Concomitantemente com a luta armada urbana, a guerrilha também eclodia no campo, voltando-se especialmente para a região do Araguaia.²² Apesar disso, como toda ação gera uma reação, surge conseqüentemente a Operação Bandeirantes (Oban), os Destacamentos de Operações e Informações (DOIs) e dos Centros de Operações de Defesa Interna (CODIs), órgãos que, coordenados pelo Centro de Informações do Exército (CIE), estavam à disposição do governo no combate à guerrilha urbana.²³

O clima de intenso conflito e de violação contínua de direitos só viria a acalmar-se com a posse de Ernesto Geisel em 1974, pertencente à ala moderada dos militares. O país tendia a abrir-se lentamente e gradualmente à democracia.²⁴ Apesar disso, somente no mandato do quinto e último General-Presidente, João Batista de Oliveira Figueiredo, é que a concretização efetivamente iniciar-se-ia. Isso porque, em menos de seis meses da sua chegada à Presidência, já assinaria a Lei Federal n.º 6.683, mais conhecida como ‘Lei de Anistia’ – objeto central de análise do presente texto.

Sancionada em de 28 de agosto de 1979, a lei previa em seu artigo primeiro que se concederia anistia a todos aqueles que, no período entre 02 de setembro de 1961 e 15 de agosto de 1979, tivessem cometido crimes políticos, crimes que com estes fossem conexos ou crimes eleitorais, bem como àqueles que tivessem sofrido a suspensão de seus direitos políticos e aos servidores e dirigentes que tivessem sido punidos com fundamento em algum ato institucional, trazendo, em seu parágrafo 1º, o conceito de conexão referido no *caput*, para o fim de anistiar os autores de crimes, *independentemente da natureza desses*

²⁰ *Idem*, p. 392.

²¹ RIDENTI, Marcelo. **O fantasma da revolução brasileira**. São Paulo: ed. UNESP, 1993, p. 29-30.

²² *Idem*, p. 27. BUENO, *op cit.*, p. 395.

²³ *Idem*, p. 394-395.

²⁴ *Idem*, p 397.

crimes, relacionando-se com crimes políticos (mas não na conduta típica) ou praticados por motivação política (grifo nosso).²⁵

Logo, como referido anteriormente, a Lei de Anistia permite que todos aqueles que cometeram crimes políticos puros ou impuros não respondam pelos atos de violência perpetrados. Dito de outro modo, a anistia prevista em tal texto legal significa “considerar retroativamente como não punível um fato previsto e punido pela lei penal”, promovendo-se o esquecimento do ato.²⁶

À época, a ‘Lei de Anistia’ brasileira foi considerada essencial para fazer com que houvesse a devida transição da ditadura à democracia, sem a qual não teria sido possível haver essa modificação de regimes haja vista a pressão dos militares para que esses não fossem julgados.²⁷ Noutros termos, através dessa lei “houve um compromisso com o futuro, sem retaliação com o passado”, de modo que ela não teria sido promulgada de modo diverso, como aduz o ex-ministro do STF, Nelson Jobim.²⁸ E justamente em razão das limitações por ela previstas, essa lei tornou-se um grande empecilho para que o Brasil efetivasse a chamada ‘Justiça de Transição’.

A ‘Justiça de Transição’ pode ser classificada “como o conjunto de esforços jurídicos e políticos para o estabelecimento ou restabelecimento de um sistema de governo democrático fundado em um Estado de Direito, cuja ênfase não recai apenas sobre o passado, mas também numa perspectiva de futuro”.²⁹ Noutros termos, a ‘Justiça de Transição’ está relacionada a não apenas fazer a transformação na sociedade no que tange o seu regime de forma a progredir, como também a resgatar a própria humanidade, estabelecendo um diálogo com a memória³⁰ e a verdade³¹. Portanto, pode-se dizer que ela engloba uma série de “mecanismos, abordagens e estratégias” que consistem em:

²⁵ BRASIL. **Lei Federal n. 6.683**. 1979. Art. 1(§1º).

²⁶ MORAES, Márcia Elayne B. de. **Violações de Direitos Humanos e Responsabilização Penal: Questões Prévias a Lei 6.683 de 1979 (Anistia)**. Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI. São Paulo/Florianópolis: Conpedi, nov. 2009.

²⁷ PIOVESAN, Flávia. Direito internacional dos direitos humanos e lei de anistia: o caso brasileiro. **Revista Anistia, Política e justiça de transição**, Brasília, n. 7, jan./jul 2010.

²⁸ BAINES, Christian. Jobim diz que anistia foi um passo importante, mas que cabe ao Judiciário possível revisão. **Folha de São Paulo**. Notícia veiculada em 28 ago. 2009. Disponível em: <www1.folha.uol.com.br/poder/2009/08/607635-jobim-diz-que-anistia-foi-um-passo-importante-mas-que-cabe-ao-judiciario-possivel-revisao.shtml>. Acesso em 16 dez. 2105.

²⁹ DE STUTZ, Eneá et al. Justiça de Transição, Estado de Direito e Democracia Constitucional. **Sistema Penal & Violência**, v. 2, n. 2, 2011.

³⁰ Entende-se por direito a memória “como parte dos direitos do homem. O direito à informação, com a revolução ocorrida nos arquivos a partir da Segunda Guerra Mundial, transcendeu as fronteiras nacionais -

[...] processar criminosos; estabelecer comissões de verdade e outras formas de investigação a respeito do passado; esforços de reconciliação em sociedades fraturadas; desenvolvimento de programas de reparação para aqueles que foram mais afetados pela violência ou abusos; iniciativas de memória e lembrança em torno das vítimas; e a reforma de um amplo espectro de instituições públicas abusivas (como os serviços de segurança, policial ou militar).³²

Assim, nota-se que ela não é uma justiça (uma jurisdição); porém, ela *faz* justiça por meio de tais mecanismos.³³ Isso porque, ela possibilita o enfrentamento de “um legado de abusos do passado de grande escala para assegurar responsabilidade, exaurir a justiça e obter a reconciliação”.³⁴ De acordo com o direito internacional, existem quatro requisitos mínimos para que ela se perfectibilize: (a) o dever de justiça, (b) a revelação da verdade, (c) a reparação da memória, e (d) a reforma das instituições perpetradoras de violações de direitos básicos.³⁵

não se trata mais de uma questão restrita à cidadania. Diante da magnitude da questão, o Estado tem o dever de zelar pela preservação e pelo compartilhamento, através da divulgação, dos conjuntos documentais que se encontram sob a sua guarda. E, ainda, procurar aquele patrimônio documental que, apesar de produzido por ele, encontra-se desconhecido da sociedade, perdido”. SILVA, J. A. O Centro de Referência das Lutas Políticas no Brasil (1964-1985). **Revista do Arquivo Nacional**. Dossiê Arquivos do regime militar, vol. 21, nº 02, jul/dez 2008, p. 15.

³¹ O direito a verdade significa o direito a ser exposta a realidade dos fatos a alguém “de maneira mais completa possível por meio do esclarecimento circunstancial dos crimes do regime passado, o que implica desvendar a causa, a natureza e a extensão das violações, a maneira como foram planejadas e executadas, as vítimas dos abusos e a investigação dos casos individualmente, os responsáveis por dar as ordens e por cumpri-las”. VASCONCELOS-UFMG, M. G. et al. Justiça de Transição e Direito Internacional: o Direito à Verdade e o Dever do Estado de Processar e Punir Graves Violações aos Direitos Humanos. **E-Civitas**, v. 6, n. 2, 2013.

³² MEZAROBBA, G. **Um acerto de contas com o futuro: a anistia e suas consequências - um estudo do caso brasileiro**. 213p. Dissertação (Mestrado em Ciência Política). Programa de Pós-Graduação em Ciência Política da FFLCH/USP, 2003, p. 37.

³³ Nesse escopo, ‘justiça’ não se referiria ao critério kelseniano do enquadramento (ou não) de certa conduta à lei. Justiça, para a justiça de transição, não poderia afastar a razão tal como queria Kelsen. Ela estaria, por conseguinte, ligada ao critério kantiano, o qual relaciona justiça à liberdade, no sentido de os indivíduos atuarem de forma justa quando não impedirem a liberdade alheia. Isso, pois, no momento em que as forças governamentais restringiram os direitos de outrem, teriam eles agido injustamente. Partindo dessa análise, conclui-se que a justiça de transição não permitira que as injustiças fossem relevadas; pelo contrário, ela tem o condão de realçar tais injustiças de modo que elas não sejam um fardo para o novo arranjo social que se (re)constrói subsequentemente, preservando/recuperando as liberdades dos indivíduos. KELSEN, Hans. **O Problema da Justiça**. 3ª ed. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 16-18; KANT, Immanuel. **A Metafísica dos Costumes**. Trad. Edson Bini. São Paulo: Edipro, 2003, p. 407; SALGADO, Joaquim Carlos. **A idéia de justiça em Kant: seu fundamento na liberdade e na igualdade**. 2ª ed. Belo Horizonte: Ed. UFMG, 1995, p. 280.

³⁴ Cf. OLIVEIRA, Carla; CARDOSO, Diogo. **A Justiça de Transição e a Busca da Implementação da Comissão da Verdade no Brasil**. Anais do XXI Congresso Nacional do CONPEDI. Florianópolis : FUNJAB, 2012.

³⁵ ONU. Conselho de Segurança. **The rule of law and transitional justice in conflict and post-conflict societies**. ONU, ago. 2004 [Doc.S/2004/616]; no mesmo sentido: ABRÃO, Paulo; TORELLY, Marcelo D. Justiça de Transição no Brasil: a Dimensão da Reparação. In: SANTOS, Cecília Macdowell *et al.* **Repressão e Memória Política no Contexto IberoBrasileiro: Estudos sobre Brasil, Guatemala, Moçambique, Peru e Portugal**. Brasil: Ministério da Justiça, Comissão de Anistia/Portugal: Universidade de Coimbra, Centro de Estudos Sociais, 2010, p. 28-2; ABRÃO, *op cit.*, p. 197.

Noutras palavras, pode-se concluir que as medidas do processo de transição podem assumir feições investigativas, a fim de aclarar os fatos, fazendo emergir a verdade, o qual é possibilitado pelo trabalho das Comissões Nacionais e Estaduais da Verdade. Além disso, a transição igualmente busca a reforma transparente das instituições que estavam à frente da nação e que foram responsáveis pelas atrocidades. Por fim, aspectos reparatórios e de ‘justiça’ são também vislumbrados na justiça transitória ao buscar-se a responsabilização *cível* dos responsáveis e do próprio Estado em prol das vítimas e de seus familiares, bem como a responsabilização *penal* daqueles que cometeram crimes durante a ditadura, especialmente em razão das massivas violações de direitos humanos cometidas naquele período.

E ao observar esses requisitos, pode-se afirmar que o processo de ‘Justiça de Transição’ não foi pleno no Brasil, especialmente no tocante a necessidade de punição jurídico-penal, a qual a experiência brasileira tem rumado no caminho inverso. Pela interpretação hoje vigente, representada pelo sentido do acórdão do Supremo Tribunal Federal (STF) na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 153, de que é arguente o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), o esquecimento e o perdão teriam sido a única saída encontrada, à época, para a abertura democrática.

Entendeu-se por meio de que ao Judiciário não seria dado modificar esse quadro. Afinal, o alcance do artigo primeiro, parágrafo primeiro, da ‘Lei de Anistia’ não se permitiria “fazer justiça” por configurar um mecanismo de defesa estatal, haja vista as contingências que poderiam advir se a ameaça comunista realmente viesse a tomar plenamente o poder, sendo esta questão objeto de enorme controvérsia e que será analisado com mais clareza no tópico a seguir.

2.2 A ADPF n. 153 e o necessário ‘Controle de Convencionalidade’.

Diante do controle concentrado de constitucionalidade, existem mecanismos capazes de coibir a inconstitucionalidade de uma lei frente à constituição. Neste enfoque, estamos a tratar de métodos que buscam, de uma maneira mais imediata, atacar esta inconstitucionalidade, possuindo, de tal forma, uma índole objetiva, eis que não estamos a questionar questões subjetivas das partes, muito menos estamos a abordar sobre interessados.

A partir disto, foi abordada e inaugurada, através do artigo 102, parágrafo primeiro, da Constituição Federal de 1988, a competência que versa a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, mas somente vindo a ser regulada na Lei Federal 9.882/99, inserindo-se aos procedimentos já previstos, reforçando, ainda mais, uma tendência de ampliação da jurisdição constitucional concentrada e abstrata.³⁶ Entretanto, diferentemente do que ocorre na Ação Direta de Inconstitucionalidade, a ADPF não visa discutir a constitucionalidade da lei, mas arguir o descumprimento de preceito fundamental, sendo este mais amplo que aquela, e lembrando, também, que a doutrina tem-se posicionado pela teoria da revogação de uma lei pré-constitucional, diante da atual Constituição, e não sobre a inconstitucionalidade superveniente, determinando, desta forma, que o cabimento, quanto a Lei da Anistia, tem-se que observar os liames atinentes à ADPF.³⁷

Há, atualmente, através da interpretação da Lei 9.882/99, dois tipos de arguição de descumprimento de preceito fundamental: num primeiro enfoque, a arguição autônoma, e num segundo momento, a arguição incidental.³⁸ A primeira possui seu fundamento no artigo primeiro, caput, da mencionada lei – a qual busca versar sobre a sua utilização quando seu objeto for evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público; e a segunda, quando se tratar do artigo primeiro, parágrafo único, da Lei Federal 9.882/99 – quando for relevante o fundamento da controvérsia constitucional sobre a lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores à Constituição.³⁹

Assim, nos termos do artigo primeiro da Lei 9.882/99, é possível delimitar que um dos objetos da referida ação, inter-relacionando com a referida causa sobre a ‘Lei de Anistia’ (a ADPF n. 153), é o exame da compatibilidade do direito pré-constitucional com a norma da Constituição da República de 1988, conforme visto. Esta possibilidade veio ao encontro do Direito Constitucional brasileiro, já que, diante de controvérsias relevantes afetas ao direito pré-constitucional, a questão será resolvida pelo STF com eficácia geral e

³⁶ BRASIL. **Constituição Federal**. 1988. Art. 102(§1º).

³⁷ SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **Direito Constitucional**: teoria, história e métodos de trabalho. Belo Horizonte: ed. Fórum, 2012, p. 563.

³⁸ BARROSO, Luís Roberto. **O Controle de constitucionalidade no direito brasileiro**: exposição sistemática da doutrina e análise da jurisprudência. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 275.

³⁹ BRASIL. **Lei Federal n. 9.882**. 1999. Dispõe sobre o processo e julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental.

efeito vinculante, visto que, no controle concentrado de constitucionalidade, não existem outros mecanismos que tratem da revogação (ou não) de lei pré-constitucional.⁴⁰

Além disso, sobre isto, versa-se de um dos pressupostos para o cabimento da ADPF, qual seja, a da inexistência de outro meio idôneo para sanar a lesividade, o que dialoga diretamente com o princípio da subsidiariedade. Quanto a este ponto, deve-se alertar para o fato de que não seria a inexistência de qualquer meio idôneo em si (de ordem difusa) que permitiria a sua propositura, mas apenas da impossibilidade de admitir-se outro mecanismo de ordem concentrada, sob pena de, diante da demora inevitável do esgotamento de todas as outras vias, comprometer os próprios objetivos visados pela Ação de Arguição⁴¹.

Portanto, ao interpretar o texto normativo e tendo em vista a natureza objetiva da ADPF, a expressão ‘outro meio’ é utilizada no sentido de que “o exame d[a] subsidiariedade deve levar em consideração os demais processos objetivos já consolidados no sistema constitucional. Isso porque, embora seja possível imaginar exceções pontuais, os efeitos da atuação judicial nas vias ordinárias limitam-se, como regra, às partes”.⁴²

Após essa análise do instituto da ADPF, vê-se que o melhor caminho para dialogar quanto à recepção do já citado artigo primeiro, parágrafo primeiro, da Lei Federal n.º 6.683/79, é por esse instrumento. Foi nesta ótica que, em 21 de outubro de 2008, o Conselho Federal da OAB ajuizou perante STF, a ADPF n. 153, tendo por objetivo a declaração de não recepção do referido parágrafo, sob o fundamento, em síntese, de que, pela interpretação de que a conexão ali referida se estenderia, também, aos agentes públicos, anistiando-os dos crimes cometidos contra os opositores do regime militar, se estaria violando uma série de preceitos fundamentais da Constituição da República de 1988.

A controvérsia que havia quanto ao preceito normativo citado, especificamente no seu parágrafo primeiro, que é o dispositivo legal de que se cuidava na ação em comento, dizia respeito à extensão da anistia, a se ela, de acordo com a referência à conexão dos crimes comuns aos crimes políticos ou praticados com motivação política, beneficiaria, igualmente, os agentes estatais da ditadura militar, relativamente aos crimes que estes

⁴⁰ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo G.. **Curso de direito constitucional**. 7ª ed. São Paulo: Saraiva. 2012, p. 128.

⁴¹ BARROSO, *op cit.*, p. 287.

⁴² BARROSO, *op cit.*, p. 288.

cometeram àquela época e de que foram vítimas os opositores do regime, e isso estaria provocando interpretações antagônicas entre órgãos 46 oficiais estatais, motivo do ajuizamento da ação, com vistas a obter uma resposta judicial para a questão controvertida. Em 29 de abril de 2010, após o trâmite processual regular, o STF julgou, por maioria de votos, *improcedente* a ação em comento, proclamando que a anistia fora concedida de modo amplo, geral e bilateral (só não o fora de modo irrestrito, pois não abarcava as condenações que já haviam transitado em julgado).

O Ministro Eros Grau, relator da ação, foi quem proferiu o voto que conduziu o resultado do julgamento à improcedência da demanda.⁴³ Em linhas gerais, o ilustre julgador entendeu que a ‘Lei de Anistia’ brasileira se trata de lei-medida, destinada a um caso particular em específico, não sendo uma regra para o futuro, dotada de abstração e generalidade, com efeitos concretos e já exauridos (seria lei apenas em sentido formal, e não também material), de modo que a sua interpretação teria de se dar tendo em vista o contexto em que se dera a concessão da anistia, quando se pretendia restabelecer a paz e promover a abertura democrática conciliada.

Punha-se um ponto final nos acontecimentos do passado, fechava-se a ferida e olhava-se para o futuro. Referiu que a ‘Lei de Anistia’ era anterior à Convenção das Nações Unidas contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, vigorando no país desde a sua internalização ocorrida em 18 de fevereiro de 1991⁴⁴, à Lei Federal n. 9.455/97, que definirá o crime de tortura⁴⁵, e ao artigo quinto, inciso XLIII, da Constituição Federal de 1988, que veda a concessão de anistia a autores de crime de tortura, de modo que, por se tratar de lei-medida, de interpretação limitada ao contexto histórico em que concedida à anistia, não operariam efeitos sobre ela.

Não caberia ao Poder Judiciário, mediante a outorga de nova interpretação, e, pressupondo-se a distinção entre textos normativos e normas jurídicas, estas que são fruto da interpretação, superar a anistia concedida, que somente poderia ocorrer por parte do Poder Legislativo, se mudanças na realidade assim impusessem. Para dar fim à discussão da recepção da ‘Lei de Anistia’, o ministro relator referiu que ela foi objeto de reafirmação,

⁴³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 153**. Relator: Ministro Eros Roberto Grau. Julgado em 29 abr. 2010. Brasília, Tribunal Pleno. Publicado em 05 ago. 2010

⁴⁴ BRASIL. **Decreto n. 40**. 1991. Promulga a Convenção contra a Tortura e outros tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes.

⁴⁵ BRASIL. **Lei Federal n. 9.455**. 1997. Define os Crimes de Tortura e dá outras providencias.

no texto da emenda constitucional n.º 26, de 1985, pelo poder constituinte derivado, até mesmo como elemento de origem para o estabelecimento da atual ordem jurídico-constitucional, a partir da abertura democrática que tornará possível.

Quanto a isso, é de se destacar o que leciona Flávia Piovesan sobre o assunto:

Há que se afastar a insustentável interpretação de que, em nome da conciliação nacional, a lei de anistia seria uma lei de ‘duas mãos’, a beneficiar torturadores e vítimas. Esse entendimento advém da equivocada leitura da expressão ‘crimes conexos’ constante da lei. Crimes conexos são os praticados por uma pessoa ou grupo de pessoas, que se encadeiam em suas causas. Não se pode falar em conexão entre fatos praticados pelo delinquente e pelas ações de sua vítima. A anistia perdoou a estas e não àqueles; perdoou às vítimas e não aos que delinquem em nome do Estado. Ademais, é inadmissível que o crime de tortura seja concebido como crime político, passível de anistia e prescrição.⁴⁶

Ressalvara-se, por fim, a imposição de desembaraço à revelação da verdade dos acontecimentos da ditadura, salvo a impossibilidade de processar e penalizar os agentes estatais pelos crimes cometidos naquele período, eis que também anistiados, conforme assentado naquela mesma oportunidade pelos ministros, em sua maioria. Portanto, ao continuar interpretando a ‘Lei de Anistia’, como o STF fez na ADPF 153, estaria se garantindo a *impunidade* dos agentes estatais que praticaram o crime contra os direitos humanos.

Cabe ressaltar, em medida de contraposição ao voto condutor e aos votos conduzidos, os principais pontos dos votos dos Ministros Carlos Ayres Britto e Ricardo Lewandowski, que divergiram quanto ao mérito em si.⁴⁷ Este, para dar interpretação conforme a Constituição ao artigo primeiro, parágrafo primeiro, da ‘Lei de Anistia’, no sentido de considerar que os agentes públicos não estão automaticamente anistiados, “devendo o juiz ou tribunal, antes de admitir o desencadeamento da persecução penal contra estes, realizar uma abordagem caso a caso (*case by case approach*), mediante a adoção dos critérios da preponderância e da atrocidade dos meios”, com o fim de “caracterizar o eventual cometimento de crimes comuns com a consequente exclusão da prática de delitos políticos ou ilícitos considerados conexos”.⁴⁸ Já aquele, para, também utilizando da técnica da interpretação conforme, “excluir do texto interpretado qualquer interpretação que signifique estender a anistia aos crimes previstos no inciso XLIII do

⁴⁶ PIOVESAN, *op cit.*, p. 117.

⁴⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 153**. Relator: Ministro Eros Roberto Grau. Julgado em 29 abr. 2010. Brasília, Tribunal Pleno. Publicado em 05 ago. 2010.

⁴⁸ *Idem*.

artigo quinto da Constituição [crimes hediondos e os que lhe sejam equiparados, como homicídio, tortura e estupro, especialmente]”.⁴⁹

Após a decisão do STF, decidindo a improcedência da causa, pelo voto da maioria, tem-se firmado que o parágrafo primeiro do artigo primeiro da ‘Lei da Anistia’ foi, então, recepcionado pela atual Constituição. Entretanto, três meses após esse fato, a Corte Interamericana de Direitos Humanos (CTIDH), após a relatoria da Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), julgou o caso *Gomes Lund e Outros vs. Brasil* (Petição n. 11.552), que os crimes de lesa-humanidade cometidos pelos agentes do Estado durante a ditadura militar brasileira deveriam ser devidamente investigados, processados e [se for o caso] punidos os envolvidos, pois em desconformidade com os tratados internacionais ratificados pela Presidência da República de cada um desses países, em cujos territórios já se encontravam produzindo efeitos jurídicos.⁵⁰

Em vista disso, há que se analisar um ponto crucial que foi auferido com a nova decisão da CTIDH ao julgamento da ADPF 153. Primeiramente, há que se explorar a referida lei da ADPF, a fim de avistar os seus efeitos. Portanto, conforme menciona o artigo 10, parágrafo terceiro, da Lei 9.882/99, a decisão definitiva proferida em sede de arguição “terá eficácia contra todos e efeito vinculante relativamente aos demais órgãos do Poder Público”.⁵¹

Ou seja, nota-se que o legislador, expressamente, isenta o próprio STF da força vinculante de suas decisões na ADPF, uma vez o efeito vinculante configura-se apenas “relativamente aos demais órgãos do Poder Público”. Em questões práticas, este cuidado do legislador acaba tendo grande enfoque na possibilidade do próprio órgão julgador rever seus julgamentos, não existindo, desse modo, obstáculo capaz de inviabilizá-lo.

Quanto a esta possibilidade de revisão, devemos nos pautar como o próprio STF vem enfrentando a questão, tendo como base a Reclamação n. 4.374, a qual, conforme esclareceu o Ministro Gilmar Mendes:

Em síntese, declarada a constitucionalidade de uma lei, ter-se-á de concluir pela inadmissibilidade de que o tribunal se ocupe uma vez mais da aferição de sua legitimidade, salvo no caso de significativa mudança das circunstâncias fáticas ou de relevante alteração das concepções jurídicas dominantes [...]. Daí parecer plenamente legítimo que se suscite perante o STF a inconstitucionalidade de

⁴⁹ *Idem.*

⁵⁰ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *O Controle Jurisdicional de Convencionalidade das Leis*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 181-182.

⁵¹ BRASIL. *Lei Federal n. 9.882*. 1999. Art. 10(§3º).

norma já declarada constitucional. Há muito a jurisprudência constitucional reconhece expressamente a possibilidade de alteração da coisa julgada provocada por mudança nas circunstâncias fáticas.⁵²

Portanto, embora a matéria já tenha sido declarada constitucional pelo referido órgão, nada impede que seja novamente revista a questão, devendo, claro, conforme ressaltou o Ministro, que haja mudanças nas circunstâncias fáticas subjacentes ao julgamento. No mesmo sentido, o Ministro Luís Roberto Barroso tem se pautado quanto à causa, afirmando, mormente, “à vista de novos argumentos, de novos fatos, de mudanças formais ou informais no sentido da Constituição ou de transformações na realidade que modifiquem o impacto ou a percepção da lei”⁵³, encontrar-se-ia autorizada à revisão pelo Supremo. Todo este estudo tem por fim uma questão, qual seja, que a decisão da CTIDH seria o fato novo exigido para uma possível reanálise do STF, legitimando a reabertura do debate pela Corte Suprema.

No entanto, é importante frisar a real necessidade de um novo julgamento pelo Supremo, a fim de se exigir a responsabilização penal, daqueles que cometeram violações aos Direitos Humanos. Isto é, ainda que seja possível um novo julgamento por força da decisão da CTIDH possibilitando uma nova análise pelo STF em busca de uma decisão favorável, a revogação do aludido artigo da ‘Lei de Anistia’ não seria, talvez, o melhor caminho a se percorrer.⁵⁴ Afinal, após o advento da emenda constitucional n. 45/2004, os Tratados de Direitos Humanos obtiveram, na hierarquia normativa, uma posição privilegiada.⁵⁵

⁵² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Reclamação n. 4.374/PE**. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Julgado em 18 abr. 2013. Brasília, Tribunal Pleno. Publicado em 04 set. 2013. p. 18.

⁵³ BARROSO, *op cit.*, p. 199.

⁵⁴ Não se pode esquecer que, desde a decisão da ADPF n. 153, houve a troca de quatro ministros, devido as suas aposentadorias, sendo que, dentre esses quatro, três votaram pela improcedência da ADPF, podendo, assim, alterar-se o resultado final da decisão.

⁵⁵ Não só o advento da referida ementa, como também as decisões do STF no julgamento dos Recursos Extraordinários n. 349703/RS n. 466343, bem como do Habeas Corpus n. 87585/TO, todos acerca da prisão Civil do depositário infiel, cujo entendimento firmado restou no sentido de a prisão ser somente aplicável para os casos de não pagamento voluntário da pensão alimentícia, mesmo com a ainda válida previsão Constitucional do artigo quinto, inciso LXVII, a qual, todavia, deixa de ter aplicabilidade quando em confronto com tratados internacionais de direitos humanos, em razão do “efeito paralisante” (supralegal) desses na legislação infraconstitucional (notadamente o artigo 652 do Código Civil) que regula essa matéria, fazendo inexistir base legal para aplicação da parte final do preceito constitucional em apreço. Cf. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus n. 87.585**. Relator: Ministro Marco Aurelio. Julgado em 03 dez. 2008. Brasília, Tribunal Pleno. Publicado em 26 jun. 2009; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n. 349.703/RS**. Relator: Ministro Carlos Brito. Julgado em 13 dez. 2008. Brasília, Tribunal Pleno. Publicado em 05 jun. 2009; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus n. 466.343/SP**. Relator: Ministro Cezar Peluso. Julgado em 03 dez. 2008. Brasília, Tribunal Pleno. Publicado em 05 jun. 2009.

O respeito e a observância aos Direitos Humanos os levaram a mesma graduação das emendas constitucionais, demonstrando o caráter rígido que conquistaram, bastando ler o que menciona o artigo quinto, parágrafo terceiro, da Constituição. Contudo, nem todos os tratados de Direitos Humanos teriam essa característica de emenda constitucional, pois, conforme a decisão da ADI n. 1.480, decidida por maioria absoluta, apenas os Tratados posteriores à Emenda Constitucional n. 45/2004 obtiveram essa hierarquia constitucional.⁵⁶ Porém, acabou por insurgir um debate quanto aos Tratados anteriores a esta emenda e, como assinalou o STF, embora não fossem considerados como emendas constitucionais, sua matéria – referindo-se aos direitos humanos – foi, amplamente, protegida e destacada pela Constituição, devendo, portanto, possuir, pelo menos, um caráter *supralegal*.⁵⁷

A não prevalência dos tratados internacionais de direitos humanos sobre o direito ordinário, segundo o Ministro Gilmar Mendes, afrontaria o princípio da cooperação entre os povos para o progresso da humanidade, previsto no artigo quarto, inciso IX, da Carta de 1988, bem como o disposto no parágrafo único do mesmo dispositivo constitucional, que, ao estabelecer que “a República Federativa do Brasil buscará a integração econômica, política, social e cultural dos povos da América Latina, visando à formação de uma comunidade latino-americana de nações”, demonstrou que o poder constituinte detinha o propósito de fazer do Estado brasileiro um “Estado Constitucional Cooperativo” (no próprio sentido Habërliano), principalmente voltado à tutela dos direitos humanos a nível supranacional.⁵⁸ A afronta à Constituição Federal não se resumiria ao citado artigo, mas também se dirigiria ao artigo quinto, parágrafos segundo, terceiro e quarto, o qual “ênfatiza a dignidade dos tratados internacionais dos direitos humanos, reconhecendo a sua prevalência sobre o direito ordinário”.⁵⁹

É por essa razão que se revela plenamente admissível a presente discussão, a fim de contrariar a decisão dada pelo STF, diante dos ditames da Convenção Americana de Direitos Humanos. Tanto na arguição ministrada pela OAB, em sua petição inicial, quanto

⁵⁶ pagamento voluntário da pensão alimentícia, mesmo com a previsão constitucional do artigo 5, inciso LXVII. Cf. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1.480/DF**. Relator: Ministro Celso de Melo. Julgado em 04 set. 1997. Brasília, Tribunal Pleno. Publicado em 18 mai. 2001.

⁵⁷ RAMOS, André de Carvalho. A Execução das Sentenças da Corte Interamericana de Direitos Humanos no Brasil. In: CASELLA, Paulo Borba. **Direito internacional, humanismo e globalidade**. São Paulo. Atlas. 2008, p. 454.

⁵⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus n. 466.343/SP**. Relator: Ministro Cezar Peluso. Julgado em 03 dez. 2008. Brasília, Tribunal Pleno. Publicado em 05 jun. 2009. p. 1147-1148.

⁵⁹ SARLET, Ingo; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 1261-1262.

no voto perpetrado pelo Ministro Eros Grau, em nenhum momento houve a indagação de uma possível violação da Lei de Anistia perante a Convenção.

Ou seja, poder-se-ia afirmar uma possibilidade de ofensa a Convenção Americana de Direitos Humanos, a qual o Brasil é signatário, podendo, inclusive, ser analisada a consequência jurídica de uma eventual revogação da ‘Lei de Anistia’, pela Convenção.⁶⁰ Vê-se, desta forma, que a decisão poderia ter tomado lindes, completamente, diferentes, oportunizando um possível auxílio na sua reflexão, gerando, por conseguinte, a não recepção de interpretação de extensão da anistia a agentes da ditadura envolvidos em atos bárbaros.⁶¹

Com base nesse raciocínio, além destas indagações expressadas, dever-se-ia verificar, no plano jurídico doméstico, a aplicação destes tratados Internacionais, tanto aos juízes de primeiro grau, como nas instâncias superiores, a fim de proceder à análise da conformidade das leis domésticas à luz dos tratados internacionais de direitos humanos a que esteja vinculado o país de origem. Para Mazzuoli, a denominação ‘Controle de Convencionalidade’ deve designar aquele controle que se faz da conformidade das leis em face dos tratados de Direitos Humanos, conquanto o próprio autor refira que nada impede de se considerar que a terminologia também caiba para designar, numa visão mais genérica, o controle de validade das leis em face dos tratados internacionais que versem sobre matérias comuns (ao qual ele prefere dar o nome de “controle de suprallegalidade”).⁶² Assim, dentro de um plano interno, haverá a análise da validade (e sua consequente eficácia) de uma lei frente à Constituição do Estado, mas, além disso, esta lei, da mesma forma, deverá estar em consonância com os tratados internacionais ratificados pelo governo e em vigor no país, condicionando-se o ‘Controle de Convencionalidade’ quando versar sobre Direitos Humanos.

Portanto, nota-se a existência de um duplo controle vertical de validade das leis no sistema brasileiro, que, num primeiro momento, ter-se-á a finalidade de verificar se a lei

⁶⁰ Note-se que nesse caso, utilizar-se-ia da tese da *suprallegalidade* do tratado de Direitos Humanos – no caso a Convenção Americana de Direitos Humanos -, pautado no parágrafo segundo do artigo quinto da Constituição, e não pela regra *lex superior derogat inferior*, cuja aplicação se daria quando da existência de tratados que não versem de Direitos Humanos, sendo, logo, considerados equiparáveis à leis ordinárias.

⁶¹ RAMOS, André de Carvalho. Crimes da ditadura militar: a ADPF 153 e a Corte Interamericana de Direitos Humanos. In: GOMES, Luiz Flávio; MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Crimes da ditadura militar: uma análise à luz da jurisprudência atual da Corte Interamericana de Direitos Humanos**. São Paulo: Editora RT, 2011, p. 183

⁶² MAZZUOLI (2013), *op cit.*, p.80-81.

infraconstitucional é compatível com a constituição e o segundo que serviria para averiguar se há violação de direitos consagrados em tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo país⁶³. Parafraseando esta questão, é importante frisar, devido a sua importância, que o Controle de Convencionalidade, *a priori*, deve ser feito, pelo próprio país signatário do tratado – através de seus juízes, legisladores e administradores, devendo, apenas, ser complementado pelo exercício dos juízes internacionais quando o país falhar, for omissivo ou se sua proteção for insuficiente.⁶⁴

Como se percebe, ante a Convenção Americana de Direitos Humanos, verificou-se que a jurisprudência pátria *falhou* quanto à aplicação dos tratados internacionais na ADPF n. 153, acarretando, por ora, uma decisão falha, que se determinou como uma singela ignorância na aplicação do direito internacional, bem como a uma melhor aplicação das normas favoráveis ao ser humano. Isto acabou promovendo uma futura análise dos juízes internacionais quanto à matéria, que ocorreu, *a posteriori*, logo após a decisão do STF.

E foi exatamente o que ocorreu ao caso *Gomes Lund* perante a CTIDH, decidindo que o Brasil não aplicou o ‘Controle de Convencionalidade’ como deveria, acabando, desta forma, por tomar a decisão final quanto à matéria de forma indevida. Decisão esta, mister dizer, que tentava alinhar o Brasil às demais nações do continente, já que em situações similares, no que se refere à justiça transaccional, ela foi perfectibilizada. A exceção viria a ser justamente o Brasil! Por isso, na sequência, o texto dirige-se a um estudo específico do referido caso, buscando ressaltar a inadequação brasileira ao conceito de ‘Justiça de Transição’.

3. O CASO GOMES LUND E OUTROS VS. BRASIL E AS SUAS REPERCUSSÕES NO PLANO NACIONAL.

Depois de três meses de o colegiado da Suprema Corte brasileira ter julgado a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 153, a CTIDH, após relatório da Comissão, julgou o denominado *Caso Gomes Lund e Outros vs. Brasil* (Petição n.º 11.552), decidindo, como referido anteriormente, “que os crimes contra a humanidade cometidos pelos agentes do Estado durante a ditadura militar brasileira devem ser

⁶³ GUERRA, Sidney. **O Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos e o Controle de Convencionalidade**. São Paulo: Atlas, 2013, p.191.

⁶⁴ MAZZUOLI (2011), *op cit.*, 185.

devidamente investigados, processados e [se for o caso] punidos”.⁶⁵ Assim, reafirmou o entendimento que vinha adotando em situações semelhantes, principalmente quanto aos casos envolvendo os regimes ditatoriais latino-americanos havidos ao longo do século XX⁶⁶, pronunciando a imprescritibilidade dos crimes de lesa-humanidade e declarando que as leis de anistia editadas pelos governos dos próprios países, anistiando os seus próprios agentes (*autoanistia*), são inválidas, nulas.

Isso porque, estariam em desconformidade com os Direitos Humanos, que recebem especial proteção do Direito Internacional Público, inclusive por normas de natureza imperativa (*jus cogens*⁶⁷), como também em tratados internacionais ratificados pela Presidência da República de cada um desses países, em cujos territórios já se encontravam produzindo efeitos jurídicos. No parágrafo n.º 177, exemplificativamente, a CTIDH manifestou-se da seguinte maneira:

No presente caso, o Tribunal observa que não foi exercido o controle de convencionalidade pelas autoridades jurisdicionais do Estado e que, pelo contrário, a decisão do Supremo Tribunal Federal confirmou a validade da interpretação da Lei de Anistia, sem considerar as obrigações internacionais do Brasil derivadas do Direito Internacional, particularmente aquelas estabelecidas nos artigos 8 e 25 da Convenção Americana, em relação com os artigos 1.1 e 2 do mesmo instrumento. O Tribunal estima oportuno recordar que a obrigação de cumprir as obrigações internacionais voluntariamente contraídas corresponde a um princípio básico do direito sobre a responsabilidade internacional dos Estados, respaldado pela jurisprudência internacional e nacional, segundo o qual aqueles devem acatar suas obrigações convencionais internacionais de boa-fé (*pacta sunt servanda*). Como já salientou esta Corte e conforme dispõe o artigo 27 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados de 1969, os Estados não podem, por razões de ordem interna, descumprir obrigações internacionais. As obrigações convencionais dos Estados Parte vinculam todos sus [*sic*] poderes e órgãos, os quais devem garantir o cumprimento das disposições convencionais e seus efeitos próprios (*effect utile*) no plano de seu direito interno.⁶⁸

O conflito surgido com a decisão da Corte Interamericana de Direitos Humanos, proferida meses depois da decisão do Supremo Tribunal Federal, com a proclamação da invalidade da Lei de Anistia brasileira e com a responsabilização e a condenação do país a

⁶⁵ *Idem*, p. 181-182.

⁶⁶ São exemplos os casos do Peru (*Barrios Altos e La Cantuta*) e do Chile (*Almonacid Arellano e Outros*). Cf. CTIDH. **Barrios Altos x Peru**. Sentencia de 14 mar. 2001. Disponível em: <www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_75_esp.pdf>. Acesso em 15 fev. 2016; CTIDH. **La Cantuta x Peru**. Sentencia de 129 nov. 2006. Disponível em: <www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_162_esp.pdf>. Acesso em 15 fev. 2016; CTIDH. **Almonacid Arellano y otros x Chile**. Sentencia de 26 set. 2006. Disponível em: <www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_154_esp.pdf>. Acesso em 15 fev. 2016.

⁶⁷ Para definição, cf.: ONU. **Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados**. 1969. Art. 53.

⁶⁸ CTIDH. **Caso Gomes Lund e outros (Guerrilha do Araguaia) x Brasil**. Sentencia de 24 nov. 2010. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_219_por.pdf>. Acesso em 15 fev. 2016

investigar, processar e, se for o caso, punir os agentes estatais pelas execuções, torturas e desaparecimentos forçados perpetrados durante a ditadura militar, reabre o caminho para a revisão da nossa legislação e da interpretação conferida a ela pelos juízes e tribunais locais, reaquescendo o debate que se vinha travando a respeito do tema e trazendo, novamente, a possibilidade de o processo transicional brasileiro voltar-se para a satisfação, por meio do sistema penal, do direito à justiça.

3.1 A ‘Lei de Anistia’ brasileira na Corte Interamericana de Direitos Humanos.

A Guerrilha do Araguaia ficou assim conhecida porque se dera na região do rio Araguaia, que “brota nas proximidades da divisa entre Goiás, Mato Grosso e Mato Grosso do Sul e desliza no rumo Norte por dois mil quilômetros até chegar ao município de Xambioá (Tocantins hoje, Goiás até 1988)”⁶⁹. O conflito no Araguaia, havido entre os anos de 1972 e 1974, ocorreu em território paraense, que tem na cidade de Marabá o principal centro regional, representando talvez o caso mais emblemático da oposição armada à ditadura militar no campo. Eram cerca de 70 (setenta) guerrilheiros, jovens, em sua maioria, que, reunidos a quase 20 (vinte) mil camponeses simpatizantes do movimento e comandados pelo Partido Comunista do Brasil (PC do B), ofereceram resistência armada a cerca de 10 (dez) mil militares.⁷⁰

Em 07 de agosto de 1995, o Centro pela Justiça e o Direito Internacional (CEJIL) e a *Human Rights Watch/Americas* apresentaram petição à Comissão Interamericana de Direitos Humanos em nome de pessoas desaparecidas durante a Guerrilha do Araguaia e dos respectivos familiares.

Durante o trâmite regular da demanda, a Comissão Interamericana expediu, em 06 de março de 2001, o Relatório de Admissibilidade n.º 33/01 e, em 31 de outubro de 2008, aprovou o Relatório de Mérito n.º 91/08, de acordo com o artigo 50 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, do qual constavam recomendações dirigidas ao Estado brasileiro.

⁶⁹ BRASIL. Secretaria Especial dos Direitos Humanos. Comissão Especial sobre Mortos e Desaparecidos Políticos. **Direito à verdade e à memória**. Brasília: SEDH, 2007, p. 195. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/dados/livros/a_pdf/livro_memorial_direito_verdade.pdf>. Acesso em 16 dez. 2015.

⁷⁰ *Idem*, p. 195-196.

Como a resposta brasileira foi considerada insatisfatória, considerando que o país, notificado em 21 de novembro de 2008, tivera o prazo de dois meses, prorrogado por mais duas vezes, para demonstrar o cumprimento das recomendações, a Comissão Interamericana decidiu submeter o caso à jurisdição da Corte Interamericana de Direitos Humanos, porque se tratava de oportunidade importante “para consolidar a jurisprudência interamericana sobre as leis de anistia com relação aos desaparecimentos forçados e à execução extrajudicial e a consequente obrigação dos Estados de dar a conhecer a verdade à sociedade e investigar, processar e punir graves violações de direitos humanos”⁷¹.

De acordo com o que a Comissão referiu no documento encaminhado à Corte, a demanda em si teria por objeto a responsabilidade do Estado brasileiro pelas operações que o Exército do país empreendera, entre 1972 e 1975, tendo em vista a erradicação da Guerrilha do Araguaia, que resultaram na detenção arbitrária, na tortura e no desaparecimento forçado de 70 (setenta) pessoas, dentre elas membros do Partido Comunista do Brasil e camponeses da região, que se opuseram e foram à luta armada contra a ditadura militar brasileira, iniciada em 1964 e tendo no ano de 1985 o seu marco final⁷². A Comissão também submetia o caso à CTIDH

[...] [e]m virtude da Lei No. 6.683/79 [...], o Estado não realizou uma investigação penal com a finalidade de julgar e punir as pessoas responsáveis pelo desaparecimento forçado de 70 [setenta] vítimas e a execução extrajudicial de Maria Lúcia Petit da Silva [...]; porque os recursos judiciais de natureza civil, com vistas a obter informações sobre os fatos, não foram efetivos para assegurar aos familiares dos desaparecidos e da pessoa executada o acesso a informação sobre a Guerrilha do Araguaia; porque as medidas legislativas e administrativas adotadas pelo Estado restringiram indevidamente o direito de acesso à informação pelos familiares; e porque o desaparecimento das vítimas, a execução de Maria Lúcia Petit da Silva, a impunidade dos responsáveis e a falta de acesso à justiça, à verdade e à informação afetaram negativamente a integridade pessoal dos familiares dos desaparecidos e da pessoa executada.⁷³

Os pedidos de responsabilização e de condenação à reparação do ente estatal brasileiro fundamentavam-se (a) na violação dos direitos e garantias previstos nos artigos 3º (direito ao reconhecimento da personalidade jurídica), 4º (direito à vida), 5º (direito à integridade pessoal), 7º (direito à liberdade pessoal), 8º (garantias judiciais), 13º (liberdades de pensamento e de expressão) e 25º (proteção judicial) da Convenção Americana e (b) no descumprimento das obrigações estatuídas nos artigos 1.1 (obrigação

⁷¹ CTIDH. **Caso Gomes Lund e outros (Guerrilha do Araguaia) x Brasil**. *Op cit.*, p. 03.

⁷² *Idem*, p. 03-04.

⁷³ *Idem*, p. 04.

geral de respeito e garantia dos direitos humanos) e 02 (dever de adotar disposições de direito interno), ambos do mesmo instrumento normativo regional.⁷⁴

O Brasil, durante o procedimento perante a Corte, suscitou quatro exceções preliminares: a incompetência temporal do tribunal, a inocorrência de esgotamento dos recursos internos, a falta de interesse processual da Comissão e de seus representantes e a regra da “quarta instância” quanto a fato superveniente. Quanto à incompetência temporal, a CTIDH, analisando as circunstâncias referentes ao ente estatal brasileiro – que lhe reconhecera a competência sob reserva de reciprocidade e para fatos posteriores a 10 de dezembro de 1998, data do reconhecimento – e o que dispõem os artigos 62.1 da Convenção Americana⁷⁵ e 28 da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados, de 1969, que prevê o princípio da irretroatividade⁷⁶, decidiu pelo acolhimento parcial, excluindo da análise a alegada execução extrajudicial de Maria Lúcia Petit da Silva, cujos restos mortais tiveram sido identificados em 1966, dois anos antes do reconhecimento da competência, restando, quanto ao mais, configurada a sua competência, uma vez que se estava versando sobre atos de caráter contínuo ou permanente, iniciados com a privação da liberdade e que permanecem em curso enquanto os fatos não estejam elucidados⁷⁷.

Quanto à falta de interesse processual, em que o Brasil sustentava a adoção de uma série de medidas de cunho reparatório aos fatos e violações ocorridos durante o regime militar, a Corte entendeu que não se tratava, propriamente, de uma exceção preliminar, cuidando-se, em verdade, de questões que seriam analisadas quando do exame do mérito. Quanto à falta de esgotamento dos recursos internos, o não acolhimento da exceção preliminar decorreu principalmente da não indicação de quais seriam tais recursos pelo Estado brasileiro no momento que lhe era oportuno, qual seja, na etapa de admissibilidade da demanda perante a Comissão, não cabendo à Corte e à Comissão fazerem-no de ofício, ainda mais porque o mérito do caso também versava sobre violações aos artigos 08, 13 e

⁷⁴ *Idem*, p. 04.

⁷⁵ OEA. **Convenção Americana de Direitos Humanos**. 1969. Artigo 62.1.

⁷⁶ OEA. **Convenção Americana de Direitos Humanos**. 1969. Artigo 28; ONU. **Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados**. 1969. Art. 28.

⁷⁷ Sobre a questão, pronunciou-se a CTIDH: “Ante o exposto, a Corte tem competência para analisar os supostos fatos e omissões do Estado, ocorridos depois da referida data, relacionados com a falta de investigação, julgamento e sanção das pessoas responsáveis, inter alia, pelos alegados desaparecimentos forçados e execução extrajudicial; a alegada falta de efetividade dos recursos judiciais de caráter civil a fim de obter informação sobre os fatos; as supostas restrições ao direito de acesso à informação, e o alegado sofrimento dos familiares” CTIDH. **Caso Gomes Lund e outros (Guerrilha do Araguaia) x Brasil**. *Op cit.*, p. 10.

25 da Convenção Americana.⁷⁸ Quanto à última exceção, a da “quarta instância”, a Corte referiu que o seu pronunciamento não pretendia revisar a decisão do STF na ADPF n. 153, mas apenas observar se o Brasil deixou de cumprir com suas obrigações internacionais, o que a levaria, inevitavelmente, a analisar, também, a ação em referência e a respectiva decisão – sem que isso, contudo, repita-se, implicasse na sua revisão.

Em relação ao mérito em si, a CTIDH, de modo unânime, condenou o Estado por: (a) impedir a investigação e a sanção de graves violações a direitos humanos pela Lei de Anistia, vez que essa é incompatível com a Convenção Americana; (b) ser responsável pelo desaparecimento forçado das vítimas da ditadura, violando os direitos ao reconhecimento da personalidade jurídica, à vida, à integridade e a liberdade pessoais⁷⁹ e descumprindo com a obrigação de respeitar os direitos ali previstos⁸⁰; (c) descumprir a obrigação de adequar seu direito interno à Convenção⁸¹; (d) ser responsável pelos prejuízos aos familiares das vítimas, impedindo o direito à liberdade de pensamento e de expressão ou a quaisquer informações quanto à verdade dos fatos⁸²; e (e) não efetivar o acesso à justiça em tempo apropriado no julgamento da ação ordinária intentada pelos familiares das vítimas perante a jurisdição nacional⁸³.

Portanto, a CTIDH definiu que o Brasil deve(ria):

9. [...] Conduzir eficazmente, perante a jurisdição ordinária, a investigação penal dos fatos do presente caso a fim de esclarecê-los, determinar as correspondentes responsabilidades penais e aplicar efetivamente as sanções e consequências que a lei preveja [...].
10. [...] Realizar todos os esforços para determinar o paradeiro das vítimas desaparecidas e, se for o caso, identificar e entregar os restos mortais a seus familiares [...].
11. [...] Oferecer o tratamento médico e psicológico ou psiquiátrico que as vítimas requeiram e, se for o caso, pagar o montante estabelecido [...].
12. [...] Realizar as publicações ordenadas, em conformidade com o estabelecido no parágrafo 273 [da sentença].
13. [...] Realizar um ato público de reconhecimento de responsabilidade internacional a respeito dos fatos do presente caso [...].

⁷⁸ OEA. **Convenção Americana de Direitos Humanos**. 1969. Artigo 8 (Garantias judiciais), 13 (Liberdade de pensamento e de expressão) e 25.

⁷⁹ OEA. **Convenção Americana de Direitos Humanos**. 1969. Artigo 3 (Direito ao reconhecimento da personalidade jurídica), 4 (Direito à vida), 5 (Direito à integridade pessoal) e 7 (Direito à liberdade pessoal).

⁸⁰ OEA. **Convenção Americana de Direitos Humanos**. 1969. Artigo 1.1 (obrigação de respeitar os direitos).

⁸¹ OEA. **Convenção Americana de Direitos Humanos**. 1969. Artigo 2.

⁸² OEA. **Convenção Americana de Direitos Humanos**. 1969. Artigo 13 (Liberdade de pensamento e de expressão) e 5.1 (integridade pessoal).

⁸³ OEA. **Convenção Americana de Direitos Humanos**. 1969. Artigo 8.1 e 13.1.

14. [...] Continuar com as ações desenvolvidas em matéria de capacitação e implementar, em um prazo razoável, um programa ou curso permanente e obrigatório sobre direitos humanos, dirigido a todos os níveis hierárquicos das Forças Armadas [...].

15. [...] Adotar, em um prazo razoável, as medidas que sejam necessárias para tipificar o delito de desaparecimento forçado de pessoas em conformidade com os parâmetros interamericanos [...]. Enquanto cumpre com esta medida, [...] deve adotar todas aquelas ações que garantam o efetivo julgamento, e se for o caso, a punição em relação aos fatos constitutivos de desaparecimento forçado através dos mecanismos existentes no direito interno.

16. [...] Continuar desenvolvendo as iniciativas de busca, sistematização e publicação de toda a informação sobre a Guerrilha do Araguaia, assim como da informação relativa a violações de direitos humanos ocorridas durante o regime militar, garantindo o acesso à mesma [...].

17. [...] Pagar as quantias fixadas nos parágrafos 304, 311 e 318 [da sentença], a título de indenização por dano material, por dano imaterial e por restituição de custas e gastos [...].

18. [...] Realizar uma convocatória, em, ao menos, um jornal de circulação nacional e um da região onde ocorreram os fatos do presente caso, ou mediante outra modalidade adequada, para que, por um período de 24 meses, contado a partir da notificação [da decisão em referência], os familiares das pessoas indicadas no parágrafo 119 [...][,] aporem prova suficiente que permita ao Estado identificá-los e, conforme o caso, considerá-los vítimas nos termos da Lei No. 9.140/95 e desta [s]entença, nos termos do parágrafo 120 e 252 da mesma.

19. [...] Permitir que, por um prazo de seis meses, contado a partir da notificação da [...] [s]entença, os familiares dos senhores Francisco Manoel Chaves, Pedro Matias de Oliveira (“Pedro Carretel”), Hélio Luiz Navarro de Magalhães e Pedro Alexandrino de Oliveira Filho, possam apresentar-lhe, se assim desejarem, suas solicitações de indenização utilizando os critérios e mecanismos estabelecidos no direito interno pela Lei No. 9.140/95, conforme os termos do parágrafo 303.⁸⁴

A CTIDH, na mesma oportunidade, ao definir as sobreditas medidas de reparação ao Estado brasileiro, referiu que a sua sentença, ela própria, em si mesma considerada, constituiria uma forma de reparação.⁸⁵ Porém, note-se que com ela a lei de Anistia brasileira deixa de ter valor jurídico, já que, após a decisão do caso *Gomes Lund*, o Estado brasileiro não mais poderia impedir a apuração dos referidos crimes cometidos pelos seus agentes, devendo os mesmos ser responsabilizados penalmente.⁸⁶ Ocorre que o STF não alterou a questão e os tribunais domésticos não têm aceitado as denúncias do ministério público pautadas na necessidade de se conduzir o Brasil à justiça de transição, cuja discussão aborda-se na sequência do presente estudo.

⁸⁴ CTIDH. *Caso Gomes Lund e outros (Guerrilha do Araguaia) x Brasil*. *Op cit.*, p.115-116.

⁸⁵ *Idem*, p. 115.

⁸⁶ *Idem*, p.186.

3.2 A (In)suficiente Justiça de Transição Brasileira.

A ‘Justiça de Transição’ consiste em um processo que intermedeia duas ordens políticas de características muito distintas, servindo à superação dos males da ordem do passado para o correto desenvolvimento da ordem do futuro. A experiência do passado é de cunho autoritário, arbitrária, em cujo seio foram cometidas as mais diversas perversidades e graves violações a direitos humanos. A ordem do futuro é de cunho democrático, que representa o anseio por uma realidade de liberdade e de respeito aos direitos.

Não existe um marco, um ponto facilmente verificável como sendo aquele que delimita a passagem de uma ordem para a outra. Não se trata de algo instantâneo. Estabelece-se um rito de passagem, um processo no qual se tomam diversas medidas, a visar à superação, e não o esquecimento, da experiência do passado. Tem por vista manter acesa a lembrança acerca das atrocidades do passado, para que a passagem à ordem político-jurídica democrática se perfectibilize.

E disso decorre que as medidas têm um viés pedagógico, voltado, principalmente, às futuras gerações, no sentido de alertá-las de que não deverão repetir aquilo que seus ancestrais foram capazes de cometer. O ser humano e a sociedade hão de evoluir com o tempo – nada obstante não se possa conceber que a noção de evolução torne possível, e até aceitável, a ideia de que se cometam graves violações a direitos humanos –, para que a partir disso haja o aprendizado e, pois, a “evolução”, porque tais direitos (humanos) são ínsitos à própria pessoa, universais, de modo que a ninguém, por qualquer pretexto que seja, tenha razão em violá-los ou relativizá-los.

A ‘Justiça de Transição’, enquanto processo que “lança o delicado desafio de romper com o passado autoritário e viabilizar o ritual de passagem à ordem democrática”, é instituto que pressupõe a responsabilização pessoal dos agentes e colaboradores estatais.⁸⁷ É necessário que tais pessoas sejam investigadas, processadas e condenadas pelos crimes cometidos contra quem se opunha ao regime de autoridade, principalmente aqueles crimes perpetrados a valores dos mais caros à humanidade, aqueles cujo bem ou interesse jurídico tutelado, e lesado, seja intrínseco à própria pessoa. É preciso, enfim, haver, dentre outras

⁸⁷ PIOVESAN, Flávia. Direito Internacional dos Direitos Humanos e Lei de Anistia: o Caso Brasileiro. *In*: TELES, Edson; SAFATLE, Vladimir (Org.). **O Que Resta da Ditadura: a Exceção Brasileira**. São Paulo: Boitempo, 2010, pp. 99-100.

coisas, a *punição* jurídico-penal das graves violações a direitos humanos e dos crimes lesa-humanidade cometidos contra os opositores do regime militar.

Somente com a punição no campo penal, aliada às demais medidas que se podem identificar como comuns a todo processo transicional, como o são a busca da verdade – com a abertura de arquivos e a criação de comissões destinadas a proceder a investigações – a concessão de indenizações civis – tenham elas cunho material ou imaterial, ou ambos – a reforma institucional – especialmente a dos órgãos encarregados da segurança – o fomento à preservação da memória, dentre outras, é que se poderia cogitar da plena consolidação de um regime democrático, dando-se por superados todos os graves problemas do governo autoritário havido no passado.⁸⁸

Afinal, tal como aludido no primeiro ponto desse artigo em relação ao conceito de justiça de transição, esta comporta quatro aspectos principais: (a) de *investigação*, com o objetivo de revelar os fatos, a verdade, e manter “viva” a memória sobre o ocorrido; (b) de *reparação*, buscando trazer a verdade e restaurar a memória dos fatos ocorridos; (c) de *reforma* institucional, especialmente a das forças militares; e (d) de *responsabilização*, seja ela cível ou criminal, dos responsáveis e do próprio ente estatal pelo cometimento de delitos durante os tempos de chumbo, conferindo especial atenção àqueles que se referem a violações a direitos humanos.

Nota-se que o Brasil, dentre todos os caminhos pelos quais se deve trilhar no contexto político-jurídico de transição, tem apenas optado pela tomada de medidas de cunho civil, como o reconhecimento dos crimes da ditadura militar e a estipulação de indenizações, conquanto recentemente tenha voltado a sua atenção à reunião de informações tendo em vista a busca da verdade e o estabelecimento da memória quanto aos referidos fatos.

A Lei Federal n. 9.140/95 reconheceu a responsabilidade estatal pelas mortes e pelos desaparecimentos dos indivíduos envolvidos em atividades políticas de oposição ao regime militar entre 02 de setembro de 1961 e 15 de agosto de 1979, estipulando o pagamento de indenizações aos familiares de 59 vítimas.⁸⁹ Em agosto de 2007, com base

⁸⁸ LEAL, Rogério Gesta. **Verdade, Memória e Justiça no Brasil** : Responsabilidades Compartidas. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 188.

⁸⁹ BRASIL. **Lei Federal n. 9.140**. 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.

no artigo quarto da referida lei, publicou-se o livro “Direito à Memória e à Verdade” pela Comissão Especial sobre Mortos e Desaparecidos Políticos – subordinada à Secretaria Especial dos Direitos Humanos da Presidência da República – contribuindo para o (re)conhecimento da história recente brasileira, inclusive, sobre as violações cometidas.⁹⁰

Não menos importante é o destaque para a recente criação da Comissão Nacional da Verdade (em alguns estados, como no Rio Grande do Sul, por exemplo, também foram criadas Comissões Estaduais da Verdade), vinculada à Casa Civil da Presidência da República e implementada pela Lei Federal n. 12.528/11, como uma das consequências do 3º Programa Nacional de Direitos Humanos, iniciado no final de 2009 pela Secretaria Especial de Direitos Humanos.⁹¹

Deste modo, houve o reconhecimento público e oficial dos crimes cometidos pelos agentes estatais, com a descrição dos fatos, a publicação de livro específico e o pagamento de indenizações, o que significa dizer que o país, de certo modo, procurou a reparação moral dos familiares das vítimas de desaparecimento, de morte presumida ou comprovada, malgrado ainda peque no que diz respeito à responsabilização pessoal dos perpetradores de crimes de lesa-humanidade. E muitas dessas medidas, principalmente estas últimas, relacionadas à satisfação dos direitos à memória e à verdade, são motivadas pela sentença da CTIDH no caso *Gomes Lund e Outros vs. Brasil*, sendo que, neste caso, a adoção de tais medidas consubstancia uma tendência, ainda que parcial, a cumprir com parte das determinações lá contidas.

Nada obstante, a questão da justiça, considerada especificamente quanto à punição jurídico-penal dos violadores de direitos humanos, ainda resta afastada em *terrae brasilis*. Embora se cogite rediscutir essa questão com base no próprio caso em comento e da mudança na composição do STF, com o ingresso de ministros mais afeitos à causa punitiva, a responsabilização penal dos agentes estatais ainda é uma incógnita no país, em que pese à necessidade de realizar-se o ‘Controle de Convencionalidade’ para que o Brasil não viole novamente o Direito Internacional, como restou anotado na sentença do caso em comento emanado pela CTIDH.

⁹⁰ BRASIL. Secretaria Especial dos Direitos Humanos. Comissão Especial sobre Mortos e Desaparecidos Políticos. **Direito à verdade e à memória**. Brasília: SEDH, 2007. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/dados/livros/a_pdf/livro_memorial_direito_verdade.pdf>. Acesso em 16 dez. 2015.

⁹¹ BRASIL. **Lei Federal n. 12.528**. 2011. Cria a Comissão Nacional da Verdade no âmbito da Casa Civil da Presidência da República.

4. CONCLUSÃO

O presente trabalho detinha como objetivo principal apontar um meio que adequasse o Brasil à Justiça de Transição – campo este do Direito que tem como premissa basilar a busca pela verdade, a (re)construção da memória, a reparação e a punição dos indivíduos, o qual não tem sido perfectibilizado pelo Brasil, haja vista a impossibilidade de julgar indivíduos que tenham cometido crimes na época da ditadura militar. E o modo apontado seria justamente fazer com que o Supremo Tribunal Federal mudasse o seu posicionamento ante a existência do direito internacional, ou melhor, de sentença condenatória exarada pela Corte Interamericana de Direitos Humanos no caso *Guerrilha do Araguaia*.

Para chegar a essa conclusão, inicialmente trabalhou-se com a própria evolução histórica brasileira acerca da ditadura e dos diversos crimes que os militares cometiam à época, com intuito de ilustrar que a democracia veio à cum custo altíssimo, haja vista a natureza e crueldade dos crimes. Em seguida, analisou-se a ADPF n. 153, sobretudo quanto à tentativa de não recepcionar constitucionalmente o parágrafo primeiro do artigo da Lei Federal n. 6.683/79 (a ‘Lei de Anistia’), sob o fundamento, em síntese, de que, pela interpretação de que a conexão ali referida se estenderia, também, aos agentes públicos, anistiando-os dos crimes cometidos contra os opositores do regime militar, se estaria violando uma série de preceitos fundamentais da Constituição da de 1988, revelando-se incompatível com esta última.

Ocorre que não foi esse o *decisum* do Supremo, tendo este confirmado a sua constitucionalidade com base no momento histórico em que ela foi “conquistada”, apesar de ter havido alguns votos contrários que sustentaram a impossibilidade de se fazer uma transição pacífica com a sua recepção. Entretanto, a partir desse ato, não seria possível implementar um dos pilares básicos da ‘Justiça de Transição’, qual seja, o da punição penal dos indivíduos, gerando inúmeros impasses e discussões, inclusive a nível internacional a partir do caso *Gomes Lund e outros vs. Brasil*.

Verificou-se, nesse viés, que a Corte Interamericana de Direitos Humanos declarou a incompatibilidade da ‘Lei de Anistia’ aos preceitos internacionais, instigando o Brasil a revogar tal ato conforme a sua vasta jurisprudência. Contudo, o Brasil não acatou tal

sentença por completo⁹², trabalhando apenas para a satisfação dos direitos à verdade e à memória. Isso, pois, ao manter a aplicação da ‘Lei de Anistia’, o Brasil peca no que diz respeito à reparação e apropriada satisfação do Direito à Justiça, vez que mantém estagnada a ideia de não processar e punir os agentes estatais responsáveis por crimes contra a humanidade e graves violações a direitos humanos cometidos durante a ditadura militar.

E, assim, o Brasil encontra-se em real descompasso para com o ordenamento internacional, especialmente no que diz respeito às suas obrigações internacionais atinentes aos tratados de Direitos Humanos, sendo possível confirmar a inadequação da posição brasileira frente ao conceito de ‘Justiça de Transição’, uma vez que o país não consegue perfectibilizá-la em razão das suas opções “inconvencionais”.

REFERÊNCIAS:

ABRÃO, Paulo. **Justiça e Memória: Direito à justiça, memória e reparação: a condição humana nos estados de exceção.** Editora IFIBE, 2012.

ABRÃO, Paulo; TORELLY, Marcelo D. **Justiça de Transição no Brasil: a Dimensão da Reparação.** In: SANTOS, Cecília Macdowell *et al.* **Repressão e Memória Política no Contexto IberoBrasileiro: Estudos sobre Brasil, Guatemala, Moçambique, Peru e Portugal.** Brasil: Ministério da Justiça, Comissão de Anistia/Portugal: Universidade de Coimbra, Centro de Estudos Sociais, 2010.

BAINES, Christian. Jobim diz que anistia foi um passo importante, mas que cabe ao Judiciário possível revisão. **Folha de São Paulo.** Notícia veiculada em 28 ago. 2009.

BARROSO, Luís Roberto. **O Controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise da jurisprudência.** 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

BRASIL. **Decreto n. 40.** 1991.

⁹² Sobre as medidas que o Estado brasileiro refere ter tomado, confira-se o item n.º 21 da sentença da Corte Interamericana para o Caso Araguaia. CTIDH. **Caso Gomes Lund e outros (Guerrilha do Araguaia) x Brasil**, *op cit.*, p. 11.

BRASIL. **Lei Federal n. 6683.** 1979.

BRASIL. **Constituição Federal.** 1988.

BRASIL. **Lei Federal n. 9.140.** 1995.

BRASIL. **Lei Federal n. 9.455.** 1997.

BRASIL. **Lei Federal n. 9.882.** 1999.

BRASIL. **Lei Federal n. 12.528.** 2011.

BRASIL. Secretaria Especial dos Direitos Humanos. Comissão Especial sobre Mortos e Desaparecidos Políticos. **Direito à Verdade e à Memória.** Brasília: Secretaria Especial dos Direitos Humanos, 2007.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1.480/DF.** Relator: Min. Celso de Melo. Julgado em 04 set. 1997. Tribunal Pleno. Publicado em 18 mai. 2001.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 153.** Relator: Min. Eros Roberto Grau. Julgado em 29 abr. 2010. Tribunal Pleno. Publicado em 05 ago. 2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus n. 466.343/SP.** Relator: Min. Cezar Peluso. Julgado em 03 dez. 2008. Tribunal Pleno. Publicado em 05 jun. 2009

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus n. 466.343/SP.** Relator: Min. Cezar Peluso. Julgado em 03 dez. 2008. Tribunal Pleno. Publicado em 05 jun. 2009.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus n. 87.585.** Relator: Min. Marco Aurelio. Julgado em 03 dez. 2008. Tribunal Pleno. Publicado em 26 jun. 2009.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Reclamação n. 4.374/PE.** Relator: Min. Gilmar Mendes. Julgado em 18 abr. 2013. Tribunal Pleno. Publicado em 04 set. 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n. 349.703/RS.** Relator: Min. Carlos Brito. Julgado em 13 dez. 2008. Tribunal Pleno. Publicado em 05 jun. 2009.

BUENO, Eduardo. **Brasil: Uma História: Cinco Séculos de Um País em Construção**. São Paulo: Leya, 2010.

CIDH. **Caso Gomes Lund e outros v. Brasil ('Guerrilha do Araguaia')**. Sentença de 24 de nov. 2010.

CTIDH. **Almonacid Arellano y otros x Chile**. Sentencia de 26 set. 2006.

CTIDH. **Barios Altos x Peru**. Sentencia de 14 mar. 2001.

CTIDH. **Caso Gomes Lund e outros (Guerrilha do Araguaia) x Brasil**. Sentencia de 24 nov. 2010.

CTIDH. **La Cantuta x Peru**. Sentencia de 129 nov. 2006.

DE STUTZ, Eneá et al. Justiça de Transição, Estado de Direito e Democracia Constitucional. **Sistema Penal & Violência**, v. 2, n. 2, 2011.

GENRO, Luciana K. **Direitos Humanos: o Brasil no banco dos Réus**. São Paulo, LTr, 2012.

GUERRA, Sidney. **O Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos e o Controle de Convencionalidade**. São Paulo: Atlas, 2013.

KANT, Immanuel. *A Metafísica dos Costumes*. Trad. Edson Bini. São Paulo: Edipro, 2003.

KELSEN, Hans. **O Problema da Justiça**. 3ª ed. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

LEAL, Rogério Gesta. **Verdade, Memória e Justiça no Brasil: Responsabilidades Compartida**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. Crimes da ditadura militar: a ADPF 153 e a Corte Interamericana de Direitos Humanos. GOMES, Luiz Flávio; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Crimes da Ditadura Militar**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **O Controle Jurisdicional de Convencionalidade das Leis**. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo G.. **Curso de direito constitucional**. 7ª ed. São Paulo: Saraiva. 2012.

MEZAROBBA, G. **Um acerto de contas com o futuro: a anistia e suas consequências - um estudo do caso brasileiro**. 213p. Dissertação (Mestrado em Ciência Política). Programa de Pós-Graduação em Ciência Política da FFLCH/USP, 2003.

MORAES, Márcia Elayne B. de. **Violações de Direitos Humanos e Responsabilização Penal: Questões Prévias a Lei 6.683 de 1979 (Anistia)**. Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI - São Paulo: Conpedi, 2009.

MUNTEAL FILHO, Oswaldo; FREIXO, Adriano de; VETAPANE, Jacqueline. **Tempo negro, tempsetado sufocante: Estado e Sociedde no Brasil do AI-5**. Rio de Janeiro: Ed. PUC-Rio, 2008.

NETO, Cláudio Pereira de Souza; SARMENTO, Daniel. Binenbojm, Gustavo. **Vinte Anos da Constituição Federal de 1988**. Rio de Janeiro: Ed. Lumens, 2009.

OAB- CONSELHO FEDERAL. **Petição inical da Arguição De Descumprimento De Preceito Fundamental n. 153**. 2008.

OEA. **Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica)**. 1969.

OLIVEIRA, Carla; CARDOSO, Diogo. **A Justiça de Transição e a Busca da Implementação da Comissão da Verdade no Brasil**. Anais do XXI Congresso Nacional do CONPEDI. Florianópolis : FUNJAB, 2012.

ONU. Conselho de Segurança. **The rule of law and transitional justice in conflict and post-conflict societies**. ONU, ago. 2004.

ONU. **Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados**. 1969.

PIOVESAN, Flávia. Direito Internacional dos Direitos Humanos e Lei de Anistia: o Caso Brasileiro. *In*: TELES, Edson; SAFATLE, Vladimir (Org.). **O Que Resta da Ditadura: a Exceção Brasileira**. São Paulo: Boitempo, 2010.

PIOVESAN, Flávia. Direito internacional dos direitos humanos e lei de anistia: o caso brasileiro. **Revista Anistia, Política e justiça de transição**, Brasília, n. 7, jan./jul 2010.

RAMOS, André de Carvalho. A Execução das Sentenças da Corte Interamericana de Direitos Humanos no Brasil. *In*: CASELLA, Paulo Borba. **Direito internacional, humanismo e globalidade**. São Paulo. Atlas. 2008.

RAMOS, André de Carvalho. Crimes da ditadura militar: a ADPF 153 e a Corte Interamericana de Direitos Humanos. *In*: GOMES, Luiz Flávio; MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Crimes da ditadura militar**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

RIDENTI, Marcelo. **O fantasma da revolução brasileira**. São Paulo: ed. UNESP, 1993.

SALGADO, Joaquim Carlos. **A ideia de justiça em Kant**: seu fundamento na liberdade e na igualdade. 2ª ed. Belo Horizonte: Ed. UFMG, 1995.

SARLET, Ingo; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

SILVA, J. A. O Centro de Referência das Lutas Políticas no Brasil (1964-1985). **Revista do Arquivo Nacional**. Dossiê Arquivos do regime militar, vol. 21, nº 02, jul/dez 2008.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **Direito Constitucional**: teoria, história e métodos de trabalho. Belo Horizonte: ed. Fórum, 2012.

VASCONCELOS-UFMG, M. G. et al. Justiça de Transição e Direito Internacional: o Direito à Verdade e o Dever do Estado de Processar e Punir Graves Violações aos Direitos Humanos. **E-Civitas**, v. 6, n. 2, 2013.

WERMUTH, Maiquel Ângelo D. Medo, direito penal e controle social. **Revista Da Faculdade De Direito**. Uberlândia, UFU, v. 39, n. 1, 2011.